

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO



PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

**PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vainin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica. Em decorrência da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

RPGE	Porto Alegre	v. 16	nº 44	p. 1 a 150	1986
------	--------------	-------	-------	------------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado,
v. 9 n. 24 — 1979 — Porto Alegre,
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do
Sul, Instituto de Informática Jurídica.
v. 23 cm trimestral
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Es-
tado.

ISSN0101-1480

JAIR SOARES
Governador do Estado

CLÁUDIO STRASSBURGER
Vice-Governador do Estado

NEY SÃ
Procurador-Geral do Estado

JORGE ALBERTO DIEHL PIRES
Procurador-Geral Adjunto

FRANCISCO SALZANO VIEIRA DA CUNHA
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

Francisco Salzano Vieira da Cunha
Alexandre Henrique Gruszynski
Almiro Regis Matos do Couto e Silva
Bruno Sérgio de Araújo Hartz
Jorge Arthur Morsch
José Hugo Valvírio Castro Ramos
Mário Bernardo Sesta
Rosa Maria Peixoto Bastos

Maria da Graça Landell de Moura (Secretária do Conselho)

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO

Bel. Henriqueta Kopsch von Wackeritt

EXPEDIÇÃO

Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

CARLOS DO AMARAL TERRES	A execução fiscal face à falência e às dívidas trabalhistas do executado ...	11
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Saudação aos Desembargadores empossados em 1º de julho de 1985	18
FLORIANO MILLER NETO	O sigilo das instituições financeiras e o fisco	24
SANDRA MARIA LAZZARI	O abuso e fraude da forma da pessoa jurídica — sua desconsideração	30

PARECERES

ALEXANDRE HENRIOUE GRUSZYNSKI	Magistério — regime jurídico. Parecer 6511 PGE	37
ALEXANDRE HENRIOUE GRUSZYNSKI	Magistério — regime jurídico. Parecer 6530 PGE	40
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Fixação de proventos na aposentadoria por invalidez. Parecer 6577 PGE ..	44
EUNICE ROTTA BERGESCH	Licença a funcionário em estágio probatório. Parecer 6601 PGE	48
ADNOR GOULART	Cessão de bem público de autarquia. Parecer 6602 PGE	51
MAURÍCIO AZEVEDO MORAES	Licença à funcionária mãe de excepcional. Parecer 6639 PGE	55
ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Anistia. Parecer 6650 PGE	58
EULÁLIA MARIA DE C. GUIMARÃES	Imunidade tributária. Parecer 6675 PGE	64
NEY SÁ	Pagamento de gratificação natalina aos diretores de sociedades de economia mista e fundações. Ofício - Parecer nº 114/86-P-137 PGE	68
NEY DA GAMA AHREND	Previdência Social. Parecer	72
RUY BARBOSA NOGUEIRA	Imposto e assistência social. Parecer ..	81
EURICO DE ANDRADE AZEVEDO	Competência para exploração de hidrovia. Parecer	100

ASSUNTOS MUNICIPAIS

NILO VARGAS	Remuneração de vereadores em período de licença. Parecer 6661 PGE	117
RENITA MARIA HÜLLEN	Regime previdenciário de servidores municipais. Parecer 6546 PGE	122
MARIA IZABEL DE A. R. FONYAT	Criação de novos Municípios. Parecer 6535 PGE	128

TRABALHOS FORENSES

REJANE BRASIL FILIPPI	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores — ISPV. Contestação	135
-----------------------	---	-----

DOCTRINA

A EXECUÇÃO FISCAL FACE À FALÊNCIA E ÀS DÍVIDAS TRABALHISTAS DO EXECUTADO

CARLOS DO AMARAL TERRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: I. Introdução — II. O conflito. A autonomia da execução fiscal e o privilégio do credor trabalhista — III. A análise. As penhoras antes e depois da falência, como têm sido feitas — IV. A conciliação. A penhora sobre bens determinados e o respeito ao privilégio trabalhista — V. As conclusões. A penhora se faz sempre sobre bens determinados, ou não se faz.

I. INTRODUÇÃO

1. A intenção de melhor defender os interesses públicos atinentes à cobrança da Dívida Pública animou-nos a estudar aspectos da legislação respectiva que, malgrado seu alcance, não têm tido inteira exploração.

Os termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, decorridos quase seis anos, já não podem ser tidos como novidade. Em alguns aspectos, entretanto, só aos poucos é que o inteiro alcance daquela norma se vai refletindo na rotina da cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública e, mais lentamente, na jurisprudência dos tribunais.

2. Assim é o caso do processamento da execução fiscal quando se defronta com a falência do devedor. No mais das vezes, o que na prática ocorre é a suspensão de fato da execução na expectativa de que, ao cabo de longo processamento da falência, dela remanesça algum resíduo do acervo de bens para satisfazer o privilegiado crédito do fisco.

3. De longa data o legislador tem tratado de proteger e privilegiar aquele crédito, nele reconhecendo um bem público merecedor, como tal, de especial tutela. Pretendendo dar a estas linhas menos sentido de pesquisa histórica do que análise da situação presente, deixamos de referir especificadamente normas que desde os primórdios de nossa cultura jurídica têm sido norteadas por aquele sentido de proteção ao crédito fazendário⁽¹⁾.

4. Por outro lado, com empenho crescente também se tem dado merecida proteção legal ao chamado crédito trabalhista, como medida de justiça social.

II. O CONFLITO

5. Ao dispor que o crédito tributário prefere a qualquer outro, ressalvado o trabalhista e, ao mesmo tempo, fixando que a cobrança do primeiro não é sujeita à habilitação em falência, o Código Tributário Nacional (artigos 186 e 187), deu margem a perplexidade que, cremos, já lhe antecedia: como conciliar o respeito ao juízo universal da falência, onde se deve habilitar o privilegiadíssimo crédito trabalhista, com a autonomia da execução fiscal?⁽²⁾

Tese aprovada por unanimidade no XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Salvador — BA, de 1º a 5 de setembro de 1986.

(1) A este propósito, ver "Comentários à Lei da Execução Fiscal", Milton Flaks, Ed. Forense.

(2) Toda a Dívida Ativa, tributária ou não, não está sujeita a habilitação na falência (artigos 2º e 29 da Lei nº 6.830/80).

Se o crédito tributário não está sujeito a habilitação em falência e o credor trabalhista não pode instaurar concurso de preferência na execução fiscal por que só as pessoas jurídicas de direito público podem fazê-lo (art. 187, parágrafo único, do CTN), como respeitar o privilégio do crédito laboral?(3)

A busca de resposta a essas questões implica em prévia análise de algumas normas e institutos, para os quais se há de encontrar conciliação.

III. A ANÁLISE

6. Antes da vigência da Lei nº 6.830/80, a jurisprudência vinha consagrando o entendimento de que, não se suspendendo a execução fiscal com o advento da falência, impunha-se a manutenção da penhora feita antes da quebra. Após a declaração da falência, a constrição haveria de ser feita no rosto dos autos respectivos. A matéria foi objeto da Súmula 44 do Tribunal Federal de Recursos nos seguintes termos:

Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.

A preservação da penhora feita em execução fiscal anteriormente à falência era e é, de qualquer modo, impositivo da chamada Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45), que no § 4º de seu artigo 70 dispõe:

§ 4º — Os bens penhorados ou por outra forma apreendidos, salvo tratando-se de ação ou execução que a falência não suspenda, entrarão para a massa, cumprindo ao juízo deprecar, a requerimento do síndico, às autoridades competentes, a entrega deles. (Grifo nosso).

7. Poder-se-ia, erroneamente, pensar serem arrecadáveis no juízo da falência — se não os bens antes penhorados na execução fiscal — ao menos o produto de sua arrematação. Essa idéia se apoiaria nos termos do artigo 24 da Lei de Falências, que determina a suspensão das ações e execuções envolvendo interesses da massa, e no parágrafo primeiro desse artigo que, embora faculte a realização de praça nas execuções em que a arrematação já tivesse data fixada, impõe a *entrada do produto para a massa*. Basta, porém, a leitura do segundo parágrafo daquele artigo para evidenciar-se sua inaplicabilidade às execuções movidas para a cobrança da Dívida Ativa:

§ 2º — Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado.

I — os credores por títulos não sujeitos a rateio.

Este dispositivo harmoniza-se com os termos do já mencionado parágrafo 4º do artigo 70 da Lei de Falências, afastando qualquer dúvida que pudesse haver sobre o acerto do entendimento adotado na primeira parte da Súmula 44 do T.F.R.

(3) Sobre "concurso de preferência" (art. 711 do CPC), é muito feliz a análise de Amílcar de Castro feita nos "Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 347/51.

8. A preocupação em resguardar os direitos dos credores trabalhistas, quando a penhora na execução fiscal se havia de fazer após a falência, propiciou o surgimento de canhestro raciocínio que apontava para a realização de uma *penhora no rosto dos autos*, ficando a execução fiscal suspensa no aguardo da realização do ativo e do pagamento daqueles credores.

9. A Súmula 44 do T.F.R., em sua segunda parte, declina o entendimento de que, sendo a execução proposta já contra a massa falida, a penhora respectiva se fará no *rosto dos autos*. O mesmo pretório, em decisão de 22 de agosto de 1979, adotou esse entendimento amparando-o com a assertiva de que essa penhora ... *autorizada pelo artigo 674 do CPC, encontra reforço ao se harmonizar com a disposição do artigo 188, § 1º, do CTN, ao recomendar reserva para atender à dívida tributária da massa falida, se contestada...*(4)

9.1. Ora, a penhora no rosto dos autos de que trata o artigo 674 do CPC é aquela realizada sobre direito que esteja sendo pleiteado em juízo, a fim de se efetivar nos bens que forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor. É de notar-se, mais, que o referido dispositivo do artigo 674 inclui-se dentre os que integram o capítulo IV, que trata *Da Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente*. (Grifamos)

Evidencia-se, assim, ser a penhora no rosto dos autos tecnicamente inadequada, repugnando mesmo ao instituto previsto na lei processual, pois, no processo de falência, o devedor não está pleiteando direito algum, muito ao contrário. A penhora efetivada no rosto dos autos da falência recai, então, sobre os direitos dos credores participantes do concurso universal. Mas, como estes não são os devedores do fisco, resulta descabida aquela penhora que, ademais, constitui-se em virtual habilitação de crédito da Fazenda Pública na falência.

9.2. No tocante à idéia da pretensa harmonia da penhora no rosto dos autos com o disposto no parágrafo primeiro do artigo 188, do Código Tributário Nacional, que manda se reservem bens para garantia do crédito contestado, ousamos crer que se haja fundado em equívoco. O artigo mencionado trata apenas dos créditos tributários *exigíveis no decurso do processo de falência* e que constituem encargos da massa falida.(5) Só os créditos tributários que, por exceção, *se tornam exigíveis após a falência* é que são encargos da massa. É o caso, por exemplo, do imposto predial incidente sobre imóvel pertencente à massa e que, antes da alienação, mas no *decurso do processo falimentar*, se torna exigível.

Aí, em princípio, não há nenhuma penhora, até porque, de regra, a cobrança é ainda administrativa e aquela reserva deve ser feita não pela possibilidade da penhora, mas por constituir-se o crédito num encargo da massa sob discussão.

De qualquer modo, porém, tanto a Súmula 44, como o julgado referido, são anteriores à atual Lei das Execuções Fiscais.

10. A Lei nº 6.830/80, ao dispor que a execução fiscal pode ser proposta contra a massa falida (art. 4º, IV) e que, não ocorrendo pagamento, a penhora poderá recair *em qualquer bem do executado* (art. 10), *incluídos os bens da massa* (art. 30), afastou de vez a realização da *penhora no rosto dos autos* da falência.(6)

(4) Boletim ADCOAS, nº 71.156/80.

(5) Ver também artigo 124, V, do Decreto-lei nº 7.661/45.

(6) Ver apêndice, item 1.

Com brilho aqui não encontrável, JOSÉ DA SILVA PACHECO chega a idêntica conclusão em estudo publicado na Revista dos Tribunais nº 558, p. 255/60, do qual se extrai o seguinte excerto:

Sob qualquer aspecto que se queira focalizar a penhora no rosto dos autos, verifica-se ser ela impertinente no caso de execução contra devedor falido ou sua massa falida.

Parece-nos, pois, que pode a União, ao propor ação de execução contra a massa falida do devedor, nos termos do art. 4º, IV, da Lei nº 6.830/80, penhorar-lhe bens se o síndico, ao ser citado, não oferecer garantia suficiente, não havendo como falar, nessa hipótese, em penhora no rosto dos autos.

IV. A CONCILIAÇÃO

11. Tendo por estabelecido até aqui que a penhora em execução fiscal para cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública *recairá sempre em bens individuados da massa falida*, cumpre agora demonstrar a compatibilidade dessa medida com o respeito ao crédito trabalhista, cujo privilégio é absoluto, superando até mesmo os encargos e dívidas da massa falida (artigo 102 do Decreto-lei nº 7.661/45).

12. As hipóteses que se podem apresentar são variadas, segundo seja a penhora anterior ou posterior à falência e, no último caso, conforme sejam ou não suficientes os bens do devedor para a garantia dos créditos trabalhistas.

13. Quando a penhora é anterior à declaração da falência, como se viu, os bens penhorados não podem ser arrecadados no juízo falencial (7) e não deve haver disputa entre o credor trabalhista e a Fazenda Pública. O bem penhorado, já se tendo destacado do patrimônio do falido e estando assim afeto à execução, não integrará a massa, fugindo aos efeitos da quebra. Não há aqui desrespeito ao privilégio do crédito trabalhista porque simplesmente o bem penhorado já não integrava a pleno o patrimônio do devedor ao sobrevir a falência. Somente em caso de procedência dos eventuais embargos é que o bem penhorado poderá ser arrecadado pelo síndico. (8)

14. É de notar-se que o credor trabalhista, embora seu privilégio, está obrigado a habilitar-se na falência, pois o legislador não lhe concedeu execução autônoma como a atribuída à Dívida Ativa.

15. Se a penhora é posterior à declaração da falência, mesmo assim, como já foi dito, deverá recair sobre bens determinados do acervo da massa falida. Aliás, incumbe ao síndico *indicar* bens para a penhora.

O respeito ao privilégio do crédito trabalhista se garantirá por dois modos diferentes, segundo a massa comporte ou não pagar integralmente os créditos trabalhistas.

15.1 Na hipótese positiva, nada obviará o seguimento da execução em todos os seus termos.

(7) "Direito Falimentar", de Walter T. Alvares, Ed. Sugestões Literárias, 4ª edição, 1971, v. II, p. 472, nº 429, e "Comentários à Lei de Falências", Ed. Forense, 3ª edição, 1962, v. II, p. 29/30, nº 471, de Trajano M. Valverde.

(8) Embora não arrecadando o bem penhorado, o síndico deve relacioná-lo no inventário respectivo (art. 70, §6º, II e III, da Lei de Falências).

15.2 Sendo o acervo insuficiente para o pagamento dos créditos trabalhistas, a penhora não se poderá efetivar e será caso de suspender-se a execução (art. 40 da Lei nº 6.830/80). Essa suspensão, entretanto, não exclui a necessidade da ouvida da Fazenda Pública antes de qualquer alienação de bens da massa (artigo 31 da Lei nº 6.830/80), não autoriza se pague credores sem observância do privilégio da Dívida Ativa, nem veda se volte a execução contra outros responsáveis como, exemplificativamente, os administradores da falida, se sociedade.

Quando a penhora, apesar da insuficiência do acervo, chega a efetivar-se, incumbe ao síndico, nos autos da falência, fundamentadamente requerer se oficie ao juízo da execução no sentido de liberarem-se os bens lá constrictos.

V. AS CONCLUSÕES

16. O prosseguimento da execução fiscal contra devedor falido, nos termos aqui propostos, pode ser visualizado com clareza no seguinte quadro:

PENHORA ANTERIOR À FALÊNCIA:

Procedimento normal.

Bens penhorados não são arrecadados.

PENHORA POSTERIOR À FALÊNCIA:

a) *Massa com bens suficientes:*

Procedimento normal.

Penhora sobre bens determinados.

b) *Massa com bens insuficientes:*

Processamento em suspensão

Não se realiza penhora.

17. Podemos sintetizar as conclusões deste estudo na seguinte afirmação:

Mesmo quando posterior à falência e ainda que existam habilitações trabalhistas, a penhora em execução fiscal se faz sobre bens determinados, salvo insuficiência do acervo para o pagamento dos empregados.

APÊNDICE

No estudo sobre a matéria objeto da tese "A Execução Fiscal face à Falência e às Dívidas Trabalhistas do Executado", alguns aspectos correlatos se nos apresentaram que, embora de relevo para quantos se interessarem pelo assunto, não nos pareceram coubessem por inteiro no corpo do trabalho. Assim, fazemos neste apêndice breve exposição de cada um deles, como segue:

1. UM ACÓRDÃO PELA PENHORA EM BENS DETERMINADOS DA MASSA FALIDA.

Promovendo execução fiscal contra sociedade falida, o autor, em sua condição de representante judicial do Estado do Rio Grande do Sul, viu o processamento trancado por despacho em que o magistrado adotou o entendimento de que, sendo a execução posterior à falência e, mormente face à existência de credores trabalhistas da falida, deveria a penhora ser feita no rosto dos autos falimentares, ordenando a suspensão da execução.

Em agravo de instrumento sustentamos, em síntese, o posicionamento defendido na tese ora formulada.

O Recurso, de nº 584002380, foi julgado a 23 de agosto de 1984, pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Do voto do Relator, Des. Gervásio Barcellos, vale destacar as seguintes passagens:

...Conseqüentemente, independe dos créditos que sejam habilitados na falência a execução fiscal que, quando muito, pode submeter-se às preferências legais quanto a créditos trabalhistas que forem preservados no juízo da execução fiscal, desde que cabível.

*.....
Além do mais, como frisou o Estado, nem mesmo prejuízo sofrerão os créditos trabalhistas, dado o vulto do patrimônio da falida.*

*.....
Meu voto, assim, é no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento para o fim de que se prossiga na execução fiscal com a penhora de bens da massa falida... e conseqüentes trâmites legais. (Grifamos).*

O acórdão, unânime, teve sua ementa ⁽¹⁾ lavrada nos seguintes termos:

Agravo de Instrumento.

Execução Fiscal.

Não dependendo o juízo da execução fiscal do que for decidido na falência, ainda que a decretação desta tenha sido posterior ⁽²⁾ ao ajuizamento do crédito relativo à dívida ativa, constituiu gravame ao exeqüente a suspensão da execução fiscal, bem como a determinação da penhora no rosto dos autos da falência. (Grifo nosso).

2. A CONCORDÂNCIA DA FAZENDA PÚBLICA PARA ALIENAÇÃO DE BENS DA MASSA.

O artigo 31 da Lei nº 6.830/80 condiciona a alienação de bens da massa falida à prova de quitação da Dívida Ativa ou à concordância da Fazenda Pública. Como pretexto para descumprimento dessa norma já ouvimos o argumento de que o processo da falência ficaria subordinado inteiramente à vontade da Fazenda Pública, podendo esta até impedir o pagamento dos credores trabalhistas, em caso de não anuir na venda de bens da massa. Essa preocupação não tem fundamento, basicamente por três motivos:

1º) A Fazenda Pública não terá porque discordar de alienações que não prejudiquem seus interesses;

2º) A discordância da Fazenda Pública, há de ser fundamentada;

e,

3º) A decisão não é da Fazenda, mas do Judiciário.

(1) Publicada no Boletim de Jurisprudência ADCOAS 1985, nº 104.093.

(2) Evidentemente quis-se dizer "anterior".

3. A ARRECAÇÃO DE BENS PARA A MASSA EM VIOLAÇÃO À PENHORA.

Pode ocorrer, e tem ocorrido, de o síndico da massa falida arrecadar e, pior, levar a leilão bens penhorados em execução fiscal. Para evitar que isso aconteça, convém que o representante da Fazenda peticione nos autos da falência comunicando a existência da penhora. Essa providência é de conveniência tanto maior quando se tem em vista as freqüentes substituições de síndicos no curso dos processos de falência.

Se, apesar de tudo, o síndico arrecada ou aliena bem penhorado na execução, o remédio adequado é o ajuizamento, pelo credor, da ação de atentado, com fundamento nos termos do artigo 879, I, do Código de Processo Civil. Decorrendo o ato do síndico, porém, de expressa determinação do juízo da falência, contra aquele ato caberá a impetração de mandado de segurança.

PORTO ALEGRE, junho de 1986.

SAUDAÇÃO AOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS EM 1º DE JULHO DE 1985

ALMIRO REGIS MATTOS DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

Designou-me o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, para que eu viesse trazer, nesta solenidade, a saudação dos advogados rio-grandenses aos oito eminentes juízes que acabaram de ser empossados como desembargadores deste Tribunal de Justiça.

O ato que estamos presenciando é invulgar. Nunca na história do Poder Judiciário gaúcho registrou-se acontecimento igual. Jamais, de uma só vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve seu corpo de desembargadores ampliado nessa medida.

Acostumei-me a ler e a ouvir dizer que lento deveria ser o ritmo de mudança na composição das Cortes de Justiça, pois do contrário haveria o risco de perder-se, com a brusca e acelerada alteração, a coerência, a coesão de entendimento, a observância dos rumos consolidados no tempo, a pausada e prudente transformação do espírito do passado na voz do presente e na profecia do futuro.

Os órgãos coletivos de aplicação da justiça seriam um *continuum*, ligado e tecido por fios que, ao serem substituídos, deveriam manter a textura, a tonalidade e a harmonia do conjunto. Recomendava-se numa palavra, que os Tribunais fossem como o rio de Heráclito que, ao receber novas águas, era sempre o mesmo no constante fluir: mudava sem mudar. No poder da tradição e na religiosa fidelidade à memória estaria a base do prestígio do órgão e a única forma de preservar o respeito e a confiança dos jurisdicionados, que só assim se sentiriam seguros.

Com isso, porém, ao colocar-se sob luz muito forte a segurança jurídica, dava-se também realce ao conservadorismo da justiça. Punha-se ênfase talvez exagerada num aspecto que, tal pedra num mosaico, afirmava perfeitamente com vasto repertório de idéias e concepções, cujas raízes mais remotas mergulham no jusnaturalismo racionalista e no pensamento político que a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa retiraram pela primeira vez dos livros para converter em direito positivo e em rica e fecunda experiência histórica.

A perenidade invariável do Direito, consequência da perenidade da razão humana, encontrava correspondência no papel de autômato que MONTESQUIEU, em frase célebre, reservava aos juízes. Para o autor do "*Espírito das Leis*" seriam eles simplesmente "*a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem modificar sua força e seu rigor*". MONTESQUIEU e os filósofos e pensadores políticos que, anteriormente a ele, desde Aristóteles, meditaram sobre o poder absoluto, não tiveram a preocupação de conceber um perfeito sistema de organização do Estado. O fim perseguido pela assim chamada teoria da tripartição dos poderes era apenas o de romper definitivamente a identificação do governante com o Estado, de tal modo que a vontade do governante não fosse

mais a vontade do Estado e nem o detentor do poder político voltasse a ser "*a lei viva e animada sobre a terra*", lei que muitas vezes ficava só no limbo impreciso das intenções que nunca se exteriorizaram, como sucedia com a "*lei mental*", a terrível *lex mentalis* dos velhos reis portugueses. Fazia-se imprescindível que a vontade do Chefe do Estado fosse substituída pela *ratio* da lei, da qual, para a perfeita garantia dos cidadãos, Rousseau predicava dovesse ser duplamente geral, pela abstração e impessoalidade do enunciado e como expressão dos desejos e aspirações comuns do povo. O ideal, em suma, era o de que todos vivessem *non sub homine, sed sub lege*, na fórmula concisa de Lord Bracton.

Postulado do Estado de Direito, na maneira como se modela no final do século XVIII e início do século XIX, é a incontestada supremacia da função legislativa sobre as funções judiciária e administrativa. As instituições e órgãos incumbidos de exercer as duas últimas, deveriam ser meros executores pontuais do que as leis consignassem ou prescrevessem. A metáfora de MONTESQUIEU, a propósito dos juízes, a que acabei de me referir, expressa bem, a um só tempo, o horror a que algum titular de poder público viesse a tornar-se livre das leis, a *legibus solutus* como o príncipe do texto romano, e a visão imobilista que o liberalismo político e econômico tinha do Estado, em contraste com o dinamismo e a efervescência das forças existentes na sociedade.

Ao liberalismo e à sua imagem estática do Estado serviu também o positivismo jurídico, apesar das evidentes diferenças que o distinguem do jusnaturalismo racionalista. De qualquer modo, a escrita vinculação à lei, em que se funda o positivismo jurídico, ergue novamente a segurança jurídica à condição de valor eminente, senão de supremo valor, com todas as suas luzes e sombras.

O aspecto mais negativo que nele se percebe é o de inibir a rápida adequação do Direito às novas circunstâncias, medindo por padrões pouco flexíveis à realidade em mutação. Não deixa, assim, de ser surpreendente a extraordinária penetração do positivismo jurídico e a duração do seu prestígio por um período que se estende desde o século XIX até, pode-se dizer, o fim da segunda grande guerra, quando só então começa efetivamente a declinar, não sem antes conhecer, na última fase da sua linha evolutiva, o momento de maior brilho sob o ângulo teórico, com a obra monumental de HANS KELSEN. Entretanto, o normativismo Kelseniano, com o seu purismo e sua exigência de neutralidade axiológica, ao invés de eliminar ou atenuar o lado excessivamente conservador e acrítico do positivismo jurídico, reforçava esses defeitos.

Legítima é a censura de que o sistema jurídico de KELSEN, estruturado em termos puramente lógicos, acaba por expulsar de si o próprio Direito, podendo ser recheado tanto com flores como com canhões. No Brasil o pensamento positivista recebeu o vigoroso impulso do gênio de PONTES DE MIRANDA, o mais notável jurista da história nacional, que marcou e continua ainda a marcar fortemente os rumos tanto da doutrina quanto da jurisprudência em nosso país, prolongando, desse modo, no nosso meio, linhas de influência que em outros lugares já se acham extintas ou em vias de extinção.

É certo que desde o fim do século passado e mais intensamente desde as primeiras décadas deste século, diferentes escolas e tendências colocaram-se em aberta oposição ao positivismo jurídico, acusando-o com razão de reacionarismo e de fetichismo legalista, em detrimento da justiça material, cuja realização há de ser umas das primeiras finalidades do Estado. No entanto, o argumento definitivo

contra as posições do positivismo jurídico foram as atrocidades perpetradas na última grande guerra mundial. Colocou-se, então, em primeiro plano, mais do que a distinção já conhecida dos romanos, o próprio conflito tantas vezes dramático entre *lei e direito*; entre a norma editada e imposta pelo Estado e o que a experiência e a história dos povos já incorporaram no patrimônio de valores insuscetíveis de serem atingidos pelo Poder Público, mesmo mediante a forma mais alta e soberana de sua expressão, que é a lei. Bem por isso, para evitar os erros do passado, é que a Constituição da República Federal da Alemanha declara expressamente, no seu art. 20, que o juiz está vinculado à lei e ao Direito, a insinuar que este precede àquela e que, no confronto entre ambos, o Direito prevalece sobre a lei.

A crise do positivismo jurídico, que é um fenômeno típico dos países de Direito codificado, fez com que a investigação teórica no pós guerra se dirigisse, por um lado, para a análise intensa e exaustiva do processo de formação e criação do Direito no sistema anglo-americano e, por outro, para o reexame do processo análogo no Direito Romano, estabelecendo as comparações entre o pensamento que se desenvolve em torno do caso concreto, topicamente, e que mediante constante argumentação busca solver a controvérsia proposta, e aquele que se organiza axiomáticamente, a partir de premissas fixadas na lei, chegando ao desate do acaso ao descer sucessivos degraus lógicos. Pensamento problemático e pensamento axionático, tópica e jurisprudência, fato, valor e norma, sistemas jurídicos fechados e sistemas jurídicos abertos, direito e argumentação ou Direito e nova retórica — são alguns dos temas dominantes nas obras dos juristas que, dos anos 50 até os nossos dias, se ocupam apaixonadamente com o fenômeno universal da criação do Direito pelo exercício da atividade judiciária.

É de intuitiva evidência que esse não é um problema novo. A palavra, diferentemente do número, é, sempre foi e será suscetível de interpretação, mudando o seu sentido e significado conforme se alterem os quadros de referência existentes na sociedade, as tabelas de valores ou — como recentemente passou a dizer-se o conjunto de “*pré-compreensões*” de quem tenta desvendar-lhe o exato conteúdo. Também não é propriamente nova a conclusão que se tira desses estudos de que, mesmo nos sistemas jurídicos fechados, de direito escrito ou codificado, onde o raciocínio axiomático prepondera sobre o problemático, existe e é significativa a função de criação do Direito pelos juizes, que assim, por vezes, acabam por ab-rogar materialmente a norma escrita, sem formalmente fazê-lo, um pouco à semelhança do que ocorria nas intersecções do *ius civile* com o *ius honorarium*, no Direito Romano.

O que era verdadeiramente desconhecido ou só vagamente intuído, e a pesquisa moderna revelou, são as maneiras pelas quais se desdobra a tensão dialética entre fato e norma, e como princípios tidos primeiramente como simples exigências éticas adquirem, ao serem revelados no caso concreto, a natureza de princípios jurídicos, incorporando-se por fim ao sistema.

A dualidade de ordenamentos que está implícita no discripe entre “*direito dos códigos*” e “*direito efetivamente aplicado*” ou entre *law in the books* e *law in action* não é manifestamente algo exclusivo do Direito anglo-americano, mas sim realidade inafastável a qualquer sistema jurídico, conquanto nos sistemas abertos, do *judge made law*, seja muito mais expressiva a dimensão e a importância do Direito criado jurisprudencialmente.

Tudo isso torna explícito que o juiz moderno ocupa uma posição muito diferente daquela imaginada por MONTESQUIEU. Com certa freqüência, não é o juiz hoje apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, mas é também o cérebro que concebe e elabora as palavras que irão valer como lei e a vontade que as impõe e aplica. Em outros termos, o juiz tornou-se legislador, fazendo crescer de ponto sua responsabilidade e suscitando a difícil questão da legitimação democrática para o exercício dessa função que não lhe foi delegada pelo povo, como ainda há poucos dias, em memoráveis conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, observava um jovem mestre alemão, o Prof. HARALD KINDERMANN.

A responsabilidade maior do juiz no Estado contemporâneo é, igualmente, uma decorrência do espantoso crescimento e da expansão das atividades estatais e dos serviços públicos, atingindo todos os aspectos da atividade humana.

O indivíduo ficou envolvido pelo Estado e tornou-se dele dependente. A passagem do Estado liberal burguês para o Estado Social — com que em maior ou menor medida se identificam os Estados democráticos do nosso tempo — ampliou um braço da atuação estatal que quase não se percebia no século passado: o Estado prestador de benefícios e vantagens, que intervém para amparar os fracos contra os fortes, que desenvolve programas assistenciais, que mantém a previdência social, que se ocupa da cultura, que possibilita a aquisição de casa própria por pessoas de baixa renda, que distribui merenda escolar, que concede estímulos e subvenções, entre muitas outras formas de atividades que passou a exercer, juntamente com as funções tradicionais e com a intervenção no domínio econômico, que era igualmente pouco conhecida no século XIX. A esse crescimento do Estado, que se pode sem exagero qualificar de vertiginoso, correspondeu também, como não poderia deixar de ser, o crescimento da legislação em ritmo verdadeiramente inflacionário. O perfil assumido pelo Estado em nossos dias engendrou ainda uma singularidade que é a do Poder Público ter passado a recorrer a modelos e instituições do Direito Privado mesmo para a realização de suas finalidades públicas, regendo-se, nestes casos, pelo Direito Privado e não pelo Direito Público. Tal circunstância afrouxou consideravelmente o princípio da legalidade a que se subordina a atuação do Estado, princípio que, de resto, se encontra em crise em todo mundo, em razão da hipertrofia do Poder Executivo e da utilização crescente das fontes infralegais do Direito Público, notadamente do Direito Administrativo. O aumento da importância dessas fontes infralegais deriva, a seu turno, de formas veladas de delegação legislativa, que se realizam pela outorga, a órgãos da Administração Pública, de competência amplíssima, enunciada nas leis em termos genéricos, vagos e imprecisos. Todos nós sabemos as radicais modificações que são introduzidas no Direito Brasileiro por resoluções, circulares e portarias de órgãos administrativos da União.

Todos nós sabemos, também, que daí surgem novos pontos de fricção entre a autoridade do Estado e a liberdade individual, gerando controvérsias que ao Poder Judiciário caberá decidir. Por outro lado, tornou-se cada vez mais comum na legislação moderna o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de conteúdo elástico, e cujo sentido é fixado, em última instância, pelos juizes, em função dos casos concretos que tenham de julgar. O que, logo da edição da norma, dentro da moldura legal era só fluidez, imprecisão e incerteza, com o passar do tempo, com as repetidas pinceladas que os precedentes juris-

prudenciais vão colocando na tela, fica sempre mais cheio, nítido e consistente o quadro de abrangência do preceito.

Penso que o sumário esboço que aqui me permiti fazer de alguns sinais caracterizadores das transformações que o mundo moderno determinou nas funções do juiz põe em destaque, também, a imensa complexidade das tarefas que lhe compete exercer. ARTHUR KAUFMANN, no fim da década de 60, salientava em artigo luminoso, que a função do Direito (e eu não hesitaria em acrescentar que também a função do juiz) há de ser, como sempre, a manutenção da ordem e da paz jurídica e social. O dogma da segurança jurídica pode transformar-se, porém, numa ideologia perigosa, pois mantém o domínio das mesmas classes ou grupos, preserva e fortalece as posições de poder existentes, negando qualquer oportunidade às novas forças e idéias. "Finalidade do Direito" — escrevia ele — "não é aquela paz disciplinada por minucioso perfeccionismo legislativo. Finalidade do Direito — especialmente numa sociedade pluralista — é sobretudo a segurança da liberdade, da qual o homem necessita na construção da sua existência histórica, na realização de si mesmo e no convívio com os demais e para desenvolvimento de sua própria iniciativa" (*Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik in Rechtstheorie*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 93).

Registro estas observações porque ao lançar-se deste quase final de século um olhar retrospectivo sobre o papel do Poder Judiciário na nossa história republicana, percebe-se que ele desempenhou uma função importante na criação do Direito e na adaptação da ordem jurídica às novas exigências sociais, políticas e econômicas. Verifica-se, no entanto, que essa função relevante foi especialmente exercida na área do Direito Privado. Na esfera do Direito Público, particularmente na do Direito Constitucional, os longos períodos de eclipse das liberdades na vida da República parecem ter atrofiado o *élan* criativo e renovador dos nossos Tribunais, e mais do que todos do Supremo Tribunal Federal, na defesa dos direitos e das garantias individuais e na firme aplicação da regra da igualdade. No que diz respeito a este último ponto, ao princípio da isonomia, é ele tão negligenciado no país, que até há relativamente pouco tempo era hostilizado pelos próprios Tribunais, quando sistematicamente impediam o ingresso das mulheres nas carreiras da magistratura. Vivemos num país desigual sob muitos aspectos. Desigualdade geográfica, desigualdade de clima, desigualdade de composição étnica, desigualdade de recursos naturais. Mas nada desiguala mais os brasileiros do que o contraste brutal entre a imensa pobreza de muitos e a riqueza de poucos. Não há pior segregação do que a produzida pela miséria. A desigualdade econômica, nos níveis extremos, desiguala as pessoas também juridicamente. O direito conhecido pelas novas vilas, favelas e mocambos é praticamente só o Direito Penal, cuja existência é sempre lembrada pelos camburões e pela ação repressiva da polícia e, em menor escala, os Direitos do Trabalho e Previdenciário. Os direitos básicos do ser humano continuam esquecidos, quando não francamente espezinhados. Aos pobres e miseráveis aplica-se no Brasil o "tratamento isonômico" que a Suprema Corte Americana, não sem muito de hipocrisia, dispensava aos negros, antes da gestão WARREN: "iguais, mas separados". É claro que a tarefa de integração dos pobres na sociedade brasileira não pode ser, como foi a integração racial americana, obra exclusiva do Poder Judiciário.

Mas o Poder Judiciário deverá continuar a contribuir de forma muito ativa, pelos seus meios normais de ação, induzindo pelo atento controle da igualdade formal a que os brasileiros se tornem também materialmente mais iguais. Iguais

na prosperidade e não iguais apenas na desgraça descrita nestes versos pungentes de JOÃO CABRAL DE MELLO NETO:

"Somos muitos Severinos
iguais em tudo na vida;
na mesma cabeça grande
que a custo é que se equilibra,
no mesmo ventre crescido
sobre as mesmas pernas finas
e iguais também porque o sangue
que usamos tem pouca tinta.
E se somos Severinos
iguais em tudo na vida
morremos de morte igual:
mesma morte severina.
Que é a morte de que se morre
de velhice antes dos trinta, de emboscada
antes dos vinte, de fome um pouco por dia".

Os advogados do Rio Grande do Sul têm plena certeza de que Vossas Excelências, Desembargadores Pedro Henrique Particheli Rodrigues, Luiz Carlos Castello Branco Santos, Luiz Melício Uiracaba Machado, Ruy Rosado Aguiar Júnior, Mário Rocha Lopes, Sérgio Pilla da Silva, Egon Wilde e Luiz Fernando Koch, cujos nomes revelam, aqui e ali, as diferentes etnias que formaram o povo gaúcho, estão à altura do cargo que hoje passam a exercer e para o qual se encontram amplamente preparados pela inteligência, cultura e experiência adquirida em tantos anos de atividade profissional. Têm também os advogados rio-grandenses a absoluta convicção de que Vossas Excelências haverão de possuir a sensibilidade para encontrar, nas suas sentenças e pronunciamentos, o exato e desejável ponto de equilíbrio entre a tradição que dá segurança sem ser reacionária e as novas idéias que sempre sejam incorporadas, como princípio ou normas, ao ordenamento jurídico. Têm ainda os advogados rio-grandenses o convencimento integral que Vossas Excelências, na aplicação do Direito neste Tribunal, que é dos melhores do País, não cairão na ilusão em que nunca caíram de que a justiça é filha exclusiva dos juizes, como se advogados e representantes do Ministério Público fossem coadjuvantes menores desse culto em que só o magistrado seria o grande sacerdote. Às vezes o advogado fica, realmente, abaixo dos juizes; outras vezes atrás de um grande juiz e responsável por parcela significativa de suas glórias está um notável advogado, como mostra o exemplo famoso do *Chief Justice Marshall Daniel Webster*; em outras ocasiões, finalmente, um só advogado está muito acima de muitos tribunais, como ilustra a história brasileira, com Ruy Barbosa e o Supremo Tribunal Federal, nos primórdios da República. Nós todos, juizes, representantes do Ministério Público e advogados, trabalhamos com humildade a mesma massa. Depende das nossas mãos, num esforço comum, modelá-la, aparar-lhe as asperezas, cuidar que os volumes se distribuam harmoniosamente no espaço, alisá-la carinhosamente para que aquilo que um dia foi terra e barro se transforme, diante dos olhos e do coração do nosso povo, na face radiante, bela e incorruptível da justiça.

Que Deus inspire e guarde Vossas Excelências.

O SIGILO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O FISCO

FLORIANO MILLER NETTO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: 1. Conceito e origem do sigilo bancário — 2. O sigilo bancário no Brasil — 3. A requisição de informações sigilosas pelo Fisco — 4. Conclusão.

1. CONCEITO E ORIGEM DO SIGILO BANCÁRIO

Em sentido amplo, o sigilo bancário é espécie do gênero segredo profissional. Anatole Sacker define-o como sendo *"O dever que incumbe ao banco de manter reserva acerca dos negócios e interesses patrimoniais de seus clientes, vindos ao seu conhecimento em virtude da relação jurídica entre estes e aquele."* (Du secret professionnel du banquier, Paris, 1933, p. 13)

A origem do instituto é bimilenar. Nasceu e se desenvolveu com um halo místico, nas arcadas dos templos, onde as cerimônias religiosas se mesclavam com a atividade mercantil. A um só tempo, o sacerdote era oficiante banqueiro; guardião da fé e dos tesouros do povo. Por isto, inicialmente por conveniência própria, depois por imposição moral, mantinha sob rígido sigilo essas operações, só quebrado em caso de conflito com o cliente, como expressamente previa o Código de Hamurábi.

A instituição se fortaleceu na Idade Média e alcançou os tempos modernos profundamente estratificada na cultura jurídica dos povos. Alguns a adotam em caráter absoluto, como medida de política econômica, como é o caso da Suíça e do Líbano, que se esmeram em guardar em seus cofres e em contas cifradas os capitais estrangeiros de qualquer procedência, lícita ou não. Diversamente, o Direito anglo-saxônico renega o sigilo bancário absoluto, sob o fundamento da preponderância do interesse coletivo na apuração da verdade dos fatos, subordinando assim os interesses individuais.

2. O SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

Seguindo a tendência liberal da época, o Brasil-Império acolheu na acepção mais ampla o segredo comercial, incluindo o sigilo bancário. O art. 17 do Código Comercial, de 1850, assevera: *"Nenhuma autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto algum por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício."*

A propósito, o incomparável comercialista J.X. Carvalho de Mendonça afirmava: *"O comerciante tem o direito de propriedade sobre os seus livros, e, como consequência, o direito de guardá-los materialmente em sua posse e o de recusar o conhecimento do conteúdo a quem quer que seja."* (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 7.ª ed. S. Paulo, Livraria Freitas Bastos S/A, 1963, p. 223)

Prosseguindo a exposição, o mestre se reporta ao sigilo bancário: *"É justo, pois, que o comerciante se esforce para manter sob absoluta reserva esses documentos, acentuando-se, dia a dia, a necessidade dessa precaução, em virtude do aumento da livre concorrência, da complexidade da vida comercial, do desenvolvimento do crédito, e ainda por exigência implícita de terceiros. Aos banqueiros, por exemplo, muitas operações são confiadas, especialmente as de comissão e depósito, a título implicitamente confidencial."* (pp. 223 e 224)

Só mediante requisição judicial, em casos legalmente restritos, era possível a verificação dos livros e assentamentos dos comerciantes e banqueiros.

Também o Código Civil, de 1916, lhe abriu azo igual. O art. 144 assegura que *"ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo."*

Do mesmo modo perfilhou o Código Penal, de 1940, sancionando a violação do segredo profissional em seu art. 154.

Pouco a pouco, porém, esse liberalismo exacerbado foi se amoldando às idéias de Sacker, para quem o interesse particular do sigilo deve ceder ante os motivos de ordem pública. Escreveu o autor francês: *"Acima dos interesses particulares, que encontra salvaguarda equitativa no segredo dos negócios bancários, situa-se o interesse da justiça que, no exercício de sua elevada função social, procura esclarecer os fatos, secretos ou não, cujo conhecimento lhe é necessário, seja para reprimir alterações sociais, tais como delitos e crimes, seja para impedir nos conflitos entre indivíduos qualquer usurpação de direitos que a lei protege."* (ob. cit. p. 32)

Já em 23 de janeiro de 1953, o saudoso Ministro Nélson Hungria, em memorável voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 1959, pelo Pleno do STF, assim se pronunciou: *"A inviolabilidade do segredo, mesmo confiado aos chamados confidentes necessários, é de ordem pública eminentemente relativa."* E em outro trecho do mesmo voto: *"Não é indevassável segredo algum, desde que, atrás dele ou no seu bojo, haja um ilícito penal ou civil ou um ilícito administrativo."* (RDA, vol. 45, pp. 312 e 313)

No mesmo ano, em 10 de julho, o insigne Ministro repisou a posição assumida, ao relatar o RMS n.º 2.172-GO. Sustentava, então: *"É certo que, atualmente, é pacífico em doutrina e em jurisprudência que os banqueiros são 'confidentes necessários' e, como tais, obrigados a sigilo sobre tudo quanto sabem a respeito de seus clientes, em virtude da relação contratual que com estes mantêm; mas, tal obrigação não pode ser invocada quando se trata de prestar esclarecimentos exigidos pela Justiça."* (DJ de 22.7.1957, p. 1838)

Posteriormente, em 31 de dezembro de 1964, adveio a Lei n.º 4.595, dispondo em seu art. 38 que *"As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados."* Mas se o caput desse artigo parece exaltar a vetusta divisa liberal, seus parágrafos desde logo desfazem a ilusão. Servem, realmente, para abrir largas portas de acesso aos órgãos e agentes dos três Poderes da República.

Depois, com o advento do Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, sepultou-se de vez o sigilo bancário em matéria tributária. O art. 195 não deixa dúvidas: *"Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou*

fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los." Segue-lhe o art. 197, obrigando "os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras, a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros."

É verdade que tais disposições têm sido alvo de freqüentes críticas e até mesmo resistência por parte de alguns bancos. Entretanto, o verdadeiro sentido da lei é o de transformar as instituições financeiras em alcagüetes de seus clientes; mas, numa concepção realista e atual, permitir que a sociedade, por seus órgãos, possa efetivamente prevenir e coibir abusos. E para isso se presta bem o sigilo bancário, por versar precipuamente sobre valores patrimoniais, bastando que se limite a sua amplitude e a forma de acesso às informações sigilosas, tal como já esta explicitado no que concerne a matéria tributária.

Este posicionamento encontra forte guarda na doutrina. Ao comentar o parágrafo único do art. 197, do CTN, Aliomar Baleeiro frisa que o segredo profissional ali preservado não se estende aos banqueiros: "Não, é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar a ser procurados para negócios lícitos e confessáveis." (Direito Tributário Brasileiro, 3a. ed. Rio, Forense, 1971, pp. 550 e 551)

No mesmo sentido se posicionou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sua composição plena, ao julgar, em 2 de maio de 1983, o agravo regimental nos autos do Mandado de Segurança nº 583011457, quando acolheu o voto do eminente Desembargador Werter Rotunno Faria, assim desenvolvido:

"Considero a decisão que estabeleceu restrições à atividade da CPI desamparada em lei. A lei bancária brasileira, depois de estabelecer a regra geral de que os bancos, indistintamente, devem observar sigilo no tocante a suas operações ativas, passivas e serviços prestados aos clientes, como as legislações modernas, estabelece limitações ao sigilo. E, neste particular, o Direito brasileiro talvez esteja à frente dos outros, porque regula as limitações em três planos: limitações no que se refere à atuação do Poder Judiciário, à atuação do Poder Legislativo e à atuação do Poder Executivo.

Não conheço lei alguma que coloque as limitações dessa forma que se encontra na lei bancária brasileira. Observo que, depois de estabelecidos quais são os elementos que cada um dos Poderes pode obter dos bancos, estabelece a condição de sigilo. Por exemplo, em relação ao Judiciário, autoriza-o a solicitar informações e esclarecimentos e determinar exibição de livros e documentos.

A condição é de que esses elementos sejam processados sigilosamente. Só as partes podem ter acesso às informações recebidas.

No tocante ao Poder Legislativo, existem duas limitações, mas ele pode pedir quaisquer informações. O sigilo imposto ao Poder Legislativo é restrito aos casos em que a própria instituição financeira informante o solicitar. Uma segunda condição é de que o pedido de informação decorra da aprovação do plenário da Câmara ou do Senado, ou das Assembléias Legislativas, no caso dos Estados.

Com referência às CPIs, os pedidos de informação não têm nenhuma condição. Entretanto, a aprovação do pedido de informações deve ser feita pela maioria absoluta dos membros das Comissões. Não chegaria à análise das informações ao Poder Executivo para não alongar o voto.

Conseqüentemente, dessa análise do art. 38 da lei bancária, extraio a conclusão de que não havia fundamento para ser impedido o desenvolvimento das atividades da CPI. ... (R.J.T.J.R.G.S., nº 100, pp. 188 e 189)

Também o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em decisão unânime da 5ª Turma, ao julgar a Apelação Cível nº 47.875 — MG, em 30 de junho de 1982, sendo relator o Ministro Moacir Catunda, assim assentou a problemática:

"EMENTA: — ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SIGILO BANCÁRIO. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ARTIGO 197. LEI Nº 4.594, DE 1964, ARTIGO 38.

1. O exame de documentos e registros de depósitos nas instituições financeiras, para efeito de fiscalização dos tributos federais, dependerá de autorização em cada caso específico, sendo que, no presente, a intimação dirigida ao Banco-autor para prestar informações, atendeu os requisitos da Portaria GB nº 493, de 1968, do Sr. Ministro da Fazenda, editada visando à facilitar a fiscalização.

2. Os textos dos artigos 197 do Código Tributário Nacional — são os bancos obrigados, mediante intimação inscrita, a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros —, e 38 da Lei nº 4.595, de 1964 — as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados —, não se conflitam; ao contrário, convivem em harmonia." (LEX-Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, vol. 12, p. 108)

Igualmente, o Egrégio Supremo Tribunal Federal vem mantendo a orientação da relatividade do sigilo bancário. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 71.640-BA, em 17 de setembro de 1971, por unanimidade a Primeira Turma acolheu o voto do Relator, eminente Ministro Djaci Falcão, que salienta:

"... Conclui-se do exposto que não há cogitar ofensa ao preceito inserido no art. 153, § 9º, da Lei Magna, nem tampouco em negativa de vigência do art. 144 do C. Civ., e da regra contida na L. 4.595, de 31.12.64." (R.T.J., v. 59, p.574)

Assim, assentada a viabilidade do fisco ter acesso a informações guardadas sob sigilo pelas instituições financeiras, cabe analisar como poderá fazê-lo.

3. A REQUISICION DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS PELO FISCO

Salientando no brilhante voto do Desembargador Werter Rotunno Faria, antes transcrito, a regra geral do sigilo bancário sofre limitações pela atuação dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Mas para este trabalho importa é a atuação do fisco, mesmo porque dos primeiros já se ocupou o eminente magistrado.

Dispõe expressamente o § 5º, do art. 38, da Lei nº 4.595/64:

"Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente."

A regra foi repetida e ampliada pelos artigos 195 e 197, II, do Código Tributário Nacional, assegurando a mais ampla e irrestrita averiguação. As únicas condições impostas são as que já se tenha instaurado o processo e a autoridade competente considere indispensável o exame a ser procedido.

Obviamente, a lei se refere ao *"procedimento administrativo tributário"*, embora empregue o termo *"processo"*, seguindo uma atecnia corrente e bem demonstrada pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, em trabalho intitulado 'Processo Administrativo Tributário', publicado na Revista de Direito Tributário, vol. 9/10, pp. 276 a 294. Diz o mestre:

"Têm-se empregado o termo 'processo' para designar, invariavelmente, tanto a discussão que se desdobra perante o Poder Judiciário, quanto as controvérsias deduzidas no âmbito da Administração Pública, sobre termos tributários ou meramente administrativos."

Estamos em crer que é imperiosa a distinção entre processo e procedimento. Reservamos o primeiro termo, efetivamente, à composição de litígios que se opera no plano de atividade jurisdicional do Estado, para que signifique a controvérsia desenvolvida perante os órgãos do Poder Judiciário."

Procedimento, embora sirva para nominar também a conjugação dos atos e termos harmonizados na amplitude da relação processual, deve ser o étimo apropriado para referir a discussão que tem curso na esfera administrativa."

Pela errônea indistinção que faz, a lei explicitaria *"processo judicial"*, se pretendesse diferentemente da interpretação que ora se adota. Ademais, a roborar, o § 1º já tratara da hipótese judicial. Por outra, a consideração de indispensabilidade passaria a ser do juiz da causa, enquanto o exame ficaria a cargo do perito nomeado. A nada disto alude a lei, revelando que o *"o processo"* a que se reporta é efetivamente o *"administrativo tributário"*, que se instaura com a ciência que se dá, ao sujeito passivo, do *"primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor a quem compete a fiscalização do tributo"* ou com *"a constatação, pela mesma autoridade..., da falta de pagamento de tributo denunciada espontaneamente pelo sujeito passivo"*, segundo dispõe o art. 16, I e II, da Lei estadual nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973.

E até mesmo pela finalidade a que se destina essa norma de exceção — fornecer informações indispensáveis ao fisco — é que ainda na fase administrativa os fiscais tributários têm acesso a informações bancárias sigilosas.

4. CONCLUSÃO

Depreende-se, pois, que o sigilo bancário não prevalece perante o fisco. As instituições financeiras são obrigadas a propiciar todas as informações, desde que precedidas de incensurável requisição, quanto à origem, forma e conteúdo. Só os agentes fiscais tributários poderão obtê-las, mediante intimação onde

conste as informações desejadas, a identificação das pessoas sobre quem deverão ser prestadas e, por fim, a declaração da indispensabilidade dessas.

O desatendimento à requisição sujeitará o intimado às medidas previstas no art. 200 do Código Tributário Nacional e às penas do art. 330 do Código Penal. Em contra-partida, o funcionário que tomar conhecimento das informações obtidas dessa forma não poderá divulgá-las, sob pena de cometimento do crime capitulado no art. 325 do Código Penal, salvo se o fizer em cumprimento à ordem judicial ou em permuta de informações entre as Fazendas Públicas, na forma estabelecida em lei ou por convênio.

O ABUSO E FRAUDE DA FORMA DA PESSOA JURÍDICA SUA DESCONSIDERAÇÃO

SANDRA MARIA LAZZARI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Não pouco comum, diria até com assídua frequência, tem sido oposta ao credor tributário, na defesa de seu direito creditício, a inexpugnável barreira da personalidade jurídica da sociedade comercial, impedindo-o de traspassá-la, para alcançar as pessoas e bens que sob seu véu se encobrem.

Os postulados do direito brasileiro tais como:

A pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio.

Os bens dos sócios não se confundem com os bens da sociedade.

Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívida da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais, e somente nas hipóteses previstas em lei, têm sido instrumentos hábeis em mão inescrupulosas de burla ao direito do credor.

"Reduzida a pessoa jurídica a um puro conceito estrutural, a um mero recurso técnico, não se fez esperar a utilização desta figura formal pelos que queriam obter, através dela, certos objetivos que não são próprios da realidade social para que aquela nascera, senão outros, muito diferentes, privativos dos indivíduos que a integram, e que não podiam ser alcançados por outro caminho, ou cuja obtenção direta os tornaria mais arriscados ou gravosos. O conceito da pessoa jurídica, engenhoso mecanismo da vida moderna, sofre assim o assalto dos indivíduos e das sociedades, que se servem dele para a satisfação de suas conveniências particulares, a forma da pessoa jurídica tem valor de um procedimento técnico idôneo para obter os resultados mais vários e dispares." (Antônio Pereira Pinto — Juiz de Direito da 11ª Vara Cível do Distrito Federal — Rev. Forense 188/277)

Contudo, o entendimento jurídico do absolutismo da pessoa jurídica, a barreira inexpugnável enfrentada pelo credor, tem a doutrina e a jurisprudência desestimado, através da desconsideração da pessoa jurídica, em que, penetrando sua forma externa, alcança seu substrato, responsabilizando os indivíduos que sob o seu véu se ocultam.

A teoria da "Desconsideração da pessoa jurídica", também, denominada "Disregard of legal entity" e/ou "Lifting the corporate veil"; para os italianos "Superamento da personalidade jurídica", tem por essência impedir a fraude ou abuso através do uso da personalidade jurídica, descerrando seu véu, para penetrar no substrato da sociedade e afetar especialmente a seus membros e bens.

WORMSER, jurista norte-americano, assim, conceituou a doutrina:

"Quando o conceito da pessoa jurídica — corporate entity — se empresa para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou con-

servar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam de tais atos e farão justiça entre pessoas reais." (in Rubens Requião — Abuso e fraude através da personalidade jurídica — RT 410/12).

Os tribunais norte-americanos dimensionaram o conceito de Wormser, estendendo a aplicação da teoria às hipóteses do abuso de direito.

O insigne Prof. Rolf Serick, considerando a doutrina norte-americana, em sua obra "Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles — El abuso de Derecho por medio de la persona jurídica" tem expressado, assim, a sua doutrina:

"A jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros." (Rubens Requião — op.cit.)

Entendeu o Prof. Rolf Serick que a utilização da forma da pessoa jurídica, para através dela, buscar uma finalidade contrária ao direito, burla à lei, desrespeito de obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros, em ocorrendo conflito entre a pessoa jurídica e a finalidade desta, o elemento para a caracterização da desconsideração da pessoa jurídica é o subjetivo.

Todavia, o "elemento subjetivo" sofreu forte oposição de ordem doutrinária de estudiosos da teoria, dentre os quais destacaram-se REINHARDT e EREINGHAGEN. Entenderam estes que a aplicação da teoria funda-se no elemento objetivo — contradição entre a forma do ato e a finalidade do instituto da pessoa jurídica.

A doutrina italiana, magnificamente representada pelo Prof. Piero Verrucoli, em sua obra de excepcional conteúdo — Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali — aponta cinco hipóteses de aplicação da teoria: a) Direta realização do interesse próprio do Estado; b) Repressão à fraude de lei; c) Repressão à fraude de contrato; d) Prejuízo de terceiros por causas anteriores à constituição da sociedade ou estipulação do contrato; e) Realização de interesse do sócio "uti singuli"; entendendo que a caracterização das hipóteses das alíneas "b" e "c" é indispensável a existência do elemento subjetivo; para a hipótese da alínea "d", o elemento objetivo.

A sociedade comercial é o agrupamento de pessoas que, sob o ânimo societário, afetam um patrimônio e, sob uma direção comum, buscam o objetivo social, ou seja, o desenvolvimento de uma atividade econômica determinada.

A constituição da sociedade obedece ao ordenamento jurídico próprio, o qual lhe atribui eficácia legal; a pessoa jurídica assume ao mundo do direito por criação da lei.

A teoria da desconsideração não visa à desconstituição da pessoa jurídica, atingindo o ato de constituição da sociedade; também, é estranha aos atos de gestão de seus administradores no desenvolvimento do objeto social, quando resultantes da atividade da pessoa jurídica. Portanto, não busca responsabilizar o sócio que, na sua atividade social, exerce-a com excesso de poderes, infração à lei ou contrato social.

A teoria incide na contradição entre a finalidade do instituto da pessoa jurídica e a manifestação externa (atos e omissões) desta pessoa. É a manipulação da

forma da pessoa jurídica, para atingir fins pessoais, confundindo os interesses e patrimônio sociais com os dos sócios. O vínculo social é mera aparência, o qual dá lugar ao efetivo desenvolvimento de interesse individual dos sócios ou de um sócio. É a dissociação da aparência com a realidade da constituição e funcionamento da pessoa jurídica.

"Quando o diretor ou acionista se servir fraudulentamente da sociedade, para conseguir fins pessoais, será preciso prescindir da existência da sociedade e considerar o ato se fosse praticado diretamente pelo interessado." (Cook, Principles of corporation law, Ann Arbor, 1931, pág. 35, in R.E. N.º 88.591 — R.J. Ministro Relator Thompson Flores; RTJ 93/320)

Assim, a teoria visa à declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica, para determinado efeito — objetivamente aquele que aponta a contradição entre a finalidade do instituto da pessoa jurídica e a realidade da constituição e funcionamento desta, com relação ao prejudicado por aquela contradição — prosseguindo, todavia, a mesma incólume para outros fins jurídicos e para com outros que com a sociedade se relacionem.

A sua essência reside em desestimar, para o efeito desejado, o absolutismo da pessoa jurídica, permitindo que se alcance o sócio e seus bens, que sob o seu véu se escondem, cometendo abusos e causando prejuízos para terceiros. Desestimar é penetrar a forma externa da pessoa jurídica e fazer emergir de seu substrato as pessoas responsabilizando-as pelos atos (fraudulentos ou abusivos do direito) que sob a sua proteção praticaram.

"O que se pretende com a doutrina do DISREGARD não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)." (Rubens Requião, op. cit.)

O direito brasileiro, em sua sistematização, não prevê a desconsideração da pessoa jurídica.

Embora tenham alguns estudiosos do tema entendido que o ordenamento jurídico brasileiro tenha feito tímidas inserções, nos seus textos, de algumas hipóteses da desconsideração da pessoa jurídica, v.g. no Código Tributário Nacional, art. 135, inciso III e art. 134, inciso VII; na Lei n.º 6.024, de 13.03.1974, arts. 36 e 40; Decreto-lei n.º 7.661/45, art. 6.º; Decreto n.º 3.708, de 10.01.1919, art. 10; Lei n.º 6.404, de 15.12.1976, art. 117, em modesto entendimento, parece, s.m.j., que a essência da teoria, ainda, permanece ausente de disciplina legal.

A aplicação da teoria imprescindível é distinguir se os atos praticados, sob exame, foram pelos representantes das sociedades, como pessoa integrante da personalidade jurídica e, assim, não há manipulação da sua forma, e sim, má gestão; se os atos praticados constituem desvirtuamento da finalidade da pessoa jurídica.

Entende-se que os dispositivos legais citados não tipificam a manipulação da forma da pessoa jurídica, mas se trata de uma penalidade de ordem civil, a má gestão do substrato da sociedade comercial.

Diante da ausência, no ordenamento jurídico, de disciplina da matéria do abuso e da fraude no uso de forma da pessoa jurídica, e diante do desenvolvi-

mento social e industrial que tem transformado profundamente a fisionomia das relações jurídicas, de modo particular, as de direito comercial, cumpre ao Poder Judiciário, caso a caso, declarar o descerramento do véu societário, para penetrar seu substrato, responsabilizando as pessoas que sob ela se ocultam.

"Ora, diante do abuso de direito e da fraude, no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos." (Rubens Requião, op. cit.)

Ainda,

"A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na relação de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz, procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito." (RT 238/393).

Em conclusão:

a) A teoria da desconsideração da pessoa jurídica é prescindir da sua forma, para penetrar seu substrato, afetando seus membros e bens.

b) Reside a teoria na contradição entre a finalidade do instituto da pessoa jurídica e a realidade da constituição e funcionamento desta pessoa.

c) No exame de caso a caso, é imprescindível distinguir que a teoria não se aplica às situações que decorram de atos praticados pelos membros, enquanto estes integrantes da pessoa jurídica. São atos oriundos do uso ilegítimo da forma da pessoa jurídica, seja desviando-a da sua finalidade — abuso de direito — ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude). Desta forma, o descerramento do véu societário poderá oportunizar que venham a ser afetados não somente os membros da sociedade, quer pessoas físicas ou jurídicas — mais, ainda, o terceiro, elemento estranho à constituição da sociedade, que, contudo, faz do seu representante legal instrumento para a satisfação das suas conveniências particulares.

d) O remédio processual adequado para alcançar a ineficácia da forma da pessoa jurídica, para o efeito pretendido, é a ação de natureza declaratória.

PELOTAS, 10 de junho de 1985.

BIBLIOGRAFIA:

- SERICK, Rolf — Forma e realtà della persona giuridica — Milão; Ed. Dott. A. Giuffrè; 1966.
VERRUCOLI, Piero — Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali; Ed. Dott. A. Giuffrè; Milão; 1964.
DOBSON, Juan M. — El abuso de la personalidad jurídica — Buenos Aires; Ed. Dapalma; 1985.
BATALHA, Wilson de Souza Campos — Direito processual societário; Rio de Janeiro; Ed. Forense; 1985.
R.T. 238/393; R.T. 579/25; R.T. 492/219; R.T. 484/149; R.T. 528/39; R.T. 560/109; R.T. 410/12; R.T.J. 93/321; R.T.J. 105/637

PARECERES

MAGISTÉRIO — REGIME JURÍDICO

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Canônico na PUC/RS

PARECER N° 6511

Magistério — regime jurídico.
Estabilidade.

Cômputo de tempo de serviço anterior à contratação como empregado. Efetivação.

D.M. foi admitido em 1963, mediante portaria, como Operário Especializado, a contar de 10 de julho de daquele ano.

Em 1968 foi reconhecida a sua estabilidade no serviço público estadual por efeito do que dispôs o artigo 177, § 2º, da Constituição da República de 24 de janeiro de 1967.

Por ato registrado no Boletim n° 3782/78, publicado no Diário Oficial de 10 de outubro de 1978, foi admitido como Professor do Ensino Médio II, contratado, de Educação Física. À exceção de faltas e de uma licença para tratar de interesses particulares que lhe foi prodigalizada em 1975, não houve interrupção na prestação de serviços ao Estado, especialmente na transição da função de Operário Especializado para a de Professor. Da primeira teve de pedir seu desligamento (rotulado de "exoneração do cargo") para assumir a segunda.

Ao requerer sua efetivação de conformidade com a Lei n° 7.133, de 13 de janeiro de 1978, objetou-se na Secretaria da Administração que, na transição de uma para outra função, perdera a estabilidade conquistada, de vez que aceitara uma admissão a título precário, nos termos do artigo 20 da Lei n° 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, e sujeitava-se ao regime estatutário, não podendo o tempo de serviço da primeira função transferir-se para a segunda.

Indo o expediente à Casa Civil, fez esta verificar junto à Secretaria da Fazenda a situação do Professor M. relativamente ao fundo de garantia do tempo de serviço, constatando-se não ser ele optante pelo sistema, e solicitou à Secretaria de Educação os expedientes que resultaram na admissão do requerente como Professor e na sua dispensa da função de Operário Especializado, o que foi atendido e permitiu concluir que a dispensa foi solicitada precisamente para que se tornasse possível a contratação como Professor, já que são posições inacumuláveis.

Pede então a Casa Civil o pronunciamento desta Procuradoria-Geral.

Para que se equacione corretamente a pretensão do Professor M. convém desde logo definir qual o regime jurídico a que estava sujeito em sua relação de trabalho com o Estado, no momento inicial de vigência da Lei n° 7.133, de 13 de janeiro de 1978.

Já em diversos pareceres recentemente emitidos no Conselho Superior desta Procuradoria-Geral confirmou-se o entendimento de que todos os servidores admitidos pelo Estado após 15 de março de 1967 regem-se pelo Direito do Traba-

lho, a não ser que tal admissão haja ocorrido mediante nomeação, após concurso, para cargo efetivo, ou, sem concurso, para cargo em comissão.

Nos casos examinados, todavia, tratou-se de admissões ocorridas antes do advento da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que alterou a redação do artigo 104 do texto original de 1967, agora numerado como 106.

Dizia o texto original:

"Artigo 104 — Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente, para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

Diz o texto emendado:

"Artigo 106 — O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei estadual."

No decurso dos anos subseqüentes à promulgação da Emenda Constitucional n.º 1 fixou-se com tranqüilidade o entendimento de que a *lei especial* a que se refere o artigo 106 será lei da União, do Estado ou do Município, conforme se trate de servidores de cada uma dessas pessoas de direito público, ou das respectivas autarquias (Cf. Parecer n.º 3190).

Sem demora, de outra parte, fixou-se também nacionalmente o entendimento de que, enquanto não editada tal *lei especial*, as admissões de pessoal no serviço público, ressalvada a hipótese de provimento em cargo, continuam a dar-se segundo o regime do Direito do Trabalho.

O princípio da continuidade legislativa conduz a tal conclusão, de vez enquanto lei nova não disciplinar a matéria antes erguida a certo nível constitucional, posteriormente perdido, permanece em vigor, com força de lei ordinária, o texto anteriormente incluso na Constituição, agora não repetido, mas conciliável com o novo texto constitucional.

Assim, enquanto não editada pelo Estado *lei especial* que estabeleça o regime jurídico dos servidores de que trata o artigo 106 da Constituição da República, em sua redação vigente, o regime dos admitidos para os serviços e funções ali referidos será o do Direito do Trabalho.

É possível, entretanto, por outro caminho, concluir que o regime do pessoal admitido para o magistério, a partir de 30 de outubro de 1969 (data inicial de vigência da Emenda Constitucional n.º 1) seja o do Direito do Trabalho. É que o regime estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho só não se aplica ao servidor, público ou privado, expressamente excluído de sua incidência. Assim, só o extranumerário *stricto sensu* a teor do artigo 7.º, letra — c —, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se encontra sujeito ao Direito do Trabalho. Como o artigo 106 da Constituição não permite que a *lei especial* nela prevista sejam sujeitos senão os

a) admitidos em serviços de caráter temporário, ou

b) contratados para funções de natureza técnica ou especializada,

e as funções de magistério público se enquadram em nenhuma dessas hipóteses, os admitidos para desempenhá-las (salvo nomeação após concurso) serão sempre regidos pelo Direito do Trabalho.

Pois, como já escrevi alhures (Proc. n.º 10926-08.00/82),

"... a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1 ao dispositi-

vo que era o artigo 104 exclui a sua aplicabilidade ao magistério, pois enquanto o texto original se referia a servidores temporários, o vigente se limita a serviços temporários, e o ensino é serviço permanente do Estado. Nem se pode pretender incluir o magistério entre as funções de natureza técnica especializada: é o mais comum dos serviços prestados pelo Estado."

"A simples consideração do § 9.º do artigo 93 da Constituição da República, principalmente se feita em conjunto com o § 4.º do artigo 99 e com o artigo 106, conduz à mesma conclusão: o magistério não é 'serviço técnico especializado'."

Essa foi, aliás, a orientação dada ao Estado por esta Procuradoria-Geral através do Parecer n.º 297-GAJ.

O artigo 106 da Constituição vigente não abriga, pois, a admissão de professores, que por isso não poderão ser sujeitos à *lei especial* cuja edição autoriza. Conseqüentemente, a não ser que nomeados, mediante concurso, para cargo efetivo, os professores admitidos a partir de 30 de outubro de 1969, reger-se-ão pelo Direito do Trabalho.

Como empregado do Estado, pois, foi admitido D. M. em 1978.

Ora como já ficou estabelecido em pronunciamento que mereceu aprovação unânime no Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, "*salvo no caso de opção válida pelo sistema do FGTS, ingressa estável como empregado do Estado quem, ao ser contratado, já conta mais de dez anos de serviço estadual, ainda que prestado na condição de funcionário.*"

Esse posicionamento já fora adotado no Parecer n.º 5329, sendo confirmado no mais recente Parecer n.º 6016. Não importa examinar se o vínculo do requerente até 1978 era de extranumerário ("*stricto sensu*") ou contratado: ao ser admitido como Professor manteve-se estável, conquanto esta estabilidade se refira, a partir daí, à posição de Professor e não mais à de Operário Especializado.

No que tange, entretanto, à efetivação pleiteada, com fundamento nas Leis n.º 7.133 e n.º 7.511, cumpre ponderar que a Lei n.º 7.300, complementando a primeira, estabeleceu que a efetivação se daria "*observada a correspondência entre a função exercida à época da aquisição da estabilidade e o conteúdo ocupacional do cargo a ser provido*" (artigo 7.º).

Assim, a "*efetivação*" do Professor M. só poderia dar-se no cargo correspondente à função de Operário Especializado, em cujo desempenho se encontrava ao se tornar estável por efeito do artigo 177, § 2.º, da Constituição de 1967, e tal "*efetivação*" possivelmente não seja de seu interesse.

A função do Professor ele passou a exercer somente após a data inicial de vigência da Lei n.º 7.133, de 13 de janeiro de 1978, que, por isso mesmo, suposta a sua constitucionalidade, não o beneficia.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 27 de dezembro de 1985.

MAGISTÉRIO — REGIME JURÍDICO

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Canônico na PUC/RS

PARECER Nº 6.530

Magistério — regime jurídico.
Estabilidade. Efetivação.

S.M. foi admitido pelo Secretário de Estado da Educação e Cultura, mediante portaria inserta no Boletim nº 371/64, publicado no Diário Oficial de 6 de agosto de 1964, como Professor do Ensino Profissional, de Matemática, para ter exercício na Escola Técnica de Comércio de Cachoeira do Sul a partir de 1º de março de 1964.

Essa portaria invoca como fundamento, para a admissão, a Lei nº 4.698, de 27 de dezembro de 1963, e os Decretos nºs 16.390, de 31 de dezembro de 1963, e 16.470, de 18 de fevereiro de 1964, e estabelece que a despesa decorrente da admissão correrá à conta da verba "salários de contratados".

Em 25 de setembro de 1981 o Professor M., invocando a Lei nº 7.511, de 15 de junho do mesmo ano, requereu fosse reconhecida a sua estabilidade no serviço público estadual e deferida a sua efetivação de acordo com a mesma lei, comprovando o exercício continuado desde a admissão até a época do requerimento e alegando a condição de empregado do Estado.

Na Secretaria da Administração o pedido foi examinado não à luz do requerido, mas frente ao artigo 177, § 2º, da Constituição Federal de 1967, concluindo-se pela falta do tempo de serviço exigido naquele dispositivo constitucional. Ao invés de ser o pedido encaminhado à autoridade competente para sobre ele decidir, foi o expediente restituído à Secretaria da Educação para ciência do requerente, que peticionou então de modo mais longo, reiterando sua condição de servidor regido pelo Direito do Trabalho.

Novamente na Secretaria da Administração, o processo é examinado na Assessoria Jurídica da Pasta, onde se informa ser

"Oportuno tecer algum esclarecimento sobre o regime jurídico do requerente que, embora sendo professor, o Estado os admite a título precário e a relação de emprego que com este se estabelece é, via de regra, sob o regime estatutário.

O ato de admissão não lhes outorgou os direitos da C.L.T., sendo a tais servidores reservado o regime estatutário, cujas normas lhes deverão ser aplicadas, de conformidade com o disposto no artigo 20 da Lei nº 4.937/65."

(Note-se que o requerente foi admitido em 1964).

O expediente é então encaminhado à Casa Civil, a cujo Chefe estava delegada competência para o reconhecimento da estabilidade, e esta pede à Secretaria da Fazenda esclarecimentos sobre a opção, ou não, do requerente, pelo sistema do fundo de garantia do tempo de serviço. A resposta é negativa.

Em 20 de outubro de 1983 o Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil, no uso de competência delegada, edita ato declaratório da estabilidade do Professor M., fundado no artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, combinado com o artigo 165, item XIII, da Constituição da República.

Indo esse ato à Secretaria da Administração para registro e publicação, reiteram-se as objeções quanto ao regime jurídico da relação de trabalho do Professor M. e invoca-se como precedente o Ofício-Parecer nº 90, de 13 de junho de 1983, do então Procurador-Geral do Estado, que em caso idêntico concluiu pela submissão de J.C.N. ao regime estatutário. Retornando o expediente por isso à Casa Civil, pede ela o pronunciamento desta Procuradoria-Geral.

A medida que se impõe liminarmente para o correto exame do caso é o exame da legislação invocada como fundamento para a admissão do Professor M. E por mais atento que seja o exame de tal legislação, jamais nela se encontrará qualquer permissão para admitir ou contratar quem quer que seja, e para função alguma. Pelo contrário, a Lei nº 4.698 trata da realização de concursos para o provimento de cargos que cria, havendo resultado do projeto de lei previsto no artigo 7º da Lei nº 4.528, de 12 de julho de 1968:

"O Poder Executivo, dentro do prazo de sessenta dias, contados da publicação desta Lei, encaminhará à Assembléia Legislativa projeto de lei propondo a criação de todos os cargos necessários à regularização da situação funcional do pessoal contratado para o "Serviço Permanente".

A Lei nº 4.528, conhecida como "Lei Flávio Ramos", antecipando no Estado a orientação que viria a ser nacionalmente adotada pela Constituição Federal de 1967, previu a existência de apenas dois regimes para os servidores do Estado: o destinado ao Serviço Permanente, que seria o estatutário, com o provimento em cargos mediante concurso, excluída expressamente a interinidade, e o destinado aos Serviços de Obras, Transitório e Eventual, que seria o do Direito do Trabalho, com o correspondente regime previdenciário.

Proibiu expressamente, a Lei nº 4.528, a admissão de pessoal contratado para o Serviço Permanente, sob pena de nulidade, de pleno direito, do ato, ressalvadas as hipóteses dos §§ 2º e 3º do seu artigo 4º:

"§ 2º — O Poder Executivo poderá contratar professores, em número igual ao das vagas existentes, após cada concurso.

§ 3º — Poderá, ainda, o Poder Executivo, independentemente da existência de vagas, contratar os professores indispensáveis à expansão do ensino, encaminhando, anualmente, à Assembléia Legislativa, o pedido de criação dos cargos."

Essas as disposições legais vigentes à época da admissão do Professor M., que não sofreram alteração pela Lei nº 4.698, referida no ato de admissão, nem por outra lei. Embora tranquilamente se possa afirmar que a admissão não se deu pela exceção do § 2º do artigo 4º, acima transcrito, porque ainda não se realizara o primeiro concurso seguinte à edição da lei, é admissível que se tenha dado pela exceção do § 3º, isto é, para atender à expansão do ensino.

Se legal a admissão, ou seja, realizada de acordo com a autorização contida no § 3º, o regime há de ter sido o do Direito do Trabalho, que é o regime previsto na sistemática da lei como alternativa para o provimento em cargos. Aliás, a ex-

pressão *contratar*, usada pela Lei nº 4.528 diz com o regime contratual e não com o regime estatutário. E o próprio ato de admissão indica expressamente a dotação pela qual haveria de correr a despesa com a remuneração do admitido: *salários de contratados*, expressões ambas caracterizadoras do regime contratual, trabalhista.

É oportuno lembrar, ademais, que, quando a Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, quis que a categoria dos professores temporários se regesse por normas estatutárias, estabeleceu-o expressamente no artigo 20, *caput*: "... poderão ser contratados, de acordo com as normas estatutárias vigentes, profissionais que, a título precário, exercerão as funções de professor". Nesse particular, aliás, a norma foi de efêmera vigência, porque afastada pela superveniência da Constituição Federal de 1967.

Não haja dúvida, pois, que, quando a Lei "Flávio Ramos" se refere a contratar, trata-se de verdadeiro contrato, e, portanto, contrato de trabalho. A expressão utilizada no artigo 20 da Lei nº 4.937, aliás, é extremamente imprópria: "contratados ... de acordo com as normas estatutárias...", mas serve para configurar a situação de extranumerário "stricto sensu" dos professores de acordo com aquela regra admitidos.

Se ilegal a admissão realizada na vigência da Lei "Flávio Ramos" (porque não fosse caso de expansão do ensino), nem por isso o regime aplicável deixaria de ser o do Direito do Trabalho. Esse regime, como se sabe, é o regime comum da relação de trabalho, e só nos casos estritamente excluídos pela Lei é que não se aplica (CLT, artigo 7º). Assim sendo, o servidor admitido por outro modo que não o provimento em cargo, só estaria submisso a regime especial ou "estatutário, no que couber", como se costumava dizer, se a admissão houvesse ocorrido estritamente de acordo com a legislação autorizativa da aplicação desse regime especial, ou "estatutário, no que couber". A admissão realizada fora dos cânones legais, sem observância da forma e das hipóteses previstas em lei, teria como resultado a sujeição ao Direito do Trabalho.

O Professor M., portanto, e quantos outros hajam sido admitidos nas mesmas circunstâncias e pelo mesmo modo, especialmente sob a invocação da Lei nº 4.698 e dos Decretos nºs 16.390 e 16.470, que não autorizavam qualquer admissão, tiveram sua relação de trabalho com o Estado instaurada como relação de emprego.

Não constando alteração legal e formal dessa relação, há de se concluir pela sua continuidade. Assim, não sendo o servidor optante pelo sistema do fundo de garantia do tempo de serviço, adquire estabilidade ao completar dez anos de serviço ao Estado.

O Professor S.M. realmente adquiriu, pois, estabilidade no Serviço Público Estadual, de acordo com o artigo 165, item XIII, da Constituição da República, combinado com o artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho. Deve ser publicado, destarte, o ato incluso no processo, declaratório dessa estabilidade, subscrito a 20 de outubro de 1983.

Sendo a aquisição da estabilidade prévia ao início da vigência da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, faz jus também o Professor M., suposta a constitucionalidade dessa lei, à efetivação nela prevista.

Impõe-se, ademais, a revisão do expediente nº 01184-10.00/83, no qual foi emitido o Ofício-Parecer nº 90 (incluso por cópia nestes autos), no que tange à si-

tução do Professor J.C.N. na condição de Professor do Ensino Profissional, admitido igualmente com base em suposta autorização constante da invocada Lei nº 4.698.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 05 de fevereiro de 1986.

FIXAÇÃO DE PROVENTOS NA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 6.577

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ.

Na aposentadoria por moléstia não especificada em lei, os proventos do inativo serão proporcionais ao tempo de serviço prestado.

Faculdade revisional da Administração Pública quanto a seus próprios atos.

Por determinação do Senhor PROCURADOR-GERAL DO ESTADO é encaminhado a esta Unidade para pronunciamento, expediente em que L.V.R., funcionário público estadual inativo (policia civil), matrícula n.º 107604474, pleiteia revisão da modalidade de cálculo de seus proventos.

Segundo aduz, por seu preposto, foi aposentado por invalidez, com proventos proporcionais, nos termos dos artigos 185 e 177, item II, da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, segundo Boletim n.º 9726/67, tendo sempre percebido setenta por cento do valor da remuneração atribuída ao pessoal em atividade.

Manifesta que em julho de 1985 foi alterada a forma de cálculo das vantagens inativatórias, face a critérios adotados na Diretoria do Pagamento do Tesouro do Estado (Secretaria da Fazenda), por força dos quais a proporção dos proventos do inativo "será de 1979/10.950 dias, o que equivaleria a 18% do que perceberia o pessoal da ativa".

Alega que a Administração reduzirá "pouco a pouco os ganhos do Sr. L., de tal forma que, dentro de dois anos, deverá receber os 18% do quadro que se encontra na ativa. Como esses 18% são inferiores a um salário-mínimo, receberia o Sr. L. um salário-mínimo mensal".

Ponderando-se que os novos critérios foram adotados por decisão expedita no Processo n.º 19.666/84, esta Procuradoria-Geral do Estado obteve os aludidos autos, para esclarecimento da questão.

Com base neste expediente, com efeito, a Secretaria da Fazenda estabelece que os cálculos da inatividade devem ser feitos "na 'proporção direta', isto é:

valor atual X dias trabalhados
dias integralizados"

Outrossim, verificando que tal entendimento provocaria redução nos proventos pagos — a maior — a um grupo de funcionários inativos, deliberou fazer a correção paulatinamente, por ocasião dos reajustamentos dos vencimentos da atividade, da seguinte forma: "os atuais valores resultantes de reajustes anteriores permaneceriam inalterados e a estes se somariam os valores resultantes na 'proporção direta'" (fl. 8).

De outra parte é anexado ao processo, por cópia "xerox", o de n.º 19358-14.00/84, no qual, após vários pronunciamentos do órgão fazendário e da Secretaria da Administração, conclui-se que o valor integral dos proventos correspon-

de à jornada de quarenta e quatro horas semanais de trabalho (1.ª referência); que os proventos nunca serão inferiores ao salário-mínimo "proporcionalmente à jornada de trabalho em que se inativaram" (2.ª referência), culminando com o seguinte despacho da Senhora Secretária de Estado da Administração, publicado no Diário Oficial, edição de 16 de julho de 1985:

"As aposentadorias proporcionais ao tempo de serviço (por invalidez ou compulsória), no regime normal de trabalho, não poderão ser inferiores ao salário-mínimo (Lei n.º 972/50). E, tratando-se de regime reduzido (22 ou 33 semanais), seu valor deverá ser considerado proporcionalmente (1/2 ou 2/3) para fixar os respectivos proventos."

Nenhuma referência é feita, especificamente, à situação concreta submetida a esta Casa, tudo levando a crer, porém, que o decréscimo na expectativa do reajuste dos proventos do solicitante resulte da operacionalização das determinações da Diretoria do Pagamento de Pessoal do Tesouro do Estado.

É o relatório.

1. Inicialmente cumpre observar que o interessado inativou-se sob a égide do artigo 210, item I, da Constituição do Estado de 1947, por motivo de invalidez, com direito a proventos proporcionais, na forma do artigo 177, item II, da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, conforme ato publicado no Diário Oficial de 18 de setembro de 1967.

2. Cumpre consignar, ademais, que o texto constitucional aludido estabelecia que, salvo as hipóteses de acidente ou agressão não provocada no exercício de suas atribuições, ou moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável especificada em lei, verificada a invalidez antes da integralização do lapso necessário à aposentadoria, os proventos seriam proporcionais ao funcionário que contasse tempo menor na esteira, aliás, do então já vigente artigo 102, item II, da Constituição da República de 24 de janeiro de 1967, quando prescrevia:

"Art. 102 — Os proventos de aposentadoria serão:

.....
II — **proporcionais ao tempo de serviço**, quando o funcionário contar menos de trinta e cinco anos de serviço, salvo o disposto no parágrafo único do artigo 101." (grifei).

3. Ainda o artigo 210 da Carta Política Estadual prescrevia que os proventos da inatividade seriam revistos sempre que, por alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificassem os ganhos dos servidores em atividade, norma que não destoava do recente — à época — artigo 102, § 1.º, da Constituição Federal de 1967.

4. Embora a clareza dos preceitos que regulavam a matéria, especialmente os que ditavam que os proventos corresponderiam à proporcionalidade do tempo de serviço efetivamente cumprido, antiga orientação da Secretaria da Fazenda utilizava fórmula assim descrita para o cálculo de revisões posteriores dos valores da inativação:

"Proventos integrais — proventos integrais iniciais = 100% do aumento; sobre este último valor aplica-se 70%; no resultante adicionava-se o valor inicial proporcional da aposentadoria e, como resultado final, encontrava-se o valor da aposentadoria proporcional." (fl. 2-SF).

5. Segundo consta do processo, o critério de atualização dos proventos se realizava com base no parágrafo único do artigo 186 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, posteriormente entendido tacitamente revogado pela "Lei Peracchi", e, ao cabo de sucessivas correções, os proventos passavam a corresponder a tempo de serviço muito mais amplo do que a real proporção do tempo de serviço efetivamente prestado.

6. Julgando que a fórmula não se adequava aos mandamentos constitucionais, por "erro administrativo" aliás incontestado pelo solicitante, os órgãos fazendários passaram a efetuar a atualização dos proventos, quando alterados os vencimentos do pessoal em atividade por modificação do poder aquisitivo da moeda, estritamente observando a proporção do tempo de serviço trabalhado, com o seguinte critério:

**"valor atual X dias trabalhados
dias integralizados"**

7. No que se refere a este aspecto da questão parece-me correta a orientação adotada na Secretaria da Fazenda, pois os textos constitucionais reguladores da matéria não abrem ensejo à interpretação outra senão a de que na "aposentadoria compulsória ou por invalidez resultantes de outras causas (que não as hipóteses da Constituição da República, artigo 102, I, "a" e "b"), os proventos serão proporcionais ao tempo de serviço", como ensina HELY LOPES MEIRELLES ('Direito Administrativo Brasileiro', 1985, Revista dos Tribunais, p. 379).

8. Como bem esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o artigo 102, item II, da Carta da República, "estabelece que, na aposentadoria compulsória, em razão da idade ou de acidente fora do serviço", ao que se pode acrescentar as alternativas de moléstias não especificadas em lei, "os proventos do aposentado serão proporcionais ao tempo de serviço prestado. Estarão em proporção aos trinta e cinco anos exigidos do homem" (na espécie vertente trinta anos) e "aos trinta anos exigidos da mulher, conforme, respectivamente, o artigo 101, III, e o parágrafo único desse mesmo artigo" ('Comentários à Constituição Brasileira', 1983, Saraiva, p. 436).

9. Certamente a revisão dos proventos de aposentadoria, quando alterados os vencimentos do pessoal em atividade por modificação do poder aquisitivo da moeda, é preceito constitucional federal impositivo para os Estados (artigo 200 da Carta da União) e, no geral, deve acompanhar o percentual do pessoal em atividade, pena de tornar irrisória a atualização e, destarte, descumprir o mandamento constitucional (artigo 102, § 1º).

10. Entretanto, conforme narrado nos autos, no caso concreto, a antiga modalidade de atualização dos proventos do interessado fazia com que a revisão os descaracterizasse como proporcionais ao real tempo de serviço prestado, isto é, 1979 dias, tornando-os praticamente integrais, o que, objetivamente, alterava favoravelmente o próprio ato concessório da jubilação.

11. Porém, como se lê da petição introdutória do Processo nº 05775-10.00/85, o postulante se insurge com maior veemência contra o procedimento administrativo implantado para a correção dos proventos, quando diz "este erro administrativo, se existente, perpetua-se já há dezoito anos".

Em realidade, o equívoco inicial dos órgãos fazendários, por muito que se tenha prolongado no tempo, não se pode ter por convalidado, eis que pacífico o

entendimento de que a Administração Pública detém faculdade revisional de seus próprios atos, ademais do poder-dever de afeição-los à lei.

Na espécie, deliberou o Tesouro do Estado, ao verificar o critério equivocado, efetuar a correção paulatina dos proventos do interessado, apenas por ocasião dos reajustamentos gerais dos proventos do funcionalismo, de modo a amortecer o impacto causado aos inativos nas condições mencionadas no Processo nº 19666-14.00/84.

Também quanto a este aspecto da questão não se há se opor reparos ao procedimento.

12. De outra parte, concernentemente ao despacho da Senhora Secretária de Estado da Administração, publicado no Diário Oficial, edição de 16 de julho de 1985, a matéria não é propriamente pertinente à questão trazida no processo.

A circunstância de o Estado assegurar aos seus servidores aposentados com proventos proporcionais ao tempo de serviço, por invalidez ou compulsoriamente, complementação para atingir o valor do salário-mínimo, observada a proporção do regime de trabalho no qual deu-se a inativação, encontrava respaldo na mencionada Lei nº 972/50, e na atualidade, no artigo 5º da recente Lei nº 8.020, de 14 de agosto de 1985.

Esta complementação, pelo menos presentemente, não é cogitada na espécie, e, por consequência, nada há a atribuir-se ao requerente sob o invocamento da legislação aqui mencionada.

13. EM VISTA DO EXPOSTO, concluo no sentido de que a pretensão do ex-servidor L.V.R. não reúne condições de prosperar, devendo os seus proventos, efetivamente, terem por base o tempo de serviço trabalhado, como determina a Constituição da República.

Nesse sentido é o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de fevereiro de 1986.

LICENÇA A FUNCIONÁRIO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 6.601

ESTÁGIO PROBATÓRIO.

Licença para frequência a curso (artigo 2.º da Lei n.º 7.830/83) e cedência sem ônus para o Estado, por implicarem interrupção do exercício do cargo, não podem ser concedidas a funcionário em estágio probatório, porquanto o tempo de exercício nesse é de natureza decadal, insuscetível de interrupção.

A Senhora SECRETÁRIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO solicita pronunciamento desta PROCURADORIA-GERAL a fim de que se forme orientação normativa sobre a questão do cumprimento do estágio probatório por funcionário cedido, sem ônus para o Poder Executivo, e por funcionário licenciado para estudo (Lei n.º 7.830/83).

A regra constitucional é a de estabilidade do funcionário nomeado por concurso após dois anos de exercício (artigo 100 da Constituição Federal e, simetricamente, o artigo 92 da Carta Estadual).

Com esse período vem coincidir o de estágio probatório no serviço público estadual, consoante dispõe o artigo 14 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, *verbis*:

"Estágio probatório é o período de setecentos e trinta dias de exercício do funcionário, durante o qual é apurada a conveniência ou não de sua confirmação, mediante a verificação dos seguintes requisitos:

- I — idoneidade moral;
- II — disciplina;
- III — assiduidade;
- IV — dedicação ao serviço; e
- V — eficiência.

§ 1.º — O Chefe da Repartição ou Serviço em que sirvam funcionários sujeitos a estágio probatório, quatro meses antes da conclusão deste, informará à autoridade competente sobre esses funcionários, tendo em vista os requisitos enumerados neste artigo."

Este dispositivo estatutário mereceu criteriosa manifestação do Procurador do Estado EUNICE NEQUETE MACHADO, consubstanciada no Parecer n.º 4905/82, em que conclui não ser "o prazo de setecentos e trinta dias período de tempo que assegure ao funcionário a prestação de estágio probatório, mas sim prazo decadencial de que a Administração dispõe para observar, avaliar e julgar da conveniência ou não da confirmação do funcionário, cuidando de observar o

procedimento descrito pelos parágrafos 2.º e seguintes do artigo 14 da Lei n.º 1.751/52, bem como de que a exoneração de ofício, quando conveniente, seja levada a efeito até o último dia de tal prazo".

Com base nessa assertiva, o Procurador do Estado JOSÉ QUADROS PIRES (Parecer n.º 4953-PGE), examinando pedido de licença para acompanhar o cônjuge, formulado por funcionária em estágio probatório, considerou que *"tratando-se de licença que interrompe o exercício do cargo não pode ser concedida ao funcionário em estágio probatório porque o tempo de exercício prestado nessa situação é de natureza decadencial e, portanto, não pode ser interrompido"*.

A orientação desta Procuradoria-Geral é, pois, no sentido de que durante o período de estágio probatório não podem ser concedidas licenças que impliquem interrupção de exercício, face à natureza decadencial do prazo de avaliação, o que não ocorre em relação aos membros do Magistério, porquanto o Estatuto próprio (Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974) admite expressamente interrupções sucessivas inferiores ao dobro do tempo fixado para o estágio. As interrupções superiores a quatro anos implicam, no entanto, exoneração automática do estágio (artigo 25).

O Estatuto Geral (Lei n.º 1.751/52) não previu a hipótese de interrupção do estágio probatório. Há de se ter, então, o lapso de dois anos de exercício real ou ficto, fixado no artigo 14, para observação do funcionário com fins de confirmação ou não no cargo, como não passível de interrupção.

Ora, as duas situações sobre as quais solicitam o pronunciamento deste Órgão Consultivo implicam interrupção do exercício: cedência sem ônus para os côrres estaduais, de funcionário do Estado à entidade de outra órbita administrativa e licença sem remuneração para estudo (artigo 2.º da Lei n.º 7.830/83).

Na primeira hipótese — cedência sem ônus — forma-se nova relação funcional, permanecendo paralisado o vínculo com o Estado. Em outros termos, interrompe-se o exercício do cargo estadual, não computando-se esse período como de serviço público estadual para nenhum efeito. Será computado como tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, dependendo da órbita para o qual foi cedido, e para os efeitos que a lei estadual conferir a tempos de serviço dessa natureza.

O Decreto n.º 21.112, de 12 de maio de 1971, restringe ao exercício de cargo de confiança ou em comissão e sem ônus para o Estado, a disposição de funcionário a outra pessoa administrativa ou entidade da Administração Indireta — excetuados os casos previstos em lei ou em convênio regularmente aprovado pela Assembléia Legislativa e as cedências a entidades da Administração Indireta no próprio Estado do Rio Grande do Sul — mandando computar o tempo de serviço prestado nessas condições nos termos do artigo 110, §§ 2.º e 4.º e 168, inciso I, da Lei n.º 1.751/52, ou seja, como serviço público estranho ao Estado (Lei n.º 7.970, de 3 de janeiro de 1985).

Por conseguinte, o funcionário estadual em estágio probatório não pode ser cedido a outra esfera — União, Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios — pois que tal impediria sua observação no prazo decadencial de dois anos assinalado pelo legislador.

Em relação às cedências para fundações de direito privado instituídas pelo Estado e sociedades de economia mista de que o Estado seja o acionista controlador, dispõe o artigo 3.º da Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, que o tem-

po de serviço assim prestado "será computado, para todos os efeitos, como se estadual fosse, tanto para o funcionário que permanecer sujeito ao regime estatutário como para o optante que eventualmente volte a exercer cargo estadual".

Mesmo frente à disposição legal há que se considerar que o funcionário afasta-se do cargo exercido no Estado, independentemente da cedência ser autorizada com ou sem ônus para os cofres públicos, impossibilitando a sua avaliação.

E, como bem acentuou JOAQUIM CASTRO AGUIAR, "os dois anos são de exercício no cargo para o qual foi nomeado por concurso e não em outro cargo. Não se computará, para esse efeito, o tempo prestado a outras entidades públicas ou ao próprio Município". E conclui: "a estabilidade se adquire após dois anos, o que não significa dizer com dois anos de tempo de serviço" (**Regime Jurídico dos Funcionários Municipais**, Forense, 1977, p.79).

De forma que especialmente a eficiência do funcionário deve ser testada no cargo para o qual foi nomeado, após aprovação em concurso público, determinado no Estatuto geral, o que ocorre nos Estatutos especiais, pelo que deve a Administração abster-se, por questões de conveniência e no interesse do bom andamento dos serviços públicos, de ceder funcionários não estáveis para órgãos da Administração Indireta estadual, ainda que a lei assegure o cômputo do período de cedência como de serviço público estadual.

Quanto à licença sem remuneração para frequência a curso regular de qualquer grau, prevista no *caput* do artigo 2º da Lei nº 7.830/83, o próprio legislador previu que esse tempo não será computado para qualquer efeito. Interrompido fica o exercício do cargo até o prazo máximo de cinco anos. O Decreto nº 21.112/71 já dispunha, aliás, que apenas o "funcionário público estável poderá ser autorizado a interromper o exercício de seu cargo, sem percepção de vencimentos, quando matriculado em curso oficial ou reconhecido, ou quando contemplado com bolsa para estudos que não correspondam às atribuições do cargo ou cargos de provimento efetivo que ocupar" (artigo 3º). Disposição essa que permanece em vigor a par do estabelecido no artigo 2º da Lei nº 7.830/83.

Não se admite o licenciamento sem remuneração de funcionário não estável para frequência de curso, vez que tal é vedado pelo Decreto nº 21.112/71, bem como porque implicaria interrupção do prazo decadencial de observação do estagiário no serviço público, o que não é admitido pelas regras estatutárias.

EM CONCLUSÃO, por importarem em interrupção do exercício do cargo estadual, e, como tal, interrupção do prazo decadencial para avaliação do funcionário, não podem ser autorizadas cedências de funcionários estaduais a outras esferas administrativas, nem concedida licença sem remuneração para estudo, consoante previsão do artigo 2º da Lei nº 7.830/83, enquanto o funcionário estiver em estágio probatório.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 07 de março de 1986.

CESSÃO DE BEM PÚBLICO DE AUTARQUIA

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 6.602

BEM PÚBLICO DE AUTARQUIA.

Possibilidade jurídica de sua cessão à entidade privada.

Autorização, para tanto, contida no artigo 810 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto Legislativo nº 4.536, de 22 de janeiro de 1922).

Obstáculo contido na Ordem de Serviço nº 25/83-87, do Senhor Governador do Estado, apenas para a gratuidade de dita cessão.

Inteligência do provimento administrativo em pauta.

O PRESIDENTE DO INSTITUTO SUL-RIOGRANDENSE DE CARNES, com o endosso do Senhor Secretário da Agricultura, solicita pronunciamento desta Casa, a respeito de pedido formulado pelo Sindicato das Indústrias de Carnes e Derivados no Estado do Rio Grande do Sul, para que lhe seja cedida, por aquela autarquia, uma sala integrante de suas dependências físicas, visando à instalação da sede social do requerente.

Ouvida a Comissão de Controle adida ao referido Instituto, esta, embora não tenha se pronunciado expressamente pela impossibilidade jurídica daquela postulação, de forma implícita assim o concluiu, ao fazer referência ao artigo 811 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto Legislativo nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), assim como ao artigo 1º, item I, letra f, da Ordem de Serviço nº 25/83-87, expedida pelo Senhor Governador do Estado.

Ainda, como o expediente é omissivo quanto à natureza da cessão pretendida, isto é, se a título gratuito ou oneroso, constatamos com o órgão consultante, por telefone, ocasião em que fomos informados de que dita cessão seria da primeira espécie.

É o relatório.

Afaste-se, desde logo, a primeira das alegações da Comissão de Controle, ao citar o artigo 811 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, já que no mesmo não vislumbramos óbice legal ao atendimento da pretensão da entidade sindical.

Com efeito, estabelece a citada disposição daquele texto normativo:

"Consideram-se não disponíveis os bens que são necessários e têm aplicação aos serviços e em relação aos quais, quer pelo destino dos mesmos, quer por disposição de lei, não pode o Estado praticar nenhum dos atos indicados no artigo anterior."

Ocorre que, nos termos do item *b* da informação constante de fls. 6 do processo, é o próprio Presidente do Instituto quem refere a existência da área física disponível, sendo ela uma sala no conjunto 1.008.

Ora, em decorrência disso, não é o comando legal antes citado que inflete sobre a situação em análise, e sim, o preceito anterior, seja, o artigo 810, que enuncia:

"Classificam-se como disponíveis os bens do Estado, qualquer que seja sua providência (?), dos quais se possa efetuar venda, permuta ou cessão, ou com os quais se possam fazer operações financeiras em virtude de disposições de leis especiais de autorização."

Demais disso, em nosso modo de pensar, o que o legislador veda, em se tratando dos bens públicos de uso especial — espécie na qual, assim pensamos, não se enquadraria aquele pretendido pelo supra-referido Sindicato conforme adiante se verá — é a prática de ato de disposição incidente sobre o mesmo, exatamente porque afetado a uma finalidade pública.

Ao que se saiba, nenhum diploma legal disciplinador do regime jurídico a que se submetem tais bens proíbe a prática de atos de mera gestão, tendo esses por objeto e nem se encontra qualquer divergência doutrinária, a respeito.

Ocorre que, a hipótese fática configurada na consulta é *sui generis*, levando a crer que a coisa pretendida pareça um bem público de uso especial quando, na verdade, trata-se de bem dominical.

Com efeito, embora a sala em cogitação faça parte de um conjunto afetado a um fim público, tal dependência, encarada isoladamente, não o é, na medida em que a autarquia dela não necessita, estando, assim, disponível.

Ora, é consabido que, não só a lei tem o condão de desafetar um bem. O fato — no caso, a desnecessidade — também pode gerar a desafetação.

E foi o que ocorreu na espécie, transmutando um bem de uso especial em dominical.

Afora isso, o que interessa, para que se legitime dita outorga, é a prevalência do interesse público sobre o particular.

E este, salvo melhor juízo, se faz presente na situação de que se cogita, já que, nos termos da manifestação de fls. 6, firmada pelo Presidente do Órgão Consulente.

"a) Dentro das novas atribuições constantes da reforma estatutária da Autarquia, um dos objetivos é reunir os órgãos responsáveis pelo Setor de Carnes, como aliás já se verifica com a Federação das Cooperativas de Carnes do Estado Ltda., visando a facilitar e melhor atender o setor pela proximidade das entidades:"

É claro que o prédio onde se encontra instalada a autarquia em causa existe para cumprir outra finalidade que não aquela de no mesmo também funcionarem outras entidades como a que pretende lá se localizar.

Entretanto, na medida em que esta última desempenha um papel que auxilia o ente autárquico na consecução de seus fins, este fato, de si só, justificaria e legitimaria o ato permissivo de sua localização nas dependências daquele.

Muito a propósito, encontra-se a seguinte citação de OTTO MAYER, em nota de pé-de-página, inserta na obra "BENS PÚBLICOS", de autoria de J. CRETELLA JR. (2ª edição, aumentada e atualizada, LEUD, 1975, S. Paulo, p. 285):

"A coisa pública tem sempre um fim principal a que serve. O direito de uso especial só poderia admitir-se, em princípio, na medida em que for compatível com esse fim."

Nesse passo, não é demais acrescentar-se, em complemento à citação acima, que tal uso especial mais se justifica quando vem em auxílio da consecução dos fins da entidade pública outorgante, como é o caso da situação vertente.

Do que foi exposto, resta concluir que, se o Sindicato pretendesse ocupar as dependências disponíveis, mediante compensação econômica, obstáculo inexistiria para tanto, através o instrumento da autorização de uso remunerada, por ser o mais adequado aos interesses da autarquia.

Entretanto, como pretende lá se instalar sem arcar com o ônus de qualquer contraprestação, sua pretensão esbarra na antes referida Ordem de Serviço nº 25/83-87 (artigo 1º, item I, letra f), expedida pelo Chefe do Executivo Estadual.

Oportuno esclarecer que esse provimento administrativo, embora determine a suspensão de medidas ou procedimentos, habituais ou eventuais, que envolvam, dentre outros atos, a cessão de bens, móveis ou imóveis, a qualquer título, para entidades ou associações de servidores, há que ser devidamente interpretado, para dele se extrair o real intuito da autoridade que o exarou.

Com efeito, numa interpretação sistemática do mesmo, verifica-se claramente que seu objetivo primordial foi o de diminuir os gastos do Estado.

Isso começa a se inferir, já de sua própria ementa, quando diz: *"dispõe sobre CONTENÇÃO DE DESPESAS..."* (grifei)

No mesmo sentido, esclarecem os *"considerando"* que precedem tal texto normativo:

"Considerando o agravamento da situação econômico-financeira do Estado, causado pelas sucessivas calamidades de ordem climática que vêm se abatendo sobre o território rio-grandense;

Considerando que os entes da Administração Indireta, especialmente aqueles que dependem total ou parcialmente de recursos ordinários do Tesouro do Estado para a manutenção de suas atividades administrativas, DEVEM ADEQUAR-SE ÀS NECESSIDADES DE CONTENÇÃO DA DESPESA PÚBLICA (grifei);

Considerando que a redução de gastos no âmbito da Administração Indireta REFLETIR-SE-Á EM ECONOMIA DE MEIOS DO GOVERNO COMO UM TODO" (grifei).

Ainda, no corpo do mesmo provimento governamental identifica-se sempre o mesmo escopo (e.g., o artigo 1º).

Esclarecida, assim, a real finalidade de sobredita Ordem de Serviço, infere-se que, quando a mesma impõe (artigo 1º, I, f) a suspensão da cessão de bens, móveis ou imóveis, a qualquer título, para entidades ou associações de servidores, está apenas proibindo a prática de tais atos a título gratuito, liberando, por outro lado, as entidades que arrola para praticar os mesmos atos a título oneroso.

Esta é a interpretação que se impõe por guardar sintonia com o espírito do ato normativo em tela.

Em conclusão: o Instituto Sul-Riograndense de Carnes, caso haja concordância por parte do Sindicato interessado, poderá ceder as dependências disponíveis, desde que este último concorde em arcar com os ônus correspondentes.

Está, de outra parte, desautorizado a fazê-lo a título gratuito, face à proibição expressa contida na tantas vezes referida Ordem de Serviço nº 25/83-87.

Caso se concretize prefalada cedência, tal deverá ocorrer através o instrumento da autorização de uso remunerada.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 07 de março de 1986.

LICENÇA À FUNCIONÁRIA MÃE DE EXCEPCIONAL

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6639

FUNCIONÁRIA PÚBLICA ESTADUAL.

Filho excepcional. Licença prevista na Lei nº 7.868/83.

Laudo do DPM. Inteligência.

Solicita o Senhor SECRETÁRIO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E CULTURA seja examinado, pela Procuradoria-Geral do Estado, pedido de reconsideração formulado por uma Especialista de Educação, mãe de excepcional, tendo em vista a negativa do Departamento de Perícia Médica da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, em conceder-lhe licença, em prorrogação, com fundamento na Lei nº 7.868/83 (Processo nº 25.672-19.00/85).

O expediente foi distribuído a esta Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal.

Por tratarem os processos nºs 50636/85, 27365/85, 40215/85, 22211/85, 40209/84, 10493/84, 41552/85, 30037/85 e 18170/84 (apensados ao de nº 50636 e também oriundos da Secretaria da Educação e Cultura), igualmente distribuídos a esta Unidade, de três casos de aplicação da Lei nº 7.868 (requerentes as funcionárias T.S.F., S.P.L. e I.M.L.), todos eles serão examinados em conjunto, com uma só solução, aplicável a todos, em nome da economia processual-administrativa, e sem prejuízo da boa aplicação da lei.

É o relatório.

Trata-se da interpretação da Lei nº 7.868, de 23 de dezembro de 1983, que tem a seguinte redação:

"Art. 1º — As servidoras públicas estaduais, mães de excepcionais em tratamento, com carga igual ou superior a 44 horas semanais, ficam autorizadas a afastarem-se da repartição durante um dos turnos.

§ 1º — O afastamento de que trata o 'caput' dependerá de requerimento da interessada ao titular ou dirigente máximo do órgão em que estiver lotada, e será instruído com certidão de nascimento e atestado médico de que o filho excepcional se encontra em tratamento e necessita assistência direta da mãe.

§ 2º — A autoridade referida no parágrafo anterior encaminhará o expediente à Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, com vistas ao Departamento de Perícia Médica, que emitirá laudo conclusivo sobre o requerimento.

§ 3º — A licença de que trata esta lei será concedida pelo prazo máximo de 6 (seis) meses, podendo ser renovada, sucessivamente, por iguais períodos, observado, sempre, o procedimento de que tratam os §§ 1º e 2º.

Art. 2º — Revogadas..."

Nos quatro casos de que tratam os processos, a primeira licença sempre foi concedida (sendo que a requerente do processo nº 25672 já teve uma licença, em prorrogação), obviamente com prévia manifestação favorável do DPM. Cuida-se, agora, de prorrogação da licença, como prevê o § 3º do artigo 1º, da Lei Nº 7.668/83, tendo sido atendidas pelas requerentes as exigências previstas na lei.

Em três pedidos de prorrogação da licença (C. O. M., T. S. F. e S. P. L.), a negativa do DPM é feita por informação assinada por seu diretor, Dr. LUIZ AYRES KERN, dizendo não caber a prorrogação da licença quando se tratar de caso cronicado, em paciente adulto, submetido unicamente a tratamento com medicamentos. No outro pedido, a negativa baseou-se em informação da Coordenadora-Médica do DPM, Dra. THEREZINHA ROEHE, aprovado pelo Diretor, nos seguintes termos:

"No entendimento deste DPM, mãe de excepcional adulto, e por conseqüente com quadro estabilizado e cronicado, não faz jus aos benefícios da Lei nº 7.868/83. Embora cientes de todas as implicações sócio-familiares que um excepcional acarreta, acreditamos que o espírito da Lei nº 7.868/83 foi o de propiciar condições para desenvolver todas as potencialidades latentes naqueles excepcionais ainda em fase de desenvolvimento."

Aliás, manifestação idêntica encontra-se em dois outros processos.

Nota-se, então, que o Departamento de Perícia Médica da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, interpretando a Lei nº 7.868, entende não caberem os seus benefícios quando o excepcional for adulto, o caso for cronicado, com tratamento apenas medicamentoso.

Cabe observar, ainda, que em todos os pedidos de prorrogação da licença foram juntados atestados médicos com redação quase idêntica aos que serviram de fundamento à primeira licença concedida, ficando sempre expresso que o excepcional estava sendo submetido a tratamento medicamentoso, ou com medicamentos e fisioterapia, mas enfatizando sempre a necessidade da presença da mãe.

Diante da posição adotada pelo DPM, impõe-se examinar qual deva ser a sua conduta face aos pedidos de licença com base na lei já citada. Figuremos três situações: na primeira, estudando o requerimento acompanhado dos documentos exigidos pela lei (certidão de nascimento, e atestado médico dizendo que o excepcional está em tratamento e necessitado da assistência direta da mãe), simplesmente defere o pedido; na segunda, apesar de satisfeitas pela funcionária as exigências da lei, indefere a licença, como são os casos sob exame, e pelos motivos já apontados; e, finalmente, em uma terceira hipótese, se tiver dúvida sobre o atestado médico, submeterá o excepcional a uma perícia médica.

O Parecer nº 6333, da lavra do ilustre Procurador do Estado JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, optou pela segunda hipótese antes figurada, dizendo:

"5. Então, como o entendimento, reiterado e contrário, do setor pericial, obsta os apelos à incidência, no caso, do referido diploma legislativo, parece descabida a postulação. Sublinhe-se, porém, que se circunscrevem tais manifestações às nuances técnico-médicas das questões que ao DPM incumbe apreciar, constituindo peças inseparáveis e orientação da decisão administrativa sobre a concessão, ou não, de licença para o afastamento do serviço, da mãe servidora pública estadual, de filho excepcional."

No caso examinado no Parecer nº 6333, a negativa baseou-se no "quadro cronicado e estabilizado", com a concordância do parecerista, em rápida passagem:

"6. Assim, visualizado estritamente sob o aspecto médico-pericial — que se mostra inarredável à solução de situações como aqui versada, a *ainda porque parecendo harmonizar-se com a vontade do legislador.*" (grifei).

Com o maior respeito, vou divergir do ilustrado Procurador do Estado JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO.

Em primeiro lugar, como tentarei demonstrar mais adiante, não vejo, na vontade da lei, a restrição feita pelo Departamento de Perícia Médica. Em segundo lugar, parece-me que a interpretação da lei realizada pelo DPM, que deu suporte à restrição referida, não tem cabimento.

Como todos sabem, por disposição da Constituição do Estado (artigo 87), cabe à Procuradoria-Geral do Estado "centralizar o sistema de assistência jurídica do Estado", objetivando estabelecer orientação uniforme no tratamento das questões jurídicas de interesses da administração estadual". Isso quer dizer que é atribuição da Procuradoria-Geral do Estado a interpretação das leis na área administrativa estadual.

Se assim, é, permito-me dizer que não tem razão o DPM quando pretende interpretar a Lei nº 7.868, como se vê na informação da Doutora THEREZINHA ROEHE, antes transcrita, ao afirmar que "No entendimento deste DPM..., acreditamos que o espírito da Lei Nº 7.868/83...". Ao DPM incumbe verificar se estão preenchidas os requisitos da lei: em caso positivo, deferindo a licença; em caso negativo, indeferindo; ou finalmente, se houver dúvidas sobre o atestado médico, submeter o excepcional à perícia médica. Mas não lhe cabe, a toda evidência, perquirir a respeito do "espírito da lei". etc., fazendo restrições não existentes na forma legal.

Com a devida vênia, não concordo com a assertiva do Procurador do Estado JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, no sentido de que a orientação adotada pelo DPM no caso que examinou (não caber a licença em caso cronicado ou estabilizado) parece "harmonizar-se com a vontade do legislador".

Não encontro tal restrição na lei. O que ela exige é que o excepcional se encontre em tratamento e que necessite da assistência direta da mãe. Nada mais. Não restringe quando o tratamento é só medicamentoso, ou quando se tratar de situação estabilizada e/ou cronicada, ou for adulto o excepcional. O excepcional tem que estar em tratamento, com a assistência direta da mãe. E só. E onde a lei não distingue...

Além do mais, a Lei nº 7.868 é de cunho eminentemente social, merecendo, por isso interpretação liberal e não restritiva. Aliás, a Assessoria Jurídica da SEC, bem apanhou a questão (fls. 25/26, Processo nº 25672-19.00/85-SEC).

Compreendo, por outro lado, o zelo do DPM, ao examinar pedidos fundados na Lei nº 7.868, no sentido evidente de evitar abusos. Entretanto, tal orientação não pode conduzir ao extremo de quase anular o fim buscado pela lei.

EM CONCLUSÃO, entendo deva o DPM reexaminar a sua orientação sobre a matéria.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de abril de 1986.

ANISTIA

ANA MARIA LANDELL DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.650

EMENDA Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO
DE 1985 à Constituição da República.

Anistia. Policiais-militares. Aspectos gerais. Interpretação do art. 4º e parágrafos da Emenda nº 26/85.

Solicita o Senhor COMANDANTE-GERAL DA BRIGADA MILITAR DO ESTADO pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado quanto à forma de operacionalizar a anistia concedida aos militares pela Emenda nº 26, à Constituição da República (Diário Oficial da União de 28 de novembro de 1985) e processar os respectivos atos.

Remetido a esta Unidade, posteriormente o processo recebe nota de prioridade.

É o relatório.

1. A Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição da República de 1967, no artigo 4º e seus oito parágrafos, concede anistia a todos os servidores públicos da Administração Direta e Indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, e a categoria e pessoas, nas condições que especifica, sob os seguintes lineamentos:

"Art. 4º — É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração Direta e Indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º — É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º — A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no 'caput' deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º — Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.

§ 4º — A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

§ 5º — O disposto no 'caput' deste artigo somente gera efeitos fi-

nanceiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6º — Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do 'caput' deste artigo.

§ 7º — Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo, já falecidos, farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8º — A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos."

2. Primeiramente, cabe observar que o texto sob exame — artigo 4º e parágrafos —, editado sob a forma de Emenda Constitucional, se constitui num conjunto de princípios de ordem geral, e, embora e desde logo, gere direito público subjetivo à anistia aos seus destinatários, não desce a nível de detalhamento capaz de ensejar de forma direta e imediata a sua aplicação.

Nesse sentido reside a dificuldade exposta pelo consulente em operacionalizar os aludidos ditames, e editar os competentes atos aos que ao benefício façam jus.

3. Embora sucintamente, cumpre destacar o que o direito positivo de âmbito constitucional estabeleceu.

4. Inicialmente, são destinatários da anistia, no campo do direito administrativo, sob a égide do preceito transcrito, os servidores públicos civis da Administração Direta ou Indireta, independentemente do regime jurídico, e os militares, compreendido o último vocábulo em sentido amplo, onde se insere a Corporação consulente.

5. No âmbito dos servidores militares, se verifica, da confrontação do caput do artigo 4º e de seu parágrafo 1º, que a anistia abrange não só os militares que foram "punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares", ou seja pela prática de ações ou omissões definidas na legislação institucional ou complementar vigente no período de exceção, mas também aqueles que forem autores de crimes políticos ou conexos com base em diplomas legais específicos.

6. De outra forma não se poderia compreender o texto constitucional referido — Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985 — sem uma visão isonômica e geral do objetivo proposto através da sua edição pelo legislador da União.

Nesse sentido, os militares, como os civis em geral, quando autores de crimes políticos ou conexos estarão também agasalhados pela norma constitucional, uma vez que a própria regra constitucional fez distinção entre autores civis e militares.

Ademais, tendo presente os princípios que informam a Nova República e os documentos legais ligados à anistia e à democratização do país, não se poderia pensar em uma interpretação que não fosse abrangente e isonômica, dirigida a todo cidadão civil ou militar, cujos delitos e ações se subsumam na regra excepcional.

Por conseguinte, não se poderia entender que se anistiasse servidores punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, e igualmente por crimes políticos, e se vedasse o mesmo direito àqueles servidores, no caso militares, que tenham sido dispensados por motivação exclusivamente política com base em outros diplomas legais e regulamentares.

Dentro de uma interpretação sistemática do regramento escrito no caput do artigo 4º e seu parágrafo 1º da Emenda 26/85, e considerando, ainda, o princípio constitucional da isonomia e do atual estágio político-administrativo e democrático por que passa a nação brasileira, outra visão do dispositivo legal em exame, seria retroagir e conferir novas penalidades e restrições aos servidores militares, especialmente quando punidos por faltas regulamentares embasadas em motivação exclusivamente política.

7. Assim, a anistia abrange os servidores punidos ou processados, se daí decorreram sanções, relativamente à prática de atos delituosos, segundo a legislação de exceção, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tanto faz sejam servidores civis ou militares.

8. A anistia propriamente dita, a seu turno, pode compreender, tanto para o servidor civil quanto para o militar, reparações pecuniárias, ou reparações complexas, correspondentes à readmissão ou reversão ao serviço ativo do servidor anistiado cumulativamente com efeitos na órbita estipendiária, ou reparações de natureza assistencial aos dependentes do destinatário da anistia já falecido.

9. Salvo no caso da pensão, à Administração Pública, "*a sua exclusiva iniciativa, competência e critério*" (todos os últimos pendentes de definição) incumbe verificar se aplicará ao anistiado, civil ou militar, o critério da reparação apenas pecuniária (vantagens) ou mista (retorno ao trabalho e mais as vantagens).

10. Evidentemente que a formulação de critérios, na espécie, é aparentemente discricionária, porque, em muitas hipóteses, a atuação do administrador estará previamente delineada pelas leis e regulamentos vigentes, dentre os quais devem ser observados os que regulam "*as características e peculiaridades próprias da carreira*" (§ 8º), notadamente no meio militar.

11. Estes princípios definidos na legislação específica ora vigente não podem deixar de ser observados pela Brigada Militar do Estado na concessão da anistia, face à determinação inscrita no § 8º do artigo 4º.

12. De outro lado, se houver interesse da Administração Pública, representado, no caso, por manifestação do titular do Comando-Geral da Brigada Militar em contar com o concurso do servidor policial-militar, mediante *readmissão ou reversão* ao serviço ativo, quando se tratar, respectivamente, de ex-militar afastado do cargo ou do serviço público ou apenas do serviço ativo, na Corporação, têm que ser observados os prazos de permanência em atividade, especificamente no que condiz com critérios de idade e interstício funcional, quota compulsória e demais especificidades da carreira militar (§ 8º), hoje em vigor.

13. Se, no entanto, não for julgado conveniente para o administrador o retorno do ex-policial-militar, ou se a *readmissão ou a reversão* não se puderem realizar devido a limitações decorrentes de prazos para a permanência em atividade, ainda assim subsiste o direito à anistia, eis que decorrente diretamente

da norma constitucional, mas tal direito estará representado por reparações de natureza meramente pecuniária.

14. A reparação de natureza apenas estipendiária, cumpre mencionar, consiste, segundo esclarece o § 3º do artigo 4º da Emenda nº 26, "em promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, devidos "a partir da promulgação da presente Emenda" (§ 5º), ficando "vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo", restabelecendo-se, pois, as condições funcionais previstas nas leis e regulamentos então vigentes, como se o PM não se tivesse afastado do serviço ativo.

15. Ressalte-se, nesse passo, que, embora a Emenda nº 26, no § 3º, quanto à situação dos *aposentados e reservistas*, aluda apenas a promoções, certamente com a edição dos atos remissórios das penalidades decorrerão outros efeitos, ligados aos estípidios e vantagens, levando em conta a situação de cada anistiado e até as peculiaridades legais vigentes à época da punição.

16. Por outro lado, para o anistiado *readmitido* surge desde logo o direito à contraprestação mensal, representada pelo soldo do posto ou graduação; ainda dentre os chamados "direitos financeiros" na legislação invocada, não devem ser excluídos os decorrentes do regular processamento da relação funcional, como sejam os quinquênios, gratificações adicionais, além da contagem do tempo de serviço e obtenção de vantagens como, por exemplo, a licença-prêmio.

17. Tal orientação (itens 15 e 16), buscando reconstituir o estado em que o PM se encontraria, hoje, se não tivesse sofrido a sanção, guarda respeito aos posicionamentos firmados nesta Procuradoria-Geral do Estado, na interpretação da Lei (federal) nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 ("Lei de Anistia"), especialmente nos Pareceres nºs 4.398/80, 4.402/80, 4.459/80, 5.794/84.

18. Para o servidor militar que *reverte* à atividade, também haverá revisão do respectivo soldo, em relação ao posto ou graduação em que vier a se enquadrar segundo as peculiaridades próprias da carreira, além de nele serem incluídas eventuais parcelas decorrentes da contagem do tempo do afastamento, como quinquênios, gratificações adicionais, ademais de promoções e licença-prêmio, exemplificativamente.

19. Digno de menção, ainda, que o legislador federal, quando outorgou a anistia tratada na Emenda nº 26, não a fez condicionada a requerimento ou provocação da parte interessada.

20. Do destaque do componente introdutório do cabeçalho do artigo 4º, onde se lê "é concedida anistia", passando por seu § 4º, quando diz "a Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa", até o início do § 8º, quando determina que "a Administração Pública aplicará as disposições deste artigo", todas as referências são no sentido de que a Administração realizará os atos concretos e formalizará a concessão do benefício, mediante iniciativa de ofício, sem depender de postulação dos possíveis destinatários, tanto que "os efeitos financeiros" são reconhecidos desde a sua promulgação (§ 5º).

21. Na prática, significa que a Brigada Militar do Estado deve iniciar os procedimentos tendentes à revisão da situação dos seus membros punidos, no período indicado no § 2º, com a expulsão da força, ou com a passagem à reserva ou reforma, elaborando, primeiramente, o levantamento dos servidores ou ex-servidores que se encontrem em tais circunstâncias.

22. Posteriormente, com os assentos funcionais é que será possível à Corporação verificar quais os *ex-policiais-militares* que reúnem, de acordo com a legislação específica da Força, tanto de natureza federal, quanto estadual, os pressupostos para a reversão ou a readmissão, cabendo, ainda no âmbito da Brigada, expedir o respectivo juízo de conveniência quanto ao reingresso ou quanto, meramente, à revisão das condições funcionais gerais.
23. Finalmente, elaboradas as respectivas minutas de revisão das situações, quer dizer, de operacionalização das medidas relativas à anistia, devem os atos ser encaminhados à autoridade competente para firmá-los e expedir-los.
24. A Emenda Constitucional nº 26 silencia quanto a tal autoridade. Todavia, no § 4º do artigo 4º, sob exame, determina que "a Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa; competência e critério, poderá readmitir ou reverter...".
25. Inscrevendo-se a norma em tela no sistema constitucional vigente, no texto da Constituição da República de 1967, cumpre visualizar as competências relativas aos servidores dentro da respectiva órbita política a que pertencem.
26. Dentro do princípio da simetria agasalhado nos artigos 13, 108 e 200 da Carta Política da União, e, considerando a disposição constante no seu artigo 81, item VIII, quando comete ao titular do Poder Executivo federal competência para prover e extinguir os cargos públicos federais, se conclui que, na órbita estadual é o Chefe do Poder Executivo, o Governador do Estado, a autoridade dotada de competência para, relativamente à Brigada Militar, expedir o respectivo ato geral de anistia e os conseqüentes que impliquem provimento de cargos policiais-militares.
27. Após a concessão da anistia propriamente dita, incumbe às autoridades da Corporação, encaminhar os demais atos de revisão das situações funcionais, obedecendo a partilha de competências vigente para as situações de rotina na Brigada Militar, tais como fixação e revisão de proventos, estabelecimento de vantagens etc.
28. Oportuno lembrar, demais disso, que os "efeitos financeiros" do processo de anistia somente podem ser reconhecidos a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 26 (artigo 4º, § 5º), "vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo".
29. Interessante tomar em consideração, outrossim, que os servidores policiais-militares *que já se encontravam na reserva ou reformados* quando sofreram punições baseadas em atos institucionais e complementares não têm direito às vantagens do processo de anistia, pois estão expressamente excluídos das "presentes disposições", quer dizer, das disposições relativas a vantagens decorrentes do preceito constitucional sob exame (§ 6º).
- Para os policiais-militares nessas condições, seja, nas condições do § 6º do artigo 4º da Emenda nº 26, a anistia concedida pelo caput do artigo 4º nenhum efeito pecuniário ou de outra natureza produz, afastados que estão das disposições peculiares à matéria, não sendo obrigatório para o administrador adotar qualquer providência em relação aos mesmos ainda que colhidos pelas sanções institucionais ou complementares.
- Eis, resumidamente, pois, alguns aspectos a merecer destaque, tocantemente à consulta formulada no âmbito da Brigada Militar:

1. são destinatários da anistia os policiais-militares punidos pela prática de ações ou omissões definidos e sancionados em legislação institucional ou complementar vigente no período de exceção;
2. a anistia abrange os servidores militares penalizados pela legislação institucional ou complementar pela prática de atos delituosos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1969;
3. igualmente a anistia abrange os servidores civis e militares punidos pela prática de crimes políticos e conexos, e os que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política com base em outros diplomas legais e regulamentares;
4. a Administração Pública (estadual), na hipótese, deve adotar critérios para os casos de readmissão ou reversão de policial-militar à Corporação, quando se tratar, respectivamente, de PM desligado do serviço público ou do serviço ativo, respeitadas as "características e peculiaridades próprias das carreiras", segundo a legislação específica ora vigente;
5. o juízo de interesse e conveniência deve ser expressado em manifestação do titular do Comando-Geral da Brigada Militar, atendidas as condições referidas no item anterior;
6. para o membro da Força aposentado ou na reserva, a anistia dará ensejo a reparações estipendiárias, como as promoções (§ 3º) acrescidas do restabelecimento das condições funcionais, previstas nas leis e regulamentos então vigentes, como se o PM não tivesse sido afastado;
7. também o anistiado readmitido ou revertido para o serviço ativo tem direito aos benefícios decorrentes do regular processamento da relação funcional, inclusive contagem do tempo de serviço e vantagens daí provenientes, respeitadas sempre "as características e peculiaridades próprias da carreira";
8. a anistia decorre do preceito constitucional, desnecessitando de requerimento ou provocação da parte interessada, devendo a Brigada Militar iniciar o processo de ofício, elaborar os respectivos atos e encaminhá-los à autoridade competente para firmá-los e expedir-los;
9. ao Governador do Estado incumbe a concessão da anistia, como ato geral, e a expedição de atos conseqüentes que impliquem o preenchimento de cargos policiais-militares, pelo princípio constitucional da simetria; os atos concessórios de vantagens são da competência das autoridades que atendem tais situações de rotina relativamente aos PMs;
10. os "efeitos financeiros" da anistia somente podem ser reconhecidos a partir da promulgação da Emenda nº 26;
11. os policiais-militares que já se encontravam na reserva ou reformados quando sofreram punições baseadas em atos institucionais e complementares não são destinatários da Emenda nº 26.
- É o parecer.

PORTO ALEGRE, 05 de maio de 1986

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6675

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

A imunidade recíproca estabelecida pelo artigo 19, III, a) da Constituição Federal, diz respeito a impostos, não abrangendo as demais espécies de tributo, aí incluídas as taxas pela prestação de serviço público.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA consulta esta Procuradoria no sentido de esclarecer se o Estado está sujeito ao pagamento de taxas municipais de coleta de lixo, limpeza, iluminação pública e expediente, relativamente a prédios pertencentes a seu patrimônio, utilizados para funcionamento de escolas públicas.

A consulta é feita tendo em vista a vedação estabelecida pelos artigos 19, III, a) e c) da Constituição Federal e 9º, IV, letras a) e c) do Código Tributário Nacional.

De observar que, inobstante tenham sido lançadas as importâncias a serem cobradas ao Estado a título de IPTU, consoante nas guias de notificação anexas esclarece a Prefeitura Municipal de Caxias do Sul que a taxas se referem.

É o relatório.

A Constituição Federal, através de seu artigo 19, estabelece:

"Artigo 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
III — instituir imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros:

.....
c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei;"

O Código Tributário Nacional, a sua vez, repetindo a regra constitucional, dispôs:

"Artigo 9º — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
IV — cobrar impostos sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo."

O tema questionado versa, pois, sobre o instituto da imunidade tributária. Constitui o instituto mencionado hipótese de delimitação constitucional do poder de tributar. Com efeito, ao elencar pessoas, fatos e coisas com a finalidade de subtrai-los ao poder impositivo das pessoas políticas internas, delimitou o legislador constituinte a competência tributária, traçando-lhe contornos específicos.

Importante frisar que a imunidade não se confunde com a isenção, eis que aquela encontra assento no texto constitucional, enquanto que esta constitui hipótese de exclusão decorrente de lei infraconstitucional.

Dentre as hipóteses de imunidade fixadas pela Constituição avulta em importância aquela referente à imunidade recíproca, imposta às três pessoas jurídicas de direito público interno, consistente na impossibilidade de tributarem-se, reciprocamente, as rendas, bens ou serviços umas das outras.

Decorrente necessária do Estado federado, a imunidade recíproca haveria de integrar, cogentemente, o sistema jurídico tributário, pena de inviabilizar a convivência autônoma e harmônica das unidades da federação.

Por isso que, analisando a vedação constitucional, desde a sua inserção no texto da Lei Maior, assim se manifesta LUIZ RAFAEL MAYER, trazendo, inclusive, à colação ensinamento de RUY BARBOSA:

"Por decorrência necessária e inafastável do regime federativo é que a construção jurídica do instituto se delineou, primeiramente, por via de uma notável construção jurisprudencial, nos EUA, ainda que o texto da Constituição Americana não contivesse norma expressa a respeito, o que não impediu o reiterado e tranqüilo convencimento de seus grandes intérpretes, de extrair dela, como implícito, o princípio da imunidade recíproca."

No Brasil a Constituição de 1891 fê-lo expresso, no seu texto (artigo 10), e a seu respeito, Ruy Barbosa, responsável pela formulação, fez comentário, com inextinguível brilho:

A proibição instituída no artigo 10 da nossa carta republicana deriva da essência mesma do regime federativo e não seria menos obrigatório, de a parte, entre a União e os Estados se a lei constitucional, em vez de se declarar, como entre nós se declara, emudecesse nesse ponto, como noutros países emudece." (in Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos por Homero Pires, I-345). (in Imunidade das Autarquias e Imposto Imobiliário, RDP nº 5, pág. 41 e seguintes).

A seguir, o parecerista enfoca as mutações por que passou o instituto no direito positivo pátrio, consequência da necessidade de que as delimitações à competência constitucionalmente outorgada derivem, sempre, de norma expressa.

Nesse sentido assinala que "o núcleo desse instituto, de ordem constitucional, sofreu alterações essenciais nos diplomas posteriores, processando-se a evolução no sentido do aclaramento dos conceitos", para concluir mais adiante: "A carta de 1937, no entanto, ao confirmar, no artigo 32, alínea "c", a imunidade tributária recíproca, excluiu do seu pálio os serviços públicos concedidos, cujo benefício tributário passou a depender, desde então, em caráter estritamente isenacional da outorga por lei especial (artigo 32, parágrafo único). E a Constituição de 1946, guardou idêntica disciplina, definindo, bem melhor, a imunidade tributária recíproca, ao estabelecer que a vedação se referia aos impostos (artigo 31, V, "a" e parágrafo único)." (ob. e págs. cit.).

De outra feita impende ressaltar que a imunidade questionada, no caso, só poderia encontrar suporte jurídico no dispositivo e alínea supraenfocados — referentes à imunidade recíproca — e não na hipótese referente às instituições de educação estabelecida pelo artigo 19, III, "c" da Constituição Federal e 9º, III, c) do Código Tributário Nacional.

É que, nesse último caso, quis o legislador beneficiar com a imunidade aquelas instituições que atuam secundando o Estado na prestação dos serviços de educação, vez que as entidades educacionais públicas, por não possuírem patrimônio autônomo, já se encontram abrangidas pela norma da imunidade recíproca das pessoas políticas.

Esse o entendimento expresso por PONTES DE MIRANDA.

"Os pressupostos da imunidade segundo o artigo 19, III, c), 2ª parte da Constituição de 1967, são diferentes: a) trata-se de instituição de educação ou de assistência (o "e" do artigo 31, V, b) 'in fine' da Constituição de 1946, que exprobramos ao texto foi corrigido) ou de educação ou de assistência social — personificada ou não, desde que haja separação do patrimônio dela e das outras entidades não imunes, ou das pessoas físicas." (in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª Ed. RT, pág. 427).

Fixada a regra constitucional que poderia abrigar a pretensão formulada na consulta, importa verificar se a exclusão ao poder de tributar, imposta pelo artigo 19, da Constituição Federal, veda também a imposição de taxas ou restringe-se a impostos.

O texto constitucional é expresso, refere-se apenas, a impostos, pelo que estariam excluídas as demais espécies de tributos.

É que a regra de imunidade, traçando limites à competência tributária de cada uma das pessoas políticas internas, há que restar expressa no texto legal, não se admitindo interpretação extensiva, nem vedação implícita.

Como bem assinala SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

"Sob o ponto de vista do direito positivo, a imunidade e a isenção são *declarações expressas do legislador* sobre os aspectos fáticos, negando-lhes efeitos tributários." (in Imunidades, apontamentos, Críticas às críticas, RDP nº 31, págs. 199 e seguintes — grifamos).

E isso pelo motivo simples de que a competência tributária, atribuída aos entes públicos internos, deriva de um conjunto de regras do qual resulta, não apenas o poder impositivo conferido, como também os limites dentre os quais poderá ser exercitado.

Aí por que a Lei Maior, ao atribuir aos Municípios a competência para estabelecer imposto predial e territorial urbano, proibiu-lhes, no mesmo passo, que fizessem tal imposto incidir sobre o patrimônio das demais pessoas políticas.

Não assim no que se refere às taxas, quer aquelas devidas pelo exercício do poder de polícia, quer as correspondentes à prestação de serviço público.

De compreender-se que assim seja, pois a admitir-se o contrário, seria, da mesma forma, admitir que se enriquecesse às custas de gastos feitos por uma das pessoas políticas a outra entidade pública.

Nesse sentido doutrina e jurisprudência andam num mesmo passo, consoante se pode depreender da cita de JOAQUIM CASTRO DE AGUIAR:

"A imunidade diz respeito a impostos. Com efeito, a Constituição Federal concede imunidade a impostos ('é vedado instituir imposto sobre') e não se há de confundir imposto com taxas ou contribuição de melhoria. Não se referiu o constituinte a tributo.

Não pode, pois, o poder público, nos casos do inciso III, do artigo 19, cobrar impostos, mas pode cobrar taxas, pode cobrar contribuição de melhoria. Nada impede que o Município cobre taxas à União ou aos Estados. Doutrina e jurisprudência têm como pacífico esse entendimento. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já cristalizou em Súmula que imunidade não compreende as taxas. (Súmula 324)" (in Sistema Tributário Municipal, 2ª ed., Ed. José Konfino, RJ, 1971, pág. 170).

De alertar, ademais, que, se as quantias cobradas ao Estado, efetivamente, se referem a taxas, como tal impõe-se sejam lançadas nas respectivas guias.

Incumbe, pois, ao Estado exigir ao Município, na eventualidade de este pretender concretizar a cobrança, que lance corretamente nas notificações, a importância relativa ao tributo como taxa e não como imposto, tal como consta.

Impõe-se, a final, referir que esta Procuradoria, através do Parecer nº 5395, de lavra do Procurador do Estado MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT, já se manifestou no sentido de que o princípio da imunidade recíproca, estabelecido pelo artigo 19, III, a), da Constituição Federal, não veda aos Municípios a cobrança de taxa às demais pessoas políticas.

No mesmo parecer alertou-se o Município consulente que, inobstante a constitucionalidade do ato municipal que determina a cobrança do tributo, nada impede, considerada a relevância dos serviços prestados pelo órgão estadual à comunidade municipal, que esta, através de seu corpo legiferante, conceda remissão da dívida tributária já constituída, de acordo com o artigo 172 do Código Tributário Nacional, bem como isenção das taxas que, futuramente possam vir a ser cobradas ao Estado, nos termos do artigo 175, I, do mesmo Código, relativamente aos imóveis ocupados pela repartição estadual.

Isto posto, concluímos:

1. As normas que fixam imunidade tributária são declarações expressas do legislador sobre aspectos fáticos, subtraídos ao poder impositivo das pessoas políticas internas, implicando delimitação de competência.
2. O princípio da imunidade recíproca, fixado pelo artigo 19, III, da Constituição Federal, delimita a competência impositiva dos Municípios e das demais pessoas políticas internas, no que diz respeito a impostos, não assim a taxas. Não é, por consequência, o Estado imune a taxas municipais.
3. Inobstante isso, pode o Município, observadas as exigências legais, retribuir as taxas já constituídas contra o Estado e isentá-lo quanto às futuras taxas, considerados os relevantes serviços prestados à comunidade pelas escolas públicas estaduais.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 30 de maio de 1986.

PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO NATALINA AOS DIRETORES DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E FUNDAÇÕES

NEY SÁ
Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

Of. Gab. 114/86-P-137 Porto Alegre, 06 de fevereiro de 1986.

SENHOR GOVERNADOR:

Encaminhados pela Casa Civil ou diretamente pelos Secretários de Estado sob cuja supervisão se encontram, vieram a esta Procuradoria-Geral diversos expedientes em que sociedades de economia mista e fundações integrantes da Administração Indireta do Estado querem saber se podem pagar, a seus diretores, empregados ou não, ou mesmo funcionários estaduais, a gratificação natalina habitualmente conhecida como 13º salário, ou importância equivalente.

A questão não é nova nem na Administração Estadual nem para esta Procuradoria, que em várias oportunidades sobre o assunto se manifestou.

A orientação jurídico-administrativa sobre a matéria de longa data encontra-se firmada, havendo dado margem a expressas determinações a propósito, já do ilustre antecessor de Vossa Excelência na Chefia do Poder Executivo.

Os ocupantes de cargos de diretor (ou equivalente) nas sociedades de economia mista e fundações, com efeito, nessa condição são **órgãos** da entidade, pois representam a pessoa jurídica que dirigem. Seu regime jurídico é o previsto na legislação concernente às sociedades anônimas e às fundações, e nos estatutos de cada entidade, e não o regime do Direito do Trabalho.

Mesmo quando o diretor eleito ou nomeado é empregado da entidade a cuja direção ascende, ou de outra pessoa jurídica, ainda que integrante da Administração Indireta do Estado, despe-se dessa condição de empregado enquanto durar a investidura no cargo de direção. O contrato de trabalho, nesse caso, fica suspenso, restando ao empregado apenas o direito de retorno à posição anterior, uma vez cessada a investidura. Mas, nesse período de quiescência, suspenso que está o contrato, não há direitos atuais de cunho trabalhista.

E tal afirmação é válida ainda que, por decisão da assembléia geral da sociedade, ou do órgão competente no caso das fundações, se permita ao empregado eleito diretor optar por ter sua remuneração igualada à que percebia ou perceberia como empregado. Nesses casos, na verdade, embora a tendência simplificativa da linguagem leve a falar-se em "optar pela remuneração percebida como empregado", o que realmente ocorre do ponto de vista jurídico é uma fixação de honorários específica, em montante igual ao do salário mensal que tal diretor perceberia (Cf. Ofício-Parecer n.º 91, parte final). Os diretores percebem honorários, e não salários.

Tal orientação da Procuradoria-Geral encontra-se expressa, como acima referi, em numerosos Pareceres, como os de n.ºs 2042, 2934, 3460, 3619, 3888, 4314, 4418, 4486, 4520, 4543, 4766, 4767, 4893, 5119, 5440 e 5658.

É oportuno salientar, aliás, que ao aprovar o Parecer n.º 4520, mediante despacho apostado ao processo n.º CC-10057/81 e datado de 21 de setembro de 1981, o então Chefe do Poder Executivo concluiu:

Determino dê-se publicidade à orientação de que os exercentes de cargos de direção de entidade, da Administração Indireta do Estado, compreendidas fundações e subsidiárias de sociedade de economia mista — empregados ou não, — naquela condição não fazem jus à percepção do décimo terceiro salário; determino, ainda, a alteração estatutária nos órgãos em que, por ato interno, foi estabelecida cláusula autorizatória do pagamento de tal benefício.

Diante dessa determinação o Senhor Chefe da Casa Civil endereçou a todos os Secretários de Estado que tinham sociedades ou fundações sob sua supervisão, ofício datado de 13 de outubro de 1981, comunicando o conteúdo da parte acima transcrita, com a recomendação de rigoroso cumprimento na área de competência de cada um.

Rebelou-se contra a decisão a Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos, encaminhando ao Secretário de Estado respectivo de sua assessoria jurídica que buscava demonstrar que os diretores escolhidos entre empregados da fundação tinham sua remuneração, por opção, regida pelo Direito do Trabalho, e portanto fora do alcance de restrição governamental.

Ouvida novamente a Procuradoria-Geral do Estado, manifestou-se pelo Parecer n.º 4893, que confirmou a orientação anteriormente adotada, reiterando a legitimidade de o Chefe do Poder Executivo determinar a exclusão, da remuneração dos diretores de sociedade de economia e fundações, de gratificações do tipo 13º salário ou outras vantagens que perceberiam se no exercício de emprego estivessem. O despacho governamental que acolheu este último parecer, pela incisividade de seus termos, merece igualmente transcrição:

"Aprovo o Parecer n.º 4893 da Procuradoria-Geral do Estado, que reafirma orientação anterior no sentido de não ser pago o chamado 13º salário aos dirigentes de fundações e sociedades de economia mista integrantes de Administração Indireta do Estado, ainda que empregados das mesmas (com contrato suspenso) e percebendo, como dirigentes, remuneração baseada no salário mensal a que fariam jus se no exercício do emprego.

Queira o Senhor Chefe da Casa Civil encaminhar cópia do parecer aos Secretários de Estado que têm fundações ou sociedades sob sua supervisão.

Remeta-se o expediente à Procuradoria-Geral do Estado, para as necessárias anotações e, após, à Secretaria da Administração.

Em 10 de março de 1982.

*(ass.) José Augusto Amaral de Souza
Governador do Estado."*

Em 11 de março de 1982 o Senhor Chefe da Casa Civil, mediante ofícios endereçados a todos os Secretários de Estado que tinham sociedades ou fundações sob sua supervisão, encaminhou-lhes cópia do texto integral do parecer, com o despacho governamental, e reportando-se ao ofício antes mencionado, de 13 de outubro de 1981.

No pressuposto inarredável de que os Senhores Secretários do Estado passaram as orientações governamentais às entidades supervisionadas, pode-se afirmar que a todas as sociedades e fundações integrantes da Administração Estadual Indireta chegou a determinação de ser cortado o pagamento de tais vantagens.

A Ordem de Serviço nº 25/83-87 subscrita por Vossa Excelência, ao determinar a suspensão do *"pagamento de gratificações que não resultem de expressa disposição de lei, tais como gratificações de balanço e outras"*, constitui nesse particular reiteração do comando endereçado na Administração anterior aos titulares das mesmas Pastas Governamentais e, indiretamente, às sociedades e fundações.

Não parece dúvida que os diretores de sociedade e fundações integrantes da Administração Estadual Indireta, pouco importando sejam ou não empregados da própria sociedade ou fundação a cuja direção foram guindados, ou de outra, não fazem jus à percepção de gratificação natalina ou de qualquer outra do estilo, mesmo que hajam — se assim lhes foi facultado — optado por perceber como honorários importância equivalente ao seu salário, se empregados eram.

Diz-se **não fazem jus** porque nenhuma norma constitucional ou legal lhes outorga tal direito, sabido que a sua remuneração, em nenhuma hipótese, se rege pelo Direito do Trabalho.

A única exceção a tal conclusão encontra-se na hipótese de, mediante norma estatutária ou ato idôneo da assembléia geral no caso das sociedades anônimas ou do órgão ou autoridade competente, em cada fundação, se haver estabelecido expressamente a vantagem. A adoção de tal norma, entretanto, ou a sua não-extirpação dos Estatutos, se lá constasse, ou de outro ato que a contivesse, após fixada a orientação governamental comunicada aos Secretários de Estado pelo ofício do Chefe da Casa Civil de 13.10.81, confirmado pelo de 11.3.82, e expressa amplamente na Ordem de Serviço nº 25-83/87, de 26.7.83, constituiu sem dúvida desobediência frontal a expressas determinações do Chefe do Poder Executivo.

Ressalve-se, todavia, que, assim como **não há direito** a tais gratificações, igualmente não há norma legal ou constitucional que impeça a adoção de critérios remuneratórios mais amplos que aqueles atualmente determinados pelo Chefe do Poder Executivo, desde que este, mediante instruções aos Secretários de Estado, no caso das sociedades de economia mista e de algumas fundações, ou por outros procedimentos, em relação a outras fundações (não há uniformidade no tratamento estatutário da matéria), autorize ou estabeleça tais outros critérios. Os limites para tanto encontram-se nas áreas da conveniência e da moralidade, apenas, e não na área jurídica. Fixado, porém, um critério, impõe-se a obediência ao mesmo por todos os representantes do acionista controlador, no caso das sociedades, e pelos órgãos das fundações competentes para fixar a remuneração dos respectivos diretores, no caso destas.

Os elementos trazidos acima à luz e as ponderações feitas a propósito dos mesmos, considerados também os pronunciamentos anteriores desta Casa, permitem alcançar as seguintes conclusões:

1. É antiga, reiterada e constante a orientação jurídico-administrativa do Estado no sentido de que os diretores de sociedades de economia mista e fundações integrantes da Administração Indireta são órgãos dessas entidades.

2. Como tais, regem-se pela legislação pertinente à direção de sociedades anônimas e de fundações, respectivamente, e pelos estatutos da entidade, e não por normas relativas à relação de emprego que eventualmente mantinham com a mesma Entidade ou com outra, relação essa que fica suspensa enquanto investidos como diretores.

3. Não fazem jus, portanto, à gratificação natalina ou a outras gratificações de natureza trabalhista ou de outra qualquer, a não ser que norma estatutária ou outro ato idôneo do órgão competente da sociedade ou fundação assim o estabeleça; o chamado 13º salário desde outubro de 1981 e outras desde julho de 1983 deveriam, entretanto, ter sido supressos em razão de expressas determinações governamentais, e isso ainda que se tratasse de diretor que, guindado a essa condição quando empregado, houvesse optado por ter seus honorários fixados em valor correspondente ao salário mensal que perceberia.

4. Não está vedado, entretanto, ao Governador do Estado, alterar a orientação traçada anteriormente e que ainda vige, uma vez observados os aspectos de conveniência e oportunidade; as gratificações, bonificações e outras benesses que, observados os trâmites legais e estatutários, vierem a ser concedidas aos diretores, entretanto, jamais se regerão pelo Direito do Trabalho.

Ao trazer o assunto à elevada apreciação e discernimento de Vossa Excelência colho o ensejo para manifestar-lhe o meu respeito.

Processo nº 00317-08.00/85-CC
n.07937-24.00/82-SEA

Acolho a orientação traçada no Ofício nº 114/P-137 do Senhor Procurador-Geral do Estado, que, examinando matéria relativa à concessão de gratificação natalina, ou importância equivalente, a diretores de sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público Estadual, reitera tradicional entendimento jurídico-administrativo no sentido de que tais diretores, mesmo que empregados de tais entidades a cuja direção foram, eventualmente, guindados, não fazem jus à percepção de gratificação natalina ou de qualquer outra no mesmo estilo, ainda que hajam optado pelo recebimento, a título de honorários, de importância equivalente ao salário, eis que, constituindo-se em órgão dessas pessoas jurídicas, seus diretores regem-se pela legislação pertinente à direção de sociedades anônimas e de fundações, respectivamente, e pelos estatutos da entidade, restando suspensos os efeitos da relação trabalhista.

Queira o Senhor Chefe da Casa Civil fazer chegar cópia dessa orientação a todos os Secretários de Estado que tenham, sob sua supervisão, sociedades de economia mista ou fundações.

Preliminarmente, porém, à Procuradoria-Geral do Estado, para as anotações de praxe.

Em 27-02-86.

Jair Soares
GOVERNADOR DO ESTADO

PREVIDÊNCIA SOCIAL COMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS, HOSPITALARES E AMBULATORIAIS

NEY DA GAMA AHRENDTS
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça
do RS.
Professor da Faculdade de Direito da UFRGS.
Professor da Escola Superior do Ministério Público.

PARECER

"O advogado não depende mais do que de si mesmo. É o homem livre em toda a extensão da palavra. Sobre ele pesam tão-somente serviços voluntários.

Autoridade alguma exterior detém sua atividade individual.

A ninguém dá conta de suas opiniões, de suas palavras, de seus atos. Sobre sua cabeça não pende outra autoridade que a da lei" (RAYMOND POINCARÉ).

I — A CONSULTA

O HOSPITAL CLÍNICAS DR. LAZZAROTTO LTDA., entidade de direito privado, sediada em Porto Alegre, na Av. Assis Brasil, 1616, havendo celebrado com a benemérita Caixa dos Advogados do Rio Grande do Sul, em 23 de dezembro do ano transato, contrato para prestação de serviços médico-hospitalares e ambulatoriais, complementares à Previdência Social, colocando à disposição dos profissionais anuentes e seus dependentes legais, os serviços especificados, dirigiu pergunta ao signatário, para colher entendimento sobre o reajuste do preço combinado, tendo presente a nova sistematização monetária instituída no Brasil, pelo Decreto-lei nº 2.283 de 27 de fevereiro do corrente ano, corrigido e aperfeiçoado pelo Decreto-lei nº 2.284 de 10 de março de 1986, anexando cópias do pacto e plano de hospitalidade.

O primeiro dado a enfrentar consiste na posição do consultado, advogado inscrito sob o nº 1.588 na Seção do Rio Grande do Sul da OAB, membro efetivo do Tribunal de Ética Profissional, embora não integrante do Conselho.

Como a matéria não tem expressão genuinamente ética, abarcando interpretação contratual, inexistente impedimento vedando a atuação do signatário, ou com força capaz de cercear a elaboração de parecer, de resto destituído de caráter vinculativo, expressando, tão-somente, a opinião do subscritor.

Indispensável a referência, porquanto inadmissível posição advocatícia em parecer, que se emite após reflexão e fica submetido ao exame dos interessados e dos doutos.

Isto posto, passa a estudar o assunto mais detidamente, em tópicos ordenados, para mais clara exposição técnica.

II — À GUIA DE PRELIMINAR

Assim como a Lei nº 4.215/63 preceitua que o advogado não se deterá diante das repercussões sociais da causa, assegurando-lhe independência, o parecerista jamais pode buscar um fim adrede preparado, formalizando uma exegese de encomenda.

A espécie tem origem no impacto proveniente de dificuldades sérias, avolumadas e graves, dir-se-ia metastásicas no organismo sócio-econômico do país, com inflação flageladora, por largo tempo, e nos últimos meses de grande intensidade, causando perplexidade e descrença, quando o Governo, em atitude preventiva, que empolgou a população, resolveu alterar o regramento econômico, com medidas enérgicas que, posto discutíveis nos elevados planos das ciências Econômica e Jurídica, agradaram o homem comum e até os culturalmente diferenciados, alentando o cidadão desgastado pela cansativa espera de providências heróicas, com energia suficiente para delir a violenta oscilação dos preços dos bens de consumo e serviços essenciais à vida.

Como brasileiro afeiçoado ao bem comum, alinha-se o signatário dentre os milhões de compatriotas desejosos do êxito integral das medidas governamentais.

Cuida-se, porém, de avaliar decretos-leis, e isso não se compatibiliza com colocações emocionais, devendo redundar do aprofundamento de motivações e princípios jurídicos vigentes, sem os quais a conclusão não teria qualquer sentido.

Quem se lança à exegese do contrato moderno, colorido de regras socializantes e vazado em formas ditadas pela dinâmica das relações sociais, conhece pactos de adesão, coletivos, obrigatórios e regulamentados, sobre os quais dissertou eruditamente ORLANDO GOMES, em sua preciosa monografia "Transformações Gerais do Direito das Obrigações".

O insigne civilista explica o contrato coativo, ditado, imposto e forçado, como ato sem o pressuposto do livre consentimento das partes.

Destaca que os pactos impostos se encontram no direito laboral, no transporte, no seguro, na prorrogação compulsória das locações, etc.

A outra categoria "a latere" da compreensão típica (a do contrato necessário), não constitui novidade, a exemplo do penhor legal dos hospedeiros, dos depósitos por ocasião de calamidades e outros nascidos do alargamento da intervenção estatal no domínio econômico.

No contrato coativo, irrelevante a declaração pessoal, a parte mais fraca cede ou não obtém o resultado, pois é autoritário e independe de vontade negocial, como o fornecimento de luz, concessão de transporte coletivo e outros.

Quanto aos vínculos de adesão, despidendo demorar-se neles, já que ampliados desmedidamente na vida atual, mostrando que o contraente mais débil tem duas opções: aceita as condições impostas ou não celebra negócio algum.

Em verdade, a caracterização do contrato na moldura clássica vem perdendo substância, assim como a liberdade absoluta de contratar.

Ocorre, porém, que nos moldes privados mais comuns, a economia da avença revela a bilateralidade, comutatividade, onerosidade e liberdade, formando um ato jurídico perfeito, no qual os contraentes buscam recíprocas vantagens e assumem deveres equilibrados, representados pela equivalência da prestação com a contraprestação.

Ofendida a comutatividade, pode surgir o desequilíbrio, o descumprimento e os prejuízos que, ao fim e ao cabo atingem todos os partícipes, com toda a gama de males que seria fastidioso repetir.

Convém anotar, por fundamental, embora no momento próprio será discutido o problema, as coisas mudam com a incidência de normas cogentes e de ordem pública, surgidas após a contratação, inobstante o trato sucessivo e dependência do futuro.

III — O ATO JURÍDICO PERFEITO

Vai além da lei ordinária a defesa do ato jurídico ultimado, com objeto lícito, partes legitimadas e forma não defesa em lei, porquanto se o Código Civil, na introdução (art. 6º) determina que a lei em vigor tenha efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, mas o parágrafo primeiro reza:

"Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou".

Na Constituição, advém a proteção da regra do parágrafo terceiro do artigo 153:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Esta proteção, contudo, impede ser examinada com cautela. BARBALHO (Comentários à Constituição Federal Brasileira de 1891, edição de 1902), ao mencionar que a lei não podia prejudicar o cidadão, aplicando-se a fatos passados antes dela, em forma a gerar a opressão e a tirania, ponderou:

"Mas, porquanto a proibição de leis retroativas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuais, não há motivo para que ella prevaleça em casos nos quaes offença não lhe é feita, a retroacção é proveitosa ao bem geral; e eis porque tem pleno effeito com relação a factos anteriores."

Isto foi escrito no princípio do século, e afina com o entendimento de MAXIMILIANO, em seus Comentários à Constituição Brasileira, edição de 1929, pág. 271, n.º 203.

O exímio constitucionalista lembra que as leis políticas, constitucionais ou orgânicas, aplicam-se aos fatos atuais, embora iniciados sob o domínio da lei anterior, e cita um caso americano ilustrativo:

"Na América do Norte foi julgado regular, pela Corte Suprema, que um privilégio por vinte e cinco anos, prohibisse as loterias que implicitamente annullasse a concessão, por meio de emenda ao estatuto fundamental vigente (Caso Stone Versus Mississipi, apud TAYLOR — Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court, 1905, pág. XLIV, do Prefacio)".

Então, a presença de preceito de ordem pública não é dado inócuo em tema de aplicação da lei.

É preciso considerar, também, *in casu*, a redação contratual em época de aguda inflação, contendo os mecanismos e salvaguardas usuais, tementes as partes das consequências da desvalorização monetária, tanto mais que os trabalhos e serviços contratados não são apenas de medicina, mas formam obrigações

complexas, com apoio logístico de burocratas, enfermeiros, terapêuticas várias, remédios, salários, hospedagem etc.

Ao primeiro súbito de vista poderia alguém, simplistamente, dizer que "pacta sunt servanda", vedados aos decretos-leis efeito retro-operante.

Tal colocação se mostra indefensável, "data venia".

Ninguém deve esquecer que uma das partes é uma caixa de assistência ligada à Ordem dos Advogados, e ela, na lição doutíssima de RUY CIRNE LIMA, é entidade autárquica e, especificamente, uma corporação de disciplina profissional.

Em parecer publicado em "As Razões da Autonomia da Ordem dos Advogados do Brasil", do Egrégio Conselho Federal, em 1975, dentre os vários trabalhos transcritos, consta o do grande jurisperito gaúcho, a fls. 81 e 82, afirmando a condição autárquica em sólida argumentação:

"Não se muda, por isso, a sua condição de entidade autárquica.

A Ordem dos Advogados do Brasil, assim estruturada, é "serviço público federal" (artigo 139, Lei n.º 215 cit.) "com personalidade jurídica" (art. 1º, Lei n.º 4.215 cit.), abrangida, como tal, ou seja, como "serviço estatal descentralizado", na noção de entidade autárquica, aceita ao nosso direito positivo (Princípios cit., § 8, n.º 2, pág. 62).

Ao depois, posto prevalente, não há direito adquirido contra ordem pública, como se há de ver no tópico subsequente.

IV — OS CONTRATOS E A LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE DE ORDEM PÚBLICA

Realmente, os contratos formalizados e vigentes definem direitos e obrigações.

As normas cogentes (ditas retroativas) têm incidência imediata, sem ofensa a direitos tidos como adquiridos, se envolvem a ordem pública.

Conquanto tormentoso definir ordem pública, para muitos termo vago e impreciso, o exato é que as leis de ordem pública estabelecem princípios cuja manutenção se considera indispensável à manutenção da vida social segundo os preceitos do direito, tendo como característica principal a inderrogabilidade (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES — Comentário Teórico e Prático à Lei de Introdução ao Código Civil, edição de 1943, volume I, pág. 33, n.º 7).

Na espécie nem interessa a destrinça entre norma cogente e norma de ordem pública, já porque os preceitos da última sempre se revestem do cunho da primeira, devendo portar força de coação, o que se tem como regra social necessária e essencial.

A ordem pública é integrada de normas de caráter jurídico, e seu relevo próprio reside em que, havendo violação, a ilicitude subsiste mesmo onde exista contrariedade, não a uma norma específica, mas a um princípio geral dedutível de um sistema de regras imperativas (F. SANTORO PASSARELLI, Teoria Geral do Direito Civil, tradução portuguesa de 1967, pág. 153).

Lembra VICENTE RAO (O Direito e a Vida dos Direitos, vol. I, tomo II, pág. 451/2, n.º 296):

APLICAÇÕES DO PRINCÍPIO AO DIREITO PÚBLICO EM GERAL — Mas, normalmente, não se pode dizer que todo direito público retroage.

Vem a propósito, nesse sentido, o comentário de PONTES DE MIRANDA: "A cada passo se diz que as normas de direito público-administrativo, processual e de organização judiciária — são retroativas, ou que contra elas não se pode invocar direitos adquiridos. Ora, o que acontece é que tais normas não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. E o efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal. Já no direito privado, o efeito imediato nos deixa, por vezes, a ilusão da retroatividade. O que se passa no direito público é que esses casos de só aparente retroatividade são a regra."

Quanto aos direitos obrigacionais, em predominando interesses individuais, a sujeição à lei sob cuja vigência se verificarem, vale como regra.

Se uma obrigação, contudo, passa a ter o caráter que dantes não possuía, isto é, ganha densidade social dominante, como aconteceu no contrato de trabalho, a nova norma jurídica passa a disciplinar os efeitos de pactos anteriormente constituídos (op. cit. vol. II, tomo I, págs. 463/4).

O douto autor lembra o Decreto nº 22.626, de 02.04.1933, que disciplina os juros contratuais, mandando aplicar a limitação, expressamente, aos contratos existentes ou ajuizados na data em que o decreto entrou em vigor (art. 3º).

Em idêntico sentido, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA (Teoria da Imprevisão, edição de 1958, págs. 338/343), fazendo menção à redução dos juros contratuais, lei do reajustamento econômico, moratórias e outras providências, afirmando a presença de

"Profunda alteração no nosso sistema jurídico, quanto aos princípios clássicos da liberdade e da irretratabilidade das convenções".

Aliás, frente à agudeza dos dramas sociais, reclamando pronta resposta, vem ganhando saliência o Poder Executivo, cujo crescimento marca constante o direito constitucional da atualidade, como B. MIRKINE GUETZEVICH (As novas tendências do Direito Constitucional, tradução de Cândido Mota Filho, edição de 1933, pág. 295):

"A tendência das recentes revisões constitucionais nos Estados da Europa Nova para um reforçamento do Executivo estabelece um problema mais geral — o do poder forte na democracia. É o problema do primado político (e não constitucional) do Executivo".

Este rumo incontestável é reforçado após o segundo conflito mundial.

Em nosso direito, a Constituição, no artigo 55, mune o Presidente da República de poderes para expedir decretos-leis, envolvendo segurança nacional, finanças públicas e normas tributárias.

Que o poder de legislar através de decreto-leis e leis delegadas implicou instrumental de reforço ao Executivo, chegando a atingir o Legislativo com a bipartição, é nota observada nos Comentários de PAULO SARASATE (A Constituição do Brasil ao alcance de todos, edição de 1967, pág. 323).

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, 3ª edição, 1983, Coimbra, pág. 657), depois de dizer que em Portugal os decretos-leis foram utilizados desde 1911, escreveu:

O legislador constituinte de 1976, não obstante a prática abusiva dos decretos-leis verificada durante o regime fascista, parece ter con-

siderado os decretos-leis como um instrumento ineliminável do Estado Democrático."

Evidente, assim, devam satisfazer exigências ditadas por situações de urgência, necessidade, excepcionalidade.

Na análise do contrato, verificada a norma de ordem pública, de nada serve argumentar em contrário com a boa-fé das partes, eis que na delimitação negativa da boa-fé estaria a distinção dela, dos bons costumes e da ordem pública "ut" ANTONIO MANOEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO (Da boa-fé no Direito Civil, vol. II, ed. 1984 — Coimbra, pág. 1208, nº 113).

De outra banda, conforme já se disse, posto dissintam os doutores sobre a conceituação da ordem pública, consoante leciona DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE (Do contrato, edição de 1969, pág. 39), asisada a lembrança de MOURLON E KAISER, no sentido de confiar ao juiz a missão de verificar o conteúdo da norma, para encaixá-la ou não nos lindes da ordem pública.

Aqui, frente aos decretos mencionados, acertada a frase de MOURLON, buscando definir a ordem pública:

"Ces choses se sentent plus qu'on définit."

Qualquer reajuste, além de parâmetros decretais, fica fora de cogitação, salvo fazendo tábula rasa de quanto se disse anteriormente.

Caso, todavia, o tempo revelasse ofensa mortal à comutatividade, com excessiva onerosidade, dois seriam os caminhos: cessação do ajuste ou discussão judicial.

E, em semelhante hipótese, estaria atendido o princípio da ordem pública e do bem comum, avesso ao enriquecimento ilícito, que é proibido pela lei.

Não se vê como ladear ou desaplicar a norma vigente, que é indisputável ordem pública, vez que rege sistema monetário, seguro-desemprego e outras providências de matéria fundamentalmente social, com vistas ao bem comum, o que afasta qualquer fundamento privatista.

Mais ainda, o contrato em exame porta características daqueles que a doutrina qualifica de complexos ou mistos, encerrando a combinação de vários contratos simples reunidos numa avença global (LUIZ DA CUNHA GONÇALVES — Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro, vol. II, pág. 527, edição de 1951).

Basta medir o feixe de deveres e obrigações que vinculam as partes, conforme antes ponderado.

Sobre este tipo, vale apontar a lição de KARL LARENZ (Derecho de Obligaciones, tomo II, edição espanhola de 1959, pág. 9):

"Contrato consistente en la combinación de varios tipos. A este grupo correspondem los contratos integrados de varias prestaciones pertinentes a diferentes tipos de contratos, pero unidas entre sí o combinadas em forma que ninguna aparece por sí sola como prestación principal.

Así, el contrato, precisamente discutido, de hospedaje además, el contrato de obra nueva que tiene por objeto la elaboración o fabricación de una cosa no fungible con materiales a suministrar por el fabricante (§ 651, p. I, 2º caso)."

Quem fizer o exame detalhado do contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares, cuja interpretação se pede, vai verificar que ele tem tal complexidade estrutural que contém, inclusive, obrigações de meio e obrigações de resul-

tado, divisão esta que se atribui a DEMOGUE e representa notável progresso na exata determinação do objeto e do ônus da prova.

Nas obrigações de resultado, obriga-se o devedor a realizar um fato determinado e alcançar certo objetivo, como é exemplo o contrato de transporte; nas de meio, o devedor obriga-se a empregar a diligência e prudência para atingir a meta perseguida, de que é exemplo típico a obrigação do médico face ao enfermo, que não vai a ponto de obrigá-lo a obter a cura. (Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações I, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, edição de 1968).

O parecer pedido ao signatário implicou uma atividade de qualidade de integração do pacto no sistema, já que a ordem jurídica não é desconjuntada, e sim harmônica.

FRANCESCO FERRARA (Interpretação e Aplicação das Leis, tradução portuguesa, edição de 1934), redigiu um tópico no capítulo de determinação do sentido das normas jurídicas que se passa a repetir:

"De todo o trabalho de organização sobre a matéria jurídica é construção. Analisado um instituto, diferenciados os seus elementos segundo os respectivos caracteres internos, extraídos os princípios que estão na base das várias disposições, o jurista procede mais alto na sua obra de concentração e de síntese, determinando as notas essenciais que individualizam tal instituto, e reconduzindo-o a uma categoria mais geral, de onde recebe luz e desenvolvimentos.

Deste modo as figuras jurídicas se subordinam umas às outras, agrupando-se em tipos próprios; outros tipos, com numerosas variedades, se contrapõem; e todos se recolhem e conjuntam num organismo jurídico único — o sistema."

Em suma, tudo se reduz a uma interpretação sistemática, que não negue direitos, nem os afirme sem base razoada.

V — BASES DA CONTRATAÇÃO

O pacto de atendimento médico-hospitalar e ambulatorial, complementar da Previdência Social, disciplina dois planos e minudência a internação hospitalar, o atendimento médico, a assistência odontológica, os serviços ambulatoriais, as consultas, tudo com clareza e precisão, sendo de repetir, sinteticamente, o objeto e o prazo:

"O presente instrumento é um contrato de prestação de serviços médico-hospitalares e ambulatoriais complementares àqueles não custeados pela Previdência Social aos ADVOGADOS e seus dependentes.

O presente contrato terá a duração de um ano a contar desta data e será automaticamente renovado, por prazo indeterminado, podendo, após, vir a ser rescindido em qualquer época e por qualquer das partes mediante prévia comunicação escrita com antecedência de TRINTA (30) dias, não cabendo nenhuma indenização ou ressarcimento às partes."

As condições de pagamento foram tratadas na cláusula oitava, e basicamente podem ser resumidas na transcrição infra:

"A CAIXA DE ASSISTÊNCIA compromete-se a transferir os valores recebidos dos associados através de fatura mensal, sendo tais

valores correspondentes ao número de ADVOGADOS inscritos, de acordo com a cobertura e plano escolhido e conforme tabela anexa, reajustável semestralmente em 01 de maio e 01 de novembro de cada ano, conforme variação das ORTNs."

Houve, portanto, expressa convenção para reajustamento semestral, em 01 de maio e 01 de novembro de cada ano, a teor da variação das ORTNs.

VI — DISCIPLINA LEGAL

O artigo 6º do Decreto-lei nº 2.283/86 determina que a ORTN passe a denominar-se Obrigação do Tesouro Nacional (OTN) e seu valor é de Cz\$ 106,40, inalterado até 01 de março de 1987. Logo, não há mais ORTN.

A idéia central, básica e nuclear do decreto é a da paralisação dos preços, com vistas a combater eficazmente a inflação e conseguir a estabilidade monetária.

O artigo 10 do decreto, que é a regra fundamental, estatui:

"As obrigações pecuniárias anteriores a esta data e expressas em cruzeiros, com cláusula de correção monetária, serão reajustáveis até esta data nas bases pactuadas e assim convertidas em cruzados pela paridade do parágrafo primeiro do artigo primeiro deste decreto-lei."

Dir-se-á que a expressão "obrigações pecuniárias" não foi a mais feliz, em termos de abrangência, pois existem obrigações de dar coisa certa, coisa incerta, obrigações de fazer e não fazer, obrigações alternativas, facultativas divisíveis e indivisíveis, solidárias, naturais, principais e acessórias, líquidas e ilíquidas e condicionais, modais e a termo.

Parece lógico, contudo, que as obrigações inseridas no contrato têm conteúdo pecuniário, continham cláusula de correção monetária que inexistia e são transformáveis em cruzados, porque não existe mais outra moeda.

Então, é impraticável outra disciplina, fora desta que com certa falta de técnica, encerra o artigo 10.

Agora, é forçoso cotejar este artigo do decreto de fevereiro com a redação dada pelo de 10 de março no tópico "da conversão das obrigações".

Com respeito a elas, o artigo 9º adotou a redação seguinte:

"As obrigações pecuniárias anteriores a 28 de fevereiro de 1986 e expressas em cruzeiros, com cláusula de correção monetária, serão naquela data reajustadas "pró-rata", nas bases pactuadas e em seguida convertidas em cruzados na forma do parágrafo primeiro do artigo 1º."

Por esta regra, as obrigações anteriores a 28 de fevereiro, expressas em cruzeiros com correção, não podem mais ser reajustadas em ORTNs, ou porque deixaram de existir ou por proibição do decreto de ordem pública.

Mas, naquela data, o decreto-lei manda reajustar pró-rata, nas bases pactuadas, e com conversão em cruzados.

A expressão "pró-rata", é a síntese da latina "pro-rata parte", significando proporção, proporcionalmente ou à proporção (De Plácido e Silva — Vocabulário Jurídico, vol. III, pág. 1246).

Este autor prossegue explicando:

"Pro-rata" quer exprimir a cota, a parte ou a porção, que resulta de uma divisão ou repartição proporcional, para indicar o que se deve, nessa base, pagar ou receber.

Significa, portanto, a parte que cabe ou com que se deve contribuir, proporcionalmente."

Mas, o decreto ainda mandou observar as bases pactuadas, ou seja, não se pode antecipar qualquer reajustamento, antes da data em que ele, pelo contrato, seria viabilizado, sob pena de subversão da regra imperativa, cogente e de ordem pública, ferindo aqueles princípios que juridicamente são tidos como obrigatórios.

VII — UMA OBSERVAÇÃO INDISPENSÁVEL

Caso não fosse aprovado o decreto-lei, o que se diz apenas para argumentar, as suas disposições deixariam de ter eficácia.

Do mesmo modo, sobrevindo, por infelicidade, inflação significativa, que perturbasse a comutatividade, tornando impossível a prestação convencionada pelo Hospital, a única solução viável seria a revisão do contrato, na via judicial, pela onerosidade, já que de acordo com a Carta Magna, artigo 153, § 4º, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, mas isso seria o exercício do direito de ação perante o poder do Estado competente.

VIII — RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO PROPOSTO

Encerrado o exame da matéria suscitada pelo Hospital consultante, impõe-se a resposta ao tema central cuja análise foi pedida.

E, sintetizando a resposta, imperioso destacar o seguinte:

- a) os decretos-leis mencionados têm aplicação imediata e geral e atingem os contratos em curso;
- b) a tônica interpretativa, tendo em vista, inclusive, a base constitucional, é a fixação dos preços e valores, fazendo cessar a maré e o fluxo da inflação, no interesse coletivo;
- c) a contratação, além de envolver um órgão de uma autarquia federal, ainda encerra matéria de interesse social, complementar à Previdência Pública;
- d) não é possível, em qualquer cálculo, deixar de lado a data inicial do reajuste, pois o decreto manda observar as bases pactuadas, e uma delas é o termo inicial (01 de maio);
- e) objetivando, parece ajustado ao regramento cogente, estabelecer o reajustamento pro-rata, observando-se a data do contrato de 28 de fevereiro e incidindo o reajuste em "cruzados", de 01 de maio até o termo final do prazo estabelecido no decreto, sem qualquer outro reajuste.

Este é o meu parecer, salvo o juízo dos doutos.

PORTO ALEGRE, 26 de março de 1986.

Este parecer dado ao Hospital Clínicas Dr. Lazzarotto Ltda., foi lançado em 18 folhas, sendo assinada a última e rubricadas as 17 anteriores.

IMPOSTO E ASSISTÊNCIA SOCIAL

RUY BARBOSA NOGUEIRA
Professor Catedrático e Presidente do IBDT/USP

CONSULTA

Os ilustres juristas Dr. Francisco Regis Cayres Pinto e Carlos Nasser, em nome da FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SINHÁ JUNQUEIRA, anexando os Estatutos dessa entidade e;

Por xerox os vários autos de infração e as peças dos autqs de execução fiscal para cobrança de ICM, multas, correções monetárias, juros e demais acréscimos contra essa instituição de Assistência Social, nos honram com pedido de estudo para, de acordo com nossa convicção, darmos parecer sobre a legalidade ou ilegalidade de tais atos fiscais.

Esclarecem em seu pedido formal de 18.9.85 e comprovam, mediante completa documentação oficial, inclusive com texto integral de acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal, que desde sua fundação, esta instituição foi e é reconhecida como de Assistência Social.

Como tal, encontra-se subsumida nos preceitos do art. 19, III, "c" da Constituição da República e no fiel cumprimento de todos os requisitos constantes do art. 14, item I, II e III do Código Tributário Nacional, em razão do que nem aos legisladores ordinários é permitido instituir qualquer imposto que incida sobre o patrimônio, as rendas ou os serviços desta instituição, porque todos estes são afetados à direta promoção e custeio da Assistência Social, a qual é o seu único objetivo estatutário.

Após o exame de toda a documentação, pesquisas e estudo, elaboramos o parecer que se segue, com os fundamentos, a convicção e a fé de nosso grau.

PARECER

A imunidade ou exclusão de qualquer "Imposto". O Imposto como captação de riqueza e a soberania do alcance da absoluta proibição que o poder constituinte estatuiu para que nenhum imposto possa ser criado sobre o patrimônio, as rendas e os serviços das Instituições de Assistência Social".

I — É elementarmente sabido que dentre as espécies dos tributos, que são os impostos, as taxas e as contribuições, o IMPOSTO é o mais oneroso para o contribuinte e desvinculado de qualquer contraprestação individualizável por parte do Estado. Esta conceituação está mesmo contida na própria qualificação normativa do Código Tributário Nacional, o qual reza:

Art. 16 — IMPOSTO é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Enquanto a taxa é contraprestacional; a contribuição de melhoria indenizatória de custos e as contribuições para-fiscais são custeios de prestações, o imposto fiscal ou arrecadatório é apenas captação de riqueza na razão da capacidade econômica do contribuinte.

O imposto é mais oneroso do que a própria desapropriação, porque esta, embora implique a perda da propriedade, o expropriado é reposto em seu patrimônio pela indenização ou justo preço.

II — Assim sendo, isto é, sendo o imposto uma sangria no patrimônio, nas rendas e nos resultados dos serviços dos jurisdicionados, na razão ou proporção de sua capacidade econômico-contributiva, não seria possível que o Estado, de um lado reconhecesse e desse conformação jurídica e mesmo exortasse o advento de "instituições de assistência social" sob as condições onerosas de entregarem, antes de qualquer imposição, todo o seu patrimônio, rendas e serviços a título de imposto IN NATURA e IN LABORE, ainda pudesse exigir-lhes, além desses 100%, mais ainda, e como BIS IN IDEM ou CONFISCO, impostos em dinheiro, de maneira direta ou eventualmente indireta, e mais todos os ônus das obrigações acessórias decorrentes de adiantamentos de impostos, autolançamentos e escriturações do imposto, guias de recolhimento, etc.

Quaisquer exigências de impostos, quer economicamente chamados de diretos ou de indiretos, mais os ônus das respectivas obrigações acessórias e os riscos das multas, moras, juros, correções monetárias e adicionais, seriam DESFALQUE à ASSISTÊNCIA SOCIAL.

III — Por tudo isso, e para impedir tais desfalques, o Constituinte, por meio de normas da suprema hierarquia vertical das leis, estatuiu, sem qualquer restrição a imposto direto ou indireto, literalmente a todos os legisladores das diferentes esferas políticas da Federação, a seguinte, absoluta e imperativa PROIBIÇÃO:

Art. 19 — **É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:**

III — **Instituir IMPOSTO sobre:**

c) o patrimônio, a renda ou os serviços... **de instituições... de assistência social, observados os requisitos da lei;**

IV — Esta lei, com o caráter de lei paraconstitucional e de aplicação direta desses dispositivos constitucionais e ainda com fundamento no § 1º do art. 18 da Constituição é o Código Tributário Nacional que, como já esclareceu com toda procedência o atual Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, nem a lei complementar poderia discriminar ou restringir quais impostos estariam ou não dentro dessa imunidade, pois a Constituição não fez nenhuma distinção entre impostos diretos ou indiretos (RT 533/241). Seria inconstitucional se fizesse tais restrições. À LEI COMPLEMENTAR coube estabelecer, como estabeleceu, apenas e tão só, os REQUISITOS a serem "observados", os quais estão sendo rigorosamente cumpridos pela ora Consultante, nos seguintes termos:

Art. 14 — O disposto na alínea "c"... é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I — não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II — aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III — manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º — Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º — Os serviços a que se refere a alínea "c" do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

V — Portanto, sem sombra de dúvida, nem a Constituição, nem a lei complementar permitiram, como não permitem, que o legislador faça, ou possa fazer, qualquer discriminação entre imposto direto ou indireto para efeito de fraudar ou limitar a IMUNIDADE como categoria constitucional que é, contra quaisquer impostos.

A "classificação" teórica entre impostos diretos e indiretos não é, nem constitui nenhuma qualificação jurídico-normativa e muito menos constitucional de impostos, para que pudesse ser oponível à qualificação constitucional normativa dessas instituições, dos impostos ou do conteúdo e alcance da incidível e integral IMUNIDADE contra qualquer imposto.

VI — Observe-se ainda, e desde logo, que a cláusula do texto constitucional estatui a IMUNIDADE subjetiva para essas instituições e, para incluir nessa imunidade todo e qualquer imposto, estatui, de modo objetivo e exaustivo:

"É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios."

"instituir imposto sobre:"

"o patrimônio, a renda ou os serviços... de instituições de assistência social"...

Portanto, nenhum imposto, dos constantes de toda a cédula da especificação constitucional dos impostos existentes no Brasil, quer de qualquer outro imposto que venha a ser instituído, jamais pode ou poderá incidir, ser lançado ou exigido de tais instituições porque, sendo o imposto captação de riqueza do patrimônio, da renda ou do resultado dos serviços, não pode sequer ser instituído sobre essas situações ou relações fáticas constitucionalmente juridicizadas como assistenciais e imunizadas.

Assim, por exemplo, nenhum imposto pode ser instituído, seja de que espécie for, sobre os bens móveis, imóveis ou direitos deles decorrentes enquanto permaneçam, entrem ou saiam desse patrimônio IMUNE, quer por meio de venda, de compra, de doação, de dação em pagamento, de consignação, de comissão etc., de tal forma que esse patrimônio existente ou quaisquer mutações deste não são nem podem ser objeto de imposto, porque já estando ele integralmente afetado à manutenção da ASSISTÊNCIA SOCIAL, está imunizado contra quaisquer impostos.

Precisamente para afastar o erro crasso dos que, citando o art. 6º, § 1º, II do Decreto-lei nº 406/68, que nunca incluiu, como não poderia ter incluído nessa "imposição" as empresas ou usinas das instituições de Assistência Social, para pretenderem exigir ICM, mediante falsa "ANALOGIA" (seja facti, de legis ou de juris, mesmo porque o § 1º do art. 108 do C.T.N. proíbe o emprego da ANALO-

GIA, para exigir tributo não previsto em lei); basta a leitura do voto vencedor de Moreira Alves, no S.T.F., para se ver que esse sofisma já foi afastado(*). Com efeito.

No citado acórdão que se encontra integralmente publicado na RT 533, págs. 238 a 243, o notável humanista e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atual Presidente da Suprema Corte do Brasil, José Carlos Moreira Alves, deixou esclarecido e decidido, definitivamente do ponto de vista constitucional dessa IMUNIDADE, após aprofundadas e irresponsáveis premissas demonstrativas da desnecessidade de leis concedendo ou revogando isenção, porque a "vantagem" é estatuida pela CONSTITUIÇÃO; é gozo de IMUNIDADE. Este voto vencedor do Relator Ministro Moreira Alves é do seguinte teor:

"Não há, pois, que aplicar critérios de classificação de imposto adotados por leis inferiores à Constituição, para restringir a finalidade a que esta visa com a concessão de imunidade.

Nem se pretenda que a cláusula final — "observados os requisitos da lei" — da letra "c" do n. III, do art. 19, da C.F., permita a legislação complementar ou ordinária estabelecer, direta ou indiretamente, QUAIS OS IMPOSTOS ABARCADOS PELA IMUNIDADE E QUAIS OS QUE ESTÃO FORA DE SEU ÂMBITO.

Essa cláusula diz respeito NÃO A ISSO, mas, apenas, aos REQUISITOS que as instituições de educação e de assistência social devem preencher para que MEREÇAM O BENEPLÁCITO CONSTITUCIONAL. Por isso mesmo, o art. 14 do C.T.N., ao se referir a tais requisitos, se limita a determiná-los em relação ao que deve observar a instituição para gozar da vantagem constitucional... Em face do exposto... dou PROVIMENTO"...

VII — Como já vimos, o pagamento de imposto não cria para o Estado nenhuma obrigação de prestação específica ao contribuinte, isto é, o Estado, ao exigí-lo com base ou fundamento em seu JUS IMPERII somente capta sua participação na riqueza do particular segundo as regras da legalidade posta, quando, no caso, a legalidade IN CIVITATE POSITA, a partir das literais disposições constitucionais proibiu, ou vedou-lhe, a própria faculdade de criação de impostos sobre tal instituição porque, antes dessa imposição ou participação, ela já afetou toda sua riqueza à manutenção e custeio daquelas obrigações prioritárias do próprio Estado, numa posição mais altruística do que a daquele que paga a dívida de terceiro, pois este se subroga no direito do credor, enquanto a instituição de assistência social se satisfaz em só praticar os atos de utilidade pública, de benemerência ou de filantropia, auxiliando ao Estado e mitigando a carência da pobreza.

Se o Estado, dentro desse contexto pudesse dispor da mais onerosa espécie tributária que é o IMPOSTO, e pudesse qualificar tal instituição ainda como CONTRIBUINTE DE IMPOSTO (o que o texto constitucional proíbe), exigindo-lhe,

(*) É óbvio e transparente que o citado item II se referindo a "sociedades civis de fins não econômicos" não incluiu nem qualificou como contribuinte de ICM as fundações ou instituições de assistência social, com fins de utilidade pública, beneficentes e filantrópicas, mesmo porque se o tivesse feito, nesse particular, seria disposição nati-morta de decreto-lei, esboçada contra a literal estatuição proibitiva do art. 19, III, "c" da Constituição da República.

além dos 100%, dinheiro a título de imposto, estaria praticando escancarado CONFISCO, com o que destruiria as existentes e impediria o advento de instituições de ASSISTÊNCIA SOCIAL ao arripio, tanto da Constituição, como da legislação complementar que conformam a Carta Magna do Povo e das instituições de Assistência Social.

Com efeito.

A SENSIBILIDADE E A SOLIDARIEDADE DO SER HUMANO.

O SENSO COMUM DO DIREITO E A INTUIÇÃO DO HOMEM.

A CIÊNCIA E A CONSCIÊNCIA NA ARTE DE TRIBUTAR.

VIII — Qual o ser humano e, "a fortiori", qual o jurista ou humanista que seria tão insciente e empedernido que pudesse admitir que o Estado se prevalecesse da sua POTESTADE para legislar no campo impositivo e instituir, exigir ou retirar, a título de imposto e a desfalque do patrimônio, das rendas e dos serviços já afetados à assistência social para impedir, prejudicar ou desfalcar a assistência social?

IX — Não só pelo princípio da solidariedade, mas sobretudo da justiça social e da equanimidade, mas ainda pelo próprio senso comum do direito (commom sense in law), congênitos na intuição do ser inteligente ou humano, ou, ainda, com maior razão e reflexão, no saber e consciência dos que tenham elementares conhecimentos e experiência da ARTE DE TRIBUTAR, é óbvio que "as instituições de assistência social", como entidades sem fins lucrativos, ou melhor, com fins de utilidade pública, beneficentes ou filantrópicas são e estão excluídas de quaisquer impostos porque, o IMPOSTO, é apenas captação de riqueza do patrimônio, das rendas ou dos serviços autônomos ou profissionais dos particulares, em proporção do índice da respectiva capacidade econômico-contributiva.

Tais instituições não são empreendimentos econômicos e não têm nenhuma capacidade contributiva porque previamente afetaram toda sua riqueza àqueles fins estatais mais valiosos do que os impostos e, prioritariamente subrogatórios dos impostos.

Além de tais entidades não terem a natureza nem a qualificação jurídica de empreendimentos econômico-privados ou lucrativos;

Ao reverso, a sua qualificação jurídica é de entidades de utilidade pública, beneficentes ou filantrópicas, em razão da qual a própria Assembléia Constituinte, como representante do povo e dos cidadãos-contribuintes as declara, reconhece e constitucionalmente lhes outorga o STATUS DIGNITATIS de entidades IMUNES a quaisquer impostos.

As entidades assistenciais são e estão excluídas do alcance do próprio PODER IMPOSITIVO do Estado-Fisco e portanto da própria COMPETÊNCIA IMPOSITIVA de quaisquer dos legisladores ordinários da Federação.

X — Ora, se por meio da juridicização do poder, estatui o Poder Constituinte, dentro do DIREITO CONSTITUCIONAL, a IMUNIDADE de tais instituições em relação a qualquer imposto, é porque reconhece serem tais entidades os únicos contribuintes que, voluntária e institucionalmente, antes de qualquer imposição, já contribuem com todo o seu patrimônio, as suas rendas e os seus

serviços a título de IMPOSTO "IN NATURA" e "IN LABORE" ao ESTADO, que é TRIBUTÁRIO, precisamente para promover o bem-estar da comunidade.

XI — Mais ainda.

Tais instituições, além de fazerem antecipadamente toda essa doação de 100% ao Estado, submetem-se ainda a todas as condições onerosas e de controle estatal *nos termos da LEI*; e, ainda, oferecem ao DONATÁRIO todo o trabalho de gerir, administrar e aplicar, por conta própria e ordem do Estado, todo esse acervo que doam aos fins sociais a que, institucional e estatutariamente se propõem.

Não há dúvida que, em tese, ou teoricamente, o IMPOSTO se destina à cobertura das *despesas gerais do Estado* e quando o resultado dessa receita seja bem administrado e honestamente aplicado pode, e deve, em parte, atender à ASSISTÊNCIA SOCIAL.

XII — Entretanto, só no serviço burocrático de imposição, fiscalização e arrecadação dos impostos é notoriamente sabido que o Estado gasta a maior parte da própria arrecadação do imposto, porque, como ainda é sabido, a gestão estatal é a mais burocratizada, morosa e dispendiosa.

Quem quer que leia as obras monumentais sobre a história, a sociologia, a psicologia e a moral do imposto, como por exemplo:

A História de L'Impôt, desde a antiguidade até o futuro século XXI, de Gabriel Ardant (2 vols., edição Fayard, Paris, 1971); a Théorie Sociologique de L'Impôt, do mesmo autor (2 vols., edição S.E.V.P.N., Paris, 1965); a Teoria Geral do Imposto de Günter Schmolders (a 4ª edição de 1965 foi completamente atualizada, vide Allgemeine Steuerlehre, Duncker & Humblot, Berlim); Problemas de Psicologia Financeira de Schmolders e Dubercé (Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1965); de Moralidade, Segurança e Divisão de Poderes como Elementos do Estado de Direito (Sittlichkeit, Rechtssicherheit und Gewaltenteilung als Elemente des Rechtsstaats, de Wilhelm Hartz, edição Otto Schmidt, Colônia, 1959) ou ainda, todos esses verbetes, no melhor dicionário mundial de Direito Tributário e das Ciências Fiscais (Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften, 2ª edição, 1981, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Bonn, com a colaboração de 86 dentre os maiores autores, com 1500 verbetes);

Poderá constatar que nos países civilizados como o Brasil, cada vez mais se reconhece a magnificência das entidades de utilidade pública, beneficentes ou filantrópicas e a sua função benemerita, não só para a humanidade pobre, mas pela sua ajuda ao Estado Social-Tributário.

XIII — Como já vimos, se a entidade de Assistência Social já contribui com 100% de sua riqueza a título de impostos IN NATURA e IN LABORE e evita os gastos e até os desperdícios burocráticos do Estado, fazendo chegar, *efetiva e diretamente*, aos mais necessitados, a ASSISTÊNCIA SOCIAL que custeia;

É evidente que, instituir, impor e exigir direta ou indiretamente, *qualquer IMPOSTO* ou obrigações acessórias e onerosas do imposto em relação a tais instituições, não só constituiria CONFISCO por excederem os 100% que já oferecem ao Tesouro, mas DESFALQUE à ASSISTÊNCIA SOCIAL!

XIV — Esta foi, e é, a VALORAÇÃO AXIOLÓGICA acima e excludente do imposto, que a Assembléia Constituinte, sábia e tradicionalmente incluiu nas constituições da Federação, por meio de *estatuições proibitivas* no ápice da LEI

FUNDAMENTAL, excluindo o próprio PODER IMPOSITIVO dos legisladores ordinários, por meio da categoria jurídico-constitucional da IMUNIDADE dessas beneméritas instituições a *quaisquer impostos*, porque, antes da própria IMPOSIÇÃO elas já afetaram toda sua riqueza à assistência social, não subsistindo um centavo para ser *captado*.

Como a sabedoria da ARTE DE TRIBUTAR, desde os mais remotos tempos e procedentemente afirma: ONDE NADA EXISTE, ATÉ O SOBERANO PERDEU O SEU DIREITO AO IMPOSTO (wo nichts ist, hat selbst der Kaiser sein Recht verloren).

A compra de matéria-prima (cana em caule) para integrar o patrimônio da entidade de assistência social e produzir açúcar e álcool a ser vendido como parte de seu patrimônio e obter resultados destinados ao custeio da assistência social. Operações de compra e venda imunes do ICM.

XV — Vista a "ratio essendi" da absoluta proibição constitucional ou integral IMUNIDADE contra quaisquer IMPOSTOS em relação às instituições de ASSISTÊNCIA SOCIAL, vejamos se, por meio de *normas inferiores* ou mesmo por meio de considerações de ordem econômica circunstanciais, eventuais, aleatórias ou "a priori", seria possível ser exigido das instituições de ASSISTÊNCIA SOCIAL imunes, o imposto alcunhado de "indireto" e que pela *qualificação normativa-constitucional* (Constituição art. 23, II) não é indireto, porque diretamente *incide sobre as*

"operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes"...

XVI — Mais ainda.

Vejamos se, tendo o legislador estadual, baseado em convênio entre os Estados-membros, revogado a ISENÇÃO do ICM que era reconhecida e outorgada à ora Consulente (Decretos nºs 17.953/81 e 18.345/83) e criado o regime do "diferimento" da incidência sobre a fase da produção e venda da cana em caule que, como matéria-prima a Usina da ora Consulente adquire de terceiros, poderia esta instituição imune ser transfigurada em sujeito passivo (C.T.N. art. 121) e ao arripio da Constituição ser requalificada como "contribuinte responsável" (C.T.N., art. 121, parágrafo único e inciso II) para pagar o ICM que seria devido em razão da incidência na fase ou fases anteriores e acumuladas na venda do açúcar ou álcool por ela produzidos (de sua posse e propriedade e como parte integrante de seu patrimônio imune) e, ainda, por meio de segunda requalificação subsumida à categoria de *contribuinte* (C.T.N., art. 121, parágrafo único, inciso II), para ser obrigada a todas essas *incidências*.

XVII — É apodítico que nunca a instituição de assistência social precisou de qualquer "isenção" do ICM por parte dos convênios interestaduais ou de legislação de Estado-membro, inferior à Constituição, para não ser, como não é, *sujeito passivo* de qualquer imposto, seja a título de contribuinte, de responsável ou de substituto, porque a entidade assistencial sendo constitucionalmente IMUNE, está situada fora do campo de qualquer incidência de imposto. (Vide categorias especiais da técnica de tributação: incidência, não incidência, isenção e imunidade, cap. XI de nosso CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 5ª ed. Saraiva, 1980, págs. 169/179 e representação gráfica à pág. 172).

A *isenção*, como estatui o C.T.N. é apenas uma exclusão de *crédito* tributário, vale dizer, da *obrigação de pagamento* de imposto quando *devido* pelo contribuinte ou responsável, pois assim estatui o C.T.N.:

Art. 175 — *Excluem o crédito tributário:*

I — a *isenção*

XVIII — É óbvio que sendo a instituição de assistência social IMUNE a impostos e, em relação a ela não podendo nenhum legislador ordinário sequer instituir imposto; não podendo existir o *prius* da incidência em relação a ela, não precisa lhe ser dada "isenção" da obrigação ou crédito como um *posterius*, simplesmente porque nem aquele, como este, jamais existiram ou existem.

A "isenção" que lhe foi concedida não era sequer necessária porque *constitucionalmente* sempre esteve IMUNE e é sabido que a IMUNIDADE é uma NÃO INCIDÊNCIA, assim qualificada pela Constituição Federal e no caso com o reforço de uma *imperativa proibição constitucional* aos próprios legisladores ordinários.

A única explicação que se pode entender da idéia e inclusão da *isenção* na legislação revogada, como ensina o atual e maior mestre de Ciência das Finanças Públicas e de Direito Tributário da Espanha, Fernando Sainz de Bujanda, é a de que essa ISENÇÃO era, como foi, DIDÁTICA. Dirigia-se aos funcionários fiscais e aos contribuintes para lhes explicar que tais entidades de assistência social não deveriam, como não devem, ser obrigadas a contribuir com imposto em pecúnia.

O conteúdo desse ensino, embora por meio de ISENÇÃO desnecessária ou superfetação, continua no que contém de didático, isto é, que o próprio fisco reconhecia que tais entidades não podem ser contribuintes nem responsáveis por impostos em dinheiro (ICM), porque toda sua riqueza, antes de qualquer incidência, imposição ou captação estava, como continua, doada a título de imposto IN NATURA e IN LABORE ao próprio ESTADO.

XIX — Acontece, porém, que ao revogar a isenção despicienda, o fisco estadual ignorou as disposições constitucionais proibitivas e não só passou a exigir ICM sobre as vendas das mercadorias do patrimônio da ora Consulente, mas ainda criou o regime do "DIFERIMENTO", de tal forma que está inconstitucional e *exacerbadamente* exigindo dessa instituição imune, não só o ICM sobre a saída das mercadorias de seu patrimônio mas também está cobrando dessa instituição o IMPOSTO incidente até sobre a fase ou fases anteriores, cujos contribuintes só poderiam ser os produtores-vendedores da cana em caule ou intermediários dessas operações.

Assim, por meio do chamado "diferimento" da *incidência*, requalificou, *inconstitucionalmente*, a instituição imune, para efeito de considerá-la *duas* vezes como "sujeito passivo".

Primeiro a pagar o ICM *incidente* na fase ou fases anteriores, que seriam devidas pelos produtores ou intermediários, fornecedores ou vendedores de cana em caule, ou seja, como pretensão "sujeito passivo" da obrigação principal como "contribuinte responsável", enquadrando-a, inconstitucionalmente e à força, no item II do art. 121 do C.T.N., sob a falsa imputação de "substituto" ou *devedor de imposto devido* por terceiro.

Em segundo momento e, ainda, ao arrepio da Constituição, o fisco estadual a subsumiu novamente ao mesmo art. 121 (agora item I) e novamente como "sujeito passivo" com as vestes impossíveis de "contribuinte" direto. Esta segunda

inconstitucionalidade também é flagrante, pois é precisamente a *relação pessoal e direta* da instituição de Assistência Social com o fato ou situação que gera a "concreção" da *imunidade* subjetiva.

Como se vê, não só o convênio nada revogou, como nada poderia alterar em relação à imunidade, mas a legislação estadual afrontou a proibição literal da Constituição Federal, fazendo *incidir* e exigindo ICM da instituição de Assistência Social, tanto a título de *contribuinte* como a título de *responsável*.

XX — Qual a única e improcedente alegação "econômica" para assim a lei estadual fraudar os textos constitucionais?

Como se vê das autuações com multas, correções monetárias, juros e adicionais, mais execução, nada mais do que a vaga e falsa classificação econômica (e não jurídica) de que esse imposto seria "indireto"; o que não tem nenhum fundamento legal ou jurídico, pois nem a Constituição nem a lei complementar ou qualquer lei do Sistema Tributário Nacional faz essa classificação "a priori", dos impostos, em diretos e indiretos.

A única referência que existe para efeito de "restituição" ou de "repetição do indébito" e que nada tem a ver com a IMUNIDADE, é a do art. 166 do C.T.N. em matéria, *apenas e tão só* de *prova* de quem, *eventualmente* e em razão de escrituração, *comprova* não ter transferido o encargo financeiro de "tributo", ou, a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, *prove* estar por este expressamente autorizado a receber a restituição.

A própria redação desse artigo demonstra, a nível de legislação orgânica, de diretrizes da tributação, que não só não existe classificação jurídica de impostos diretos e indiretos, mas que a transferência do ônus financeiro é eventual, casuística e dependente do mercado e da prova de escrituração.

Nenhuma vez o art. 166 do C.T.N. se refere a tributo direto ou indireto, precisamente porque *normativamente* não existe essa classificação, a qual não tem *nenhum valor científico* e muito menos *jurídico*, como passaremos a demonstrar e comprovar.

Com efeito.

XXI — Na inextinguível monografia, jamais até então escrita na literatura jurídico-tributária do Brasil com tais fundamentos e conteúdo jurídico convincentes, o grande jurista e comparatista Brandão Machado, sob o título *Repetição do Indébito no Direito Tributário*, que integra o livro DIREITO TRIBUTÁRIO — Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira, edição Saraiva, São Paulo, 1984, págs. 59 a 106, demonstra o autor não só a inconstitucionalidade e invalidade do próprio art. 166 do C.T.N., mas esclarece definitivamente que não existe "a priori" imposto indireto, nestes termos que honram a cultura da pátria:

"1. O art. 166 do Código pode ser analisado segundo duas diferentes posições que o intérprete pode também assumir. Supondo, só para efeito de análise, que o preceito fosse constitucionalmente válido, o seu texto comporta um exame, que, além de não apresentar resultados coincidentes com os que derivam da análise de sua constitucionalidade, revelará defeitos capazes de tornar até absurda a sua aplicação. Prescreve o artigo: "A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente

autorizado a recebê-la". O que se percebe, desde logo, é a preocupação do legislador de evitar a expressão imposto indireto, preferindo usar um circunlóquio que, afinal, também suscita dificuldades na interpretação. Sabe-se que, na ciência das finanças, a divisão dos impostos em diretos e indiretos carece hoje de qualquer significação científica (por todos, Lucien Mehl, *Elementos da Ciência Fiscal*, trad. esp. Barcelona, 1964, p. 96). O desprestígio dessa classificação não decorre tanto da ambigüidade da terminologia, mas da definição dos próprios conceitos. O circunlóquio utilizado pelo codificador brasileiro em nada contribui para identificar os tributos a que se refere o art. 166, pois todos os tributos comportam, por sua natureza (qualquer que seja ela), a transferência a terceiro do respectivo encargo financeiro.

2. Já há mais de cinquenta anos que se começou a considerar seriamente os impostos pessoais como custos ou despesas diretas, isto é, como elementos integrantes do dispêndio necessário à produção do rendimento tributável. O trabalho de Helpenstein (*Die Steuern als Werbungskosten, Rundschau für GmbH, 17:572 e s., 1926*) mostrou que até os impostos tidos por intransferíveis constituem despesas que o contribuinte repassa ao terceiro com quem contrata a venda de bens ou a prestação de serviço. Grabower, em artigo publicado em 1928 (*Zur Steuerüberwälzungslehre, Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht, 2:353 e s.*), fez um resumo de quase tudo quanto se havia escrito até então a respeito de translação dos impostos, desde a contribuição de Seligman (*The Shifting and Incidence of Taxation, Nova Iorque, 1899*) até a de Otto von Mering (*Die Steuerüberwälzung, Jena, 1928*), para concluir que já na década de vinte os maiores financistas do mundo, como Fritz Karl Mann, por exemplo, arrolavam entre os impostos trasladáveis o imposto sucessório e o imposto de renda. Schmolders (*Allgemeine Steuerlehre, Berlim, 1958, p. 142, nota*) refere que o Ministro das Finanças alemão, em memorial preparado em 1924 sobre mudança na lei do imposto de vendas, já observava que, desde havia muito, se reconhecia o fato de que os impostos diretos também se trasladam incorporados no preço. Na década de trinta, Winkel também demonstrou, em dissertação de doutorado apresentada à Universidade de Colônia (*Die Behandlung der Steuern als Aufwand in der Steuerlichen Erfolgsbilanz, Colônia, 1936, p. 22*), que o imposto de renda era ingrediente de custo e, portanto, nominalmente transferível a terceiro.

3. As pesquisas sobre o tema se multiplicaram em vários países, para confirmar que um imposto como o de renda, por exemplo, é repassado a terceiro, como fenômeno cuja ocorrência não pode ser contestada. Juristas e financistas admitem a translação desse imposto como fato incontroverso, bastando referir apenas uns poucos nomes (Fritz Neumark, *Theorie und Praxis der modernen Einkommensbesteuerung, Berna, 1974, p. 144*; Fohl, *Kritik der progressiven Einkommensbesteuerung, Finanzarchiv, 14:88, 1953-1954, nova série*; Mombert, *Contribution à une Étude Théorique des Incidences de*

L'Impôt sur les Sociétés, Revue de Science Financière, p. 457; idem, *Progressivité et Régressivité des Impôts et L'Influence de la Répercussion, Revue de Science, cit., p. 347, 1969*; A. Margairaz, *La Translation de L'Impôt et la Fraude Fiscale, Steuer-Revue, p. 326, 1965*; Haller, *Die Steuern, Tübinga, 1971, p. 298*; Pechman e Okner, *Who Bears the Tax Burden?*, Washington, 1974, p. 35; Schneider, *Ist Steuerüberwälzung messbar?*, *Finanzarchiv, 40:240, 1982, nova série*; Tischer, *Der Einfluss der Besteuerung auf die Gestaltung des Preisentscheidungsprozesses in der Unternehmung, Wiesbaden, 1974, p. 116*, e toda a extensa bibliografia citada por Tischer no mesmo sentido).

4. Ainda Schmolders (*Allgemeine Steuerlehre, cit., p. 138*) relata que, segundo cuidadosa pesquisa feita pelo financista J. Brück (*Die Körperschaftsteuer als Kostenfaktor, Colônia, 1950*), o imposto de renda das empresas integra o custo operacional delas, fato evidente que Strutz já havia reconhecido em 1925, porque o imposto afeta os lucros como tais, isto é, antes da sua distribuição ou retirada a título de renda. O empresário deve calcular o imposto de renda exatamente como procede em relação ao imposto sobre empresa e imposto de vendas." (págs. 81a 83).

XXII — Assim como nenhuma procedência jurídica ou oponibilidade tem a falaciosa e não jurídica classificação "a priori" dos impostos em diretos ou indiretos, também não tem nenhuma juridicidade o interesseiro argumento de que uma entidade de Assistência Social, como a ora Consulente, ao vender a produção de açúcar ou de álcool de sua usina estaria fazendo "concorrência de mercado" para as empresas lucrativas.

Além de esses dois produtos terem seus preços de venda oficialmente tabelados, o que preliminarmente já exclui a competitividade por meio dos preços, os lucros daquelas empresas se destinam aos seus titulares, ao passo que os resultados da ora Consulente se destinam exclusivamente à Assistência Social.

Logo, em primeiro lugar, ela não pode ser concorrente de empresas lucrativas porque, por maior respeito e direito a lucros que os titulares ou capitalistas daquelas possam ter, esta não é da mesma classe ou categoria.

Enquanto aquelas visam a obter lucros para seus titulares, as instituições de Assistência Social se submetem aos requisitos da LEI, dentre os quais de

"I — não distribuírem **qualquer** parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II — **aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais**; (art. 14 do C.T.N.)."

Em segundo lugar, quando a Constituição no § 3º do art. 170 estabelece que

"A **EMPRESA** pública que **EXPLORAR** atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às **EMPRESAS** privadas."

não inclui aí as empresas das instituições de Assistência Social, precisamente porque nos termos dos arts. 4º e 11, § 4º da Lei complementar nº 4.320, de 17.3.1964, os resultados da empresa pública não são receitas "derivadas" ou "tributárias", mas receitas "originárias", isto é, as "participações e dividendos" são "Receita Patrimonial" e a "Receita de Serviços Industriais" é "Receita Industrial".

Nem a "Receita Patrimonial" nem a "Receita Industrial" são, como os impostos, destinados à cobertura das despesas gerais do Estado e muito menos ao custeio da Assistência Social.

Além disso a empresa pública pode ter como capitalistas as empresas mistas que distribuem lucros, e que, por sua vez, têm participação de particulares, isto é, pessoas físicas ou jurídicas particulares, capitalistas e que recebem lucros ou participações.

XXIII — Neste sentido, esclarece o eminente Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Cretella Júnior, em sua já clássica obra EMPRESA PÚBLICA, Editora da USP, 1973, pág. 240:

"Preceituando o art. 5.º do Decreto-lei n.º 900 que podem participar da EMPRESA PÚBLICA outras "entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios", teríamos, dentro da letra e do espírito do Decreto-lei n.º 200 e do Decreto-lei n.º 900, sociedade de economia mista, integrando a Administração Indireta, o que leva a concluir pela possibilidade da constituição (por via reflexa) de EMPRESAS PÚBLICAS com "PARTICIPAÇÃO DE CAPITAIS PRIVADOS", pois estes integrariam as várias sociedades de economia mista"...

XXIV — Sem dúvida o Constituinte, sabiamente, não incluiu no regime tributário aplicável às empresas privadas as empresas ou usinas das instituições de Assistência Social, precisamente porque a IMUNIDADE a quaisquer IMPOSTOS foi integralmente assegurada a estas, cujos patrimônios, rendas e serviços já são constitucionalmente afetados e aplicados, *exclusivamente*, no custeio e manutenção da Assistência Social, como o mais autêntico IMPOSTO "IN NATURA" e "IN LABORE", com a enorme vantagem de o fisco não precisar gastar, grande parte, no lançamento e na arrecadação em dinheiro.

XXV — Explicada a "ratio essendi" da IMUNIDADE constitucional que eliminou a própria instituição do IMPOSTO pelos legisladores ordinários e também excluiu a própria competência legislativa, como executiva, para exigí-lo das entidades assistenciais, porque já entregam previamente 100% dos seus resultados ao Estado-fisco enquanto nação; ensina um dos maiores "experts" das Finanças Públicas e das Ciências Fiscais de todos os tempos, que foi o notável catedrático Seligman da Columbia University, cujas obras mereceram traduções não só na Europa como em todos os países da mais alta cultura; o absurdo, o "bis in idem" e a iniquidade que seria o Estado exigir IMPOSTO de tais entidades filantrópicas, nestes termos:

"IMMUNITAS ou exoneração do MUNUS particular — tornou-se a expressão para designar a exoneração genérica e se perpetuou em nossa categoria moderna como IMUNIDADE. ...acrescente-se, na época moderna, as exonerações em favor das instituições de caridade, científicas ou de educação, etc., como imunidades que repousam sobre o princípio que considera que elas prestam ou preenchem uma função quase-pública, de modo que essas instituições não poderiam, além dos serviços prestados, ainda serem obrigadas a contribuir SUPLEMENTARMENTE com impostos para as receitas

públicas (Edwin R.A. Seligman, Income Tax, na tradução francesa de W. Qualid, edição Giard & Brière, Paris, 1913, págs. 27 e 28)."

XXVI — Por tudo isso, ao contrário de exigir IMPOSTO sobre tais instituições, o que seria uma BARBARIDADE, porque tal retirada desfalcaria dos mais pobres e necessitados o alimento, o vestuário, o tratamento médico, a habitação e a educação; muitos países até concedem subvenções e incentivos a tais instituições.

A instituição de Assistência Social é o ápice e o exemplo da mais sagrada intencionalidade de mitigar as carências e os sofrimentos da pobreza.

Se, como ensina o grande humanista e filósofo José Ortega Y Gasset em "A Rebelião das Massas", "o Estado é convivência estabilizada, constituída, estática", o fato é que "ao Estado constituído precede o Estado constituinte, e este é um princípio de movimento" e portanto, de instrumentalidades funcionais.

Por isso mesmo é que o Constituinte brasileiro, com a ciência e a consciência de que na luta diária pela sobrevivência muitos são pobres, pobres ficam ricos e ricos ficam pobres;

Que as doenças, a invalidez, a infância desamparada e tantos outros problemas que tais grassam dentro da Nação e, ainda;

Que existem pessoas que fundam e podem fundar instituições de solidariedade humana, como a Fundação Sinhá Junqueira;

Houve por bem *proibir* e *vedar* ao fisco, quando impiedoso e insaciável "Leão", "instituir ou exigir qualquer IMPOSTO das instituições de ASSISTÊNCIA SOCIAL, porque isto seria, mais do que BARBARISMO, CANIBALISMO FISCAL.

XXVII — A legislação do Brasil, nesse particular, em nível constitucional é, sem dúvida, exemplo especialmente para os países situados na geo-política da fome.

Quem leia as obras do grande patricio Josué de Castro, que foi membro da FAO, não pode deixar de louvar o Constituinte brasileiro quando proibiu aos legisladores ordinários a instituição de qualquer imposto (direto ou indireto) que, não só pela *captação de riqueza* ou pelo excesso de obrigações acessórias, às vezes mais onerosas do que as principais, possam desfalcicar o patrimônio e a renda, como prejudicar os serviços da instituição de ASSISTÊNCIA SOCIAL, que já entrega a totalidade dos resultados de suas atividades ao próprio ESTADO-TRIBUTÁRIO enquanto NAÇÃO.

XXVIII — Se o Estado-constituído convoca e exorta por toda a sua legislação as pessoas, cuja vontade ou última vontade, e dentro de sua capacidade econômica destina patrimônio, rendas e serviços a benefício humanitário do povo carente deste país e ele, por meio da impiedosa bocarra do arbitrário Leão pudessem devorar esse patrimônio, essas rendas e aniquilar esses serviços, esse Estado não seria, como não poderia ser, nem vir a ser, um Estado de Direito democrático, mas um Estado-fisco no sentido do Ancien Régime, um mero Leviathan ou Estado que, como advertia Nietzsche, poderá se transformar em um monstro desonesto, desleal, que tudo e a todos irá devorar.

XXIX — Como passaremos a ver mais pormenorizadamente, os autos de infração e procedimentos fiscais instaurados pelo fisco paulista pretendendo exigir ICM, multas, correção monetária, juros e demais adicionais da Fundação Sinhá Junqueira, são atos NULOS por infringirem as *estatuições literais e proibitivas* da

Constituição Federal, mas ainda são atos da maior *exacerbação fiscal*, tentando DESFALCAR as rendas, como onerar o patrimônio e diminuir a sua capacidade de prestação de serviços de assistência social, cujo valor e potencialidade econômicas já foram e vão sendo integrados no próprio acervo do Tesouro do Estado e da Nação, pertencentes à comunidade do povo brasileiro, pois, *ex vi legis* toda essa aplicação é exclusivamente feita no PAÍS.

Tais excessos ou desmandos do fisco paulista, ao invés da placitação que através executivos esse transfuga, voraz e impiedoso Leão pretende, há de receber da cultura jurídica, da consciência e do mais acentrado amor ao Direito e à justiça de nossos magistrados, sem dúvida, a lição da sua total sucumbência e condenações, pois o Poder Judiciário, neste mesmo sentido já condenou tais violências, ilegalidades e inconstitucionalidades praticadas pelos excessos exacionais do FISCALISMO, se não vejamos:

Com efeito.

A JURISPRUDÊNCIA OU DIREITO ELABORADO PELOS JUÍZES E ESPECÍFICO PARA O CASO DA IMUNIDADE CONTRA O ICM SOBRE AS OPERAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

XXX — Por acórdão *unânime* de 29.8.1984, o próprio Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, examinando precisamente a questão da imunidade contra o ICM sobre "as saídas de produção própria" de entidades com a qualificação de entidade de assistência social, como luva confortável ao caso da Consulente já decidiu, e reconheceu, o "direito líquido e certo" à imunidade, bastando citar os seguintes trechos do aresto:

"O próprio regulamento do ICM, Decreto n.º 17.727, de 1981, no art. 5.º, inc. XL, isentava do pagamento do imposto, as saídas de produção própria de entidades com a qualificação da impetrante. Entretanto tal permissivo legal foi revogado por convênio, ratificado pelo Decreto n.º 17.953, de 1981 e pelo Decreto n.º 18.345, de 1982.

... a impetrante é beneficiária de **imunidade**, hipótese distinta da isenção, pois ao contrário desta que dispensa o pagamento de um tributo, a imunidade constitui uma autolimitação do poder tributário do Estado — cf. RUY BARBOSA NOGUEIRA, Curso de Direito Tributário, 5ª ed. Saraiva, pág. 121. E se, se admitisse a sinonímia entre as palavras, constituiria isenção outorgada diretamente pela Constituição — cf. Compêndio de Legislação Tributária, 1960, pág. 161, n.º 58, RUBENS GOMES DE SOUSA. Daí significa que não há necessidade de o Estado dispensar tal entidade do pagamento do tributo, pois a imunidade decorre da Constituição, embora possa aquele exercer atos de fiscalização para constatar a qualificação da entidade.

Assim sendo, é irrelevante que a lei tenha revogado a isenção antes concedida a associações de assistência social, pois não teria eficácia para alterar a imunidade oriunda de texto superior.

Gozando de imunidade tributária, estende-se esta ao ICM. O dispositivo constitucional veda qualquer instituição de imposto sobre o patrimônio e serviço da entidade, englobando assim sua atividade industrial de confecções de uniformes e sua circulação no ciclo econô-

mico, pouco importando a alegação da Fazenda, de que quem suportará a carga tributária será o contribuinte de fato.

Com muita pertinência o órgão do Ministério Público abordou o assunto, transcrevendo acórdão relatado pelo saudoso jurista ALIOMAR BALEEIRO (sic): O leading case foram os RE n.º 69.483-SP, Bilac Pinto, que diz: "O contribuinte de iure é o industrial ou produtor. Não se pode opor à forma jurídica a realidade econômica. A figura do contribuinte de facto é estranha à relação jurídica tributária... Se a imunidade contempla o contribuinte de iure, com abstração do contribuinte de facto, então ele é imune" — "RTJ", 74/181 e 182.

O caso dizia respeito ao IPI, porém, se aplica pela sua similitude, ao ICM. Se a impetrante goza de imunidade não pode sofrer procedimento instaurado (Este acórdão, como o fundamentado parecer pela imunidade do ICM da lavra do eminente Procurador da Justiça, Dr. Fernando Luiz Gonçalves Ferreira, estão integralmente publicados na RJTESP, Lex 90, de págs. 172 a 177).

Para não citarmos mais uma torrente de julgados, vejamos mais um acórdão bem fundamentado, ainda do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob cuja jurisdição específica está o fisco paulista. A questão do ICM é sobre a produção, consumo próprio e venda de pão fabricado por padaria da instituição de Assistência Social:

"Embargos Infringentes n.º 74.401-2, da Comarca de Santo André — Julgamento de 15.5.1985 Embargante Fazenda do Estado de São Paulo. Embargada Instituição Beneficente Lar de Maria.

Ora, assim agindo, no cumprimento de suas finalidades estatutárias e sendo uma instituição de assistência social, ao contrário do que sustenta a embargante, não goza a autora de simples isenção, em relação a todos os tributos, mas de imunidade que não permite àquelas pessoas de direito público tributar, seja o seu patrimônio, seja os seus serviços.

Realmente, não se pode conceber que, dedicando a autora a uma atividade que visa a suprir deficiência do próprio Estado numa função que lhe é própria, possa agora ser obrigada, apesar de assim auxiliá-lo, a recolher aos cofres públicos parcela ponderável do que arrecada, privando-se de sua utilização nos fins assistenciais a que são destinados.

O Colendo Supremo Tribunal, em mais de uma oportunidade, já proclamou a existência de imunidade em favor da Fundação Rubem Berta e do Serviço de Assistência Rural em relação ao ICM e IPI (Revista Trimestral de Jurisprudência, 65/145, Rel. Min. Adalício Nogueira; Revista Trimestral de Jurisprudência, 74/177, Rel. Min. Aliomar Baleeiro).

Aliás, nesse último v. aresto, ressaltou o Min. Aliomar Baleeiro, expressamente, que o Excelso Pretório mostra-se benigno na orientação seguida "em relação às instituições que efetiva e nobremente suprem a ação precária dos poderes públicos na educação e na assistência social."

Como se vê do acórdão relatado pelo eminente Desembargador Nigro Conceição, foram rejeitados os embargos do fisco paulista e condenada a Fazenda do Estado de São Paulo.

Ainda no mesmo Tribunal e por ser muito recente (julgamento do dia 18.3.85), veja-se o acórdão também UNÂNIME e contra a Fazenda do Estado de São Paulo, Apelação 88.504-2 da Comarca de São Vicente, ainda não publicado, mas constante do Livro de Registro nº 336, fl. 173 e a favor da Associação Beneficente dos Empregados da Cia. Docas de Santos, e cujo fundamento do acórdão é este:

"Correta a sentença.

Pelo que se observa, colima o fisco a cobrança de parcela do ICM a entidade assistencial.

O fato de ser a executada entidade de finalidades assistenciais está comprovado, o que implica reconhecer a incidência do art. 1º, inciso X, do Decreto nº 8.065, de 23 de junho de 1975. Resulta, daí, que o crédito tributário revela-se inexigível pela outorga de mercê, com fulcro no disposto no art. 156, IV do Código Tributário Nacional.

Há que se ressaltar, ainda, o fato de aplicar a executada suas rendas no país, colimando as suas finalidades eminentemente assistenciais, não havendo rateio de eventuais lucros ou participação."

MAIS ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

XXXI — Além dos acórdãos de que foi relator o saudoso Professor Emérito de Ciência das Finanças, ex-Parlamentar e ex-Presidente do Supremo Tribunal Aliomar Baleeiro, ainda o eminente Procurador da Justiça nos autos do primeiro acórdão transcrito acrescentou, em seu citado parecer:

Outro não é o sentido contido na ementa do Pretório Excelso ("RTJ", 90/263 e 91/1.103):

"Imunidade tributária das instituições de assistência social. Não há razão jurídica para dela não se excluírem o imposto de importação e o imposto sobre produtos industrializados, pois a tanto não leva o significado da palavra patrimônio, empregada pela norma constitucional. Segurança concedida. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Portanto, na expressão "patrimônio", referida na letra c, do inciso III, do art. 19 da atual CR, não se excluem as mercadorias que a entidade assistencial e de educação VENDE para manter-se dentro de sua finalidade institucional.

XXXII — Como já referimos, muitos são os países civilizados como o Brasil que não só excluem quaisquer impostos diretos ou indiretos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das instituições de Assistência Social. Basta citarmos que isto ocorre até dentro dos países membros do Mercado Comum Europeu. Para não alongarmos este parecer, citaremos, por ser como o Brasil uma República Federativa, a Alemanha, a qual também possui, como nós, o sistema da lei qua-

dro, orgânica ou diretrizes da tributação (Rahmengesetz) como o é o nosso C.T.N. Em seu Código (AO-1977), como na lei específica que corresponde ou engloba tanto o nosso ICM como o nosso ISS (Umsatzsteuergesetz ou Mehrwertsteuergesetz) estatui as exclusões desses impostos sobre tais instituições.

XXXIII — Quanto à legislação de Diretrizes, vejamos na tradução da AO-1977, que fizemos com colegas e publicamos pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário-USP e Forense, Rio-São Paulo, 1978, sob o título NOVO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ALEMÃO, a partir da pág. 20:

Terceira Seção —

OBJETIVOS INCENTIVADOS PELO IMPOSTO

§ 52 — FINS DE UTILIDADE PÚBLICA

§ 53 — FINS BENEFICENTES

§ 54 — FILANTROPIA

XXXIV — Especificamente em relação ao imposto sobre vendas e prestações de serviços (correspondentes ao nosso ICM e ISS), vamos traduzir do Umsatzsteuergesetz os dispositivos que excluem esses impostos, que são os seguintes:

"§ 4º — Exclusões do imposto em fornecimentos e outras prestações e autoconsumos:

*Os serviços e as operações de circulação de mercadorias enquadradas no § 1º, inciso 1º, parte 1 nºs 1 a 3, são, **exonerados** do imposto:*

18. As prestações (serviços e operações de circulação de mercadorias) de instituições de beneficência privada oficialmente reconhecidas e das entidades, associações e fundações que servem à beneficência privada e que são membros de uma instituição de beneficência, desde que:

*a) estes **empresários** sirvam exclusiva e diretamente a finalidade de utilidade pública, beneficentes ou religiosas;*

b) as prestações beneficiam diretamente o círculo de pessoas favorecido nos termos dos Estatutos da Fundação ou de outro ordenamento desta."

XXXV — Finalmente, e apenas para comprovar que:

Universalmente os países ou Estados reconhecem não só a magnificência de tais instituições de Assistência Social, mas também sua total e prévia contribuição por meio de "impostos" IN NATURA e IN LABORE.

Que tais entidades são pela natureza das coisas **inimponíveis** ou, como se diz na literatura jurídico-tributária em França: para os efeitos dos impostos suas atividades não têm base de cálculo, porque tais situações ou suportes fáticos restam como SITUATION EN BLANCHE, isto é, ZERO;

Basta lembrar que o próprio regulamento do imposto de renda do Brasil **incentiva** até os contribuintes do imposto de renda a fazerem contribuições ou **doações** a tais instituições, concedendo-lhes isenção do próprio imposto de renda mediante abatimento da sua renda bruta na declaração, conforme prevê o art. 76 do vigente regulamento, aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 4.12.80 e neste sentido, este incentivo é mesmo universal.

XXXVI — Assim, no mais completo, atualizado e insuperável compêndio di-
dático da literatura jurídico-tributária mundial que conhecemos, que é o
STEUERRECHT — Ein systematischer Grundriss, do catedrático de Colônia,
Klaus Tipke, cuja 10ª edição de 1985 dele acabamos de receber, é relevante para
o caso o seguinte trecho, que assim também traduzimos:

"B-DIREITO DE DEDUÇÃO DAS DOAÇÕES.

*Doações para finalidades filantrópicas, religiosas, científicas e de utili-
dade pública."*

"O § 10, B, I da lei do imposto de renda da pessoa física visa a fomentar o al-
truismo do particular. Contribuintes que doam espontânea e desinteressadamen-
te uma parte de sua renda para o fomento de tarefas ligadas ao bem comum, di-
minuindo desta forma a sua capacidade contributiva, não devem ser obrigados a
pagar impostos sobre a parcela doada de sua renda; pois sua doação já serve a
uma tarefa que, de outra forma, deveria ser realizada pelo Estado ou por outro ti-
tular da Administração Pública. Também o Estado tem nisso as suas vantagens".
(op. cit., pág. 545, edição Dr. Otto Schmidt, Köln).

XXXVII — Finalmente, e como chave de ouro produzida na oficina da Supre-
ma Corte de Justiça de nosso país, para chavear a bocarra insaciável do voraz
Leão e eliminar suas garras que estavam querendo rasgar a Constituição da Re-
pública, temos o recente, **unânime** e definitivo acórdão que reconheceu, decidiu
e proclamou, com os efeitos da COISA SOBERANAMENTE JULGADA em no-
me da FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL "SINHÁ JUNQUEIRA", com es-
tes termos:

*"RE 100.437-I-SP — Rel. Min. Rafael Mayer. Recte. Fundação de
Assistência Social "Sinhá Junqueira". (Advs. Cláudio Penna Lacom-
be e outros). Recda. União Federal.*

*Decisão: Conheceu-se do recurso e se lhe deu provimento. Decisão
unânime. Falou, pelo Recte., Dr. Cláudio Penna Lacombe. 1ª Turma,
15.6.84.*

Ementa: — Imunidade Tributária, Instituição de Assistência Social.
Art. 31, V, b, da CF/1946. Imposto de renda. Coisa julgada.

1. O melhor entendimento é o de que a imunidade tributária con-
ferida pelo art. 31, V, b, da Constituição de 1946 às instituições de
educação e assistência social, era compreensiva do imposto de renda
e estava condicionada tão-somente à aplicação de seus rendimentos,
no país, e para os fins institucionais.

2. A coisa julgada *declaratória da imunidade* não tem eficácia res-
trita ao exercício financeiro nos termos da Súmula 239, não sendo afe-
tada por fato posterior impertinente aos pressupostos do instituto.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido." (Publicado no
D.J. de 19.06.84. Ementário nº 1.342-7. Presentes Ministros Soares
Muñoz, Presidente, Rafael Mayer Relator, Néri da Silveira, Alfredo
Buzaid e Oscar Corrêa).

XXXVIII — Observe-se bem que este acórdão, embora examinando questão
de cobrança executiva de imposto de renda, como premissa da decisão no pró-

cesso em que foi *prequestionado o instituto constitucional da IMUNIDADE con-
tra o IMPOSTO*, proferiu seu veredicto sobre o tema da exclusão do próprio po-
der impositivo dos legisladores ordinários e ainda sobre o tema da maior relevân-
cia sobre os efeitos subjetivos, objetivos e temporais da COISA JULGADA em
matéria de impostos periódicos e instantâneos, abrangendo a própria relação
jurídico-tributária material e formal.

Em outros termos, o que foi prequestionado e decidido foi o alcance dessa
IMUNIDADE constitucional como absoluta proibição ou vedação da própria
instituição de qualquer IMPOSTO e que reconhecida a IMUNIDADE dentro dos
REQUISITOS também exaustivamente prequestionados, a Fundação de Assis-
tência Social "Sinhá Junqueira" não só tem *direito adquirido* a essa absoluta
imunidade a qualquer imposto, mas este seu direito em face de toda a cognição e
dos efeitos ou carga declaratória do aresto, passou à categoria de DIREITO RE-
CONHECIDO, AUTORIZADO pelo provimento do comando judicial que já atingiu
a coisa soberanamente julgada.

XXXIX — Portanto, sem sombra de dúvida, desde os autos de infração ou
procedimento administrativos de lançamentos "ex officio" (art. 142 do C.T.N.),
como todos os atos administrativos fiscais, inscrições de dívidas e demais proce-
dimentos administrativos fiscais e judiciais, tendentes à cobrança de ICM, mul-
tas, juros, correções monetárias, percentagens, adicionais etc., são manifesta-
mente *indevidos*, não só por eivados do máximo vício das suas inconstitucional-
dades, como violadores da própria coisa já soberanamente julgada pelo Pretório
Excelso. E, ainda, contra a natureza das coisas. Configuram medidas de barbaris-
mo confiscatório. Mais do que *atos anuláveis*, pois, são todos ATOS ABSOLU-
TAMENTE NULOS, por INCONSTITUCIONAIS.

Este é o nosso parecer, s.m.j. (*)

SÃO PAULO, 21 de outubro de 1985.

(*) Este parecer foi lido por seu autor perante a MESA SEMANAL DE DEBATES do IBDT/USP,
discutido e aprovado pela unanimidade de 36 juristas especializados em Direito Tributário pre-
sentes, conforme ata da 474ª reunião, realizada de 8 às 10h do dia 24.10.85 no Departamento de
Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

COMPETÊNCIA PARA EXPLORAÇÃO DE HIDROVIA

EURICO DE ANDRADE AZEVEDO
Advogado em São Paulo
Professor de Direito Administrativo na Faculdade de
Direito de Osasco
Procurador da Justiça aposentado

PARECER

A CONSULTA

O DEPARTAMENTO HIDROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por intermédio de seu diretor, engenheiro LEÃO RAPOPORT, expõe que o Estado de São Paulo, na qualidade de interveniente, firmou contrato de financiamento entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES e a Companhia Energética de São Paulo — CESP, para a implantação da primeira etapa da Hidrovia Tietê-Paraná, do qual consta a obrigação de “apresentar instrumento que consubstancie formalmente a outorga, pelo órgão federal competente, de delegação de atividades inerentes à exploração da Hidrovia Tietê-Paraná ao Estado de São Paulo”.

Esclarece o consulente que a implantação da hidrovia corresponde à execução de obras que tornem os aludidos rios aptos ao trânsito e tráfego de embarcações, destinadas ao transporte de mercadorias e passageiros. Para tanto, será indispensável a construção de eclusas e portos, a sinalização do leito navegável, o controle das travessias por obras de arte (pontes, dutos, etc.), assim como a manutenção e a operação dos respectivos serviços, inclusive a fiscalização das embarcações, o patrulhamento da via e a cobrança das tarifas devidas pelos usuários.

Além de responsabilizar-se pelo resgate do empréstimo contratado, como fiador e principal pagador, o Estado de São Paulo deverá investir vultosas quantias no empreendimento, motivo pelo qual deseja assegurar-se de garantias que permitam o retorno do investimento feito e o cumprimento de sua política de transporte e de desenvolvimento regional.

Pondera, ainda, o consulente que, no exame da matéria, seja considerado o fato de que o Rio Tietê encontra-se inteiramente dentro do território do Estado de São Paulo, incluindo-se entre os bens do seu domínio.

Por todas essas razões, desejando informar-se juridicamente sobre os vários aspectos que envolvem a implantação da citada hidrovia Tietê-Paraná, o consulente apresenta-nos os seguintes quesitos:

1º) Possui o Estado de São Paulo competência para implantar e explorar os serviços de hidrovia no Rio Tietê, independentemente de autorização da União?

2º) Na hipótese de resposta afirmativa ao quesito anterior, a que restrições fica sujeito o Estado, em face da competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação fluvial?

3º) Havendo conveniência da interligação dos rios Tietê e Paraná, para a exploração conjunta das respectivas hidrovias, há necessidade de se obter autorização da União?

4º) Qual o instrumento jurídico mais adequado para que o Estado possa obter da União a delegação dos serviços necessários à implantação e exploração da hidrovia do rio Paraná?

5º) Obtendo concessão da União, para a implantação e exploração da hidrovia do rio Paraná, poderá o Estado traspasar a terceiros parcela dos serviços a serem executados?

6º) A quem compete a fixação das tarifas a serem cobradas dos usuários da hidrovia nos rios Tietê e Paraná?

A resposta aos quesitos acima exige prévias considerações sobre o domínio público dos rios navegáveis, sobre a competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação fluvial, e sobre a delegação de atribuições para a execução de serviços públicos.

É o que faremos a seguir.

I — O CONCEITO DE DOMÍNIO PÚBLICO

1. Domínio público é uma expressão equívoca. Ora pode significar o poder de império que possui o Estado sobre as pessoas e os bens existentes em seu território; ora pode exprimir o conjunto de bens destinados ao uso geral da população; ora pode traduzir o direito de propriedades do Estado sobre as coisas que lhe pertencem. Mesmo neste último sentido, ele se expressa de forma diferente, quer sejam os bens de uso comum do povo, de uso especial, ou dominicais. Impõe-se, destarte, distinguir esses vários aspectos, para a perfeita compreensão do domínio público dos rios navegáveis.

2. No primeiro sentido, domínio público se confunde com *domínio eminente*, ou seja, o poder soberano que o Estado possui sobre todos os bens em seu território. É poder político, não é direito de propriedade, e vincula-se à soberania interna do Estado. Seus limites estão estabelecidos no ordenamento jurídico-constitucional e com fundamento neles são estabelecidas as limitações à propriedade privada, às servidões administrativas, às desapropriações e outras medidas restritivas aos direitos individuais.

3. Na segunda hipótese, domínio público se confunde com os bens que o nosso Código Civil classifica como de “uso comum do povo” (art. 66, I), e que não são, portanto, suscetíveis de apropriação privada. O domínio público, neste sentido, é anterior ao Estado e este possui, com relação a eles, apenas o poder de regulamentação, de forma a melhor assegurar o uso geral e o uso particular: “ut universi” e “ut singuli”. Esta é a opinião de BIELSA, para quem há que se distinguir o “domínio público” — caracterizado pelo uso direto da coletividade — do “domínio do Estado”, que se compõe do “conjunto de coisas que estão em seu patrimônio” (RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1956, vol. 3, págs. 385 e segs.).

4. Na terceira hipótese, domínio público constitui o conjunto de bens pertencentes ao Estado, quer sejam destinados ao uso comum, quer a uma utilidade especial, quer componham o seu patrimônio fiscal. Sobre todos esses bens o Estado possui direito de propriedade, mas direito de propriedade pública,

regido por leis especiais. É o que HELY LOPES MEIRELLES denomina de *domínio patrimonial do Estado*, "ao qual se subordinam todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados *bens públicos* e, como tais, regidos pelo direito público, embora supletivamente se lhes apliquem algumas regras da propriedade privada". (Direito Administrativo Brasileiro, 11ª ed., pág. 426). Semelhantemente pensa CRETELLA JR.:

"Existe um direito de domínio sobre os bens públicos, cujo titular é o Estado, sendo tal natureza jurídica quase da mesma índole que a do domínio privado, regulado pelo direito comum, com as restrições impostas por sua inclinação ao interesse público" (Tratado do Domínio Público, Forense, 1ª ed., 1984, pág. 42).

5. De acordo com o nosso Código Civil, são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem (art. 65).

"Art. 66 — Os bens públicos são:

I — Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

II — Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III — Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades."

6. Todos esses bens, em seu conjunto, constituem o domínio público, embora estejam submetidos a regras diversas, conforme sua destinação. Essa pluralidade de regimes jurídicos dos bens que compõem o domínio público é enfatizada por AUBY e DUCOS-ADER, ao reconhecerem, no interior do domínio público, uma gradação de regimes "que l'on pourrait dénommer avec Duguit, l'échelle de la dominité" (Droit Administratif, Dalloz, Paris, 1973, 13ª ed., pág. 274). Se isto é verdade para a França, que é um Estado unitário, que dizer do Brasil, onde a titularidade do domínio público é repartida entre União, Estados e Municípios (e suas respectivas autarquias), cada qual com sua respectiva legislação? Donde se pode deduzir a extrema complexidade do regime dos bens públicos brasileiros.

7. Sinal distintivo dos bens do domínio público é a sua *participação na atividade administrativa* (cf. CIRNE LIMA, Princípios de Direito Administrativo, 3ª ed., 1954, pág. 76), ou a *utilidade pública* que apresentam (cf. MARCELO CAETANO, Princípios Fundamentais de Direito Administrativo, Forense, 1977, pág. 413). No caso dos bens de uso comum do povo é o próprio uso geral que caracteriza o serviço prestado pela Administração. No caso dos bens de uso especial, eles constituem instrumentos dos serviços públicos, aplicados a uma finalidade específica. Já os bens dominicais são utilizados para a produção de renda que se incorpora à receita pública. Todos eles acham-se submetidos a regras especiais de direito público, quer quanto à respectiva espécie, quer quanto à legislação especial de seus titulares: União, Estados ou Municípios.

8. A despeito das várias teorias existentes sobre o fundamento do domínio público, força é reconhecer que ele constitui verdadeiro direito de propriedade, embora modificado por normas de direito público. A Administração possui certas prerrogativas da propriedade privada: ela tem o direito de usar dos

seus bens e determinar a forma de seu uso por terceiros; ela tem o direito de gozo, podendo incorporar os frutos naturais e civis que os bens produzirem, inclusive as taxas e tarifas decorrentes de seu uso especial; ela pode também aliená-los, depois de providenciada regularmente a sua desafetação do serviço público (cf. AUBY e DUCOS-ADER, ob. cit., pág. 278). Ela pode inclusive opor-se a turbacões de terceiros, podendo agir diretamente ou valer-se dos meios judiciais comuns e especiais para garantia da propriedade e defesa da posse (cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 431). Por todas essas razões, pode-se dizer que o domínio público é direito de propriedade, mas *direito de propriedade pública*, conservando os traços essenciais da propriedade privada, modificados pelas normas públicas decorrentes de sua participação na atividade administrativa, ou na utilidade pública que apresentam as diversas categorias de bens (cf. MAURICE HAURIOU, Précis de Droit Administratif, 1908, III, 65; OTTO MAYER, Droit Administratif Allemand, 1905, III, § 35).

II — OS BENS DE USO COMUM DO POVO

9. Os rios incluem-se entre os bens de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, I). Uso comum do povo é o que se reconhece à coletividade em geral, a todos os indivíduos, sem qualquer discriminação, ou determinação especial para a sua fruição. Isto não quer dizer, contudo, que esse uso fique isento de regulamentação; ao contrário, o Poder Público exerce sobre esses bens, como faculdade integrante do seu domínio, o *poder de regulamentação*, que se destina a preservar os bens e assegurar o seu uso adequado por todas as pessoas. Muitos desses bens, como os próprios rios, sujeitam-se a usos diversos, como a pesca, a navegação, a utilização para a lavoura, o despejo de detritos industriais, o abastecimento das cidades etc. Também por isso, torna-se indispensável a regulamentação, para fixar a hierarquização e a forma dos usos possíveis do bem público.

10. O uso comum fica subordinado a um certo número de princípios que devem ser respeitados por todos e assegurados pela legislação, salvo as exceções decorrentes da própria regulamentação e que objetivam o melhor aproveitamento do bem, segundo sua destinação e o interesse público prevalecente. O primeiro princípio é o da *generalidade*; o uso é facultado a todos indistintamente: todos podem circular pelas ruas, todos podem ir às praias. Não obstante, a generalidade pode ser delimitada, como ocorre com a proibição da circulação de caminhões por determinadas vias, ou de ciclistas por auto-estradas.

11. O segundo princípio é o da *igualdade*, que significa a garantia de condições idênticas para quantos sejam admitidos por lei a utilizar o bem público. Esta igualdade não tem um caráter absoluto e algumas discriminações são admitidas desde que correspondam a situações de fato diferentes, como a reserva de acessos especiais aos deficientes físicos; os pontos de estacionamento para táxis, etc.

12. O terceiro princípio é o da *liberdade*. Cada um é admitido a utilizar os bens públicos sem necessidade de qualquer tipo de autorização. A circulação dos indivíduos nas vias públicas é uma decorrência das chamadas liberdades públicas. Esta liberdade, contudo, está diretamente relacionada com a afetação do bem público. Se se trata de um canal de navegação, por exemplo, seu

acesso pode ser restringido apenas às embarcações autorizadas. De igual modo, a praia destinada a instalações militares pode ser inteiramente interdita ao público.

13. O último princípio é o da *gratuidade*. O uso do bem público, em regra, deve ser gratuito. É um corolário do princípio da liberdade: a exigência de um pagamento limitaria o exercício da liberdade de utilização. Este princípio, contudo, está bastante atenuado em nossos dias, de acordo com a concepção moderna de domínio público, que admite a sua utilização econômica, maiormente quando a Administração efetua obras ou presta serviços especiais destinados a propiciar o melhor aproveitamento do bem público. É o caso do pedágio nas auto-estradas, "da acostagem de navios aos cais, do estacionamento nas águas de um porto, da colocação de embarcações em rampas ou varadouros e da própria entrada de pessoas nas áreas dos portos artificiais", que podem ser sujeitos ao pagamento de uma tarifa (cf. MARCELO CAETANO, ob. cit., pág. 432).

14. Além da utilização geral pela coletividade, os bens de uso comum do povo também podem ser objeto de uma utilização específica, outorgada pela Administração a uma pessoa física ou jurídica, na forma da lei ou regulamento. "O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio Poder Público. Esse uso pode ser consentido gratuita ou remuneradamente, por tempo certo ou indeterminado, consoante o ato ou contrato administrativo que o autorizar, permitir, ou conceder" (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 433).

15. Uma das formas admitidas para o uso especial desejado pelo particular é a *concessão de uso*, utilizada, por exemplo, para a exploração de mercados, estações rodoviárias e outros bens públicos, mas que não deve ser confundida com a *concessão de serviço* vinculada à utilização do bem público, como ocorre com as usinas hidrelétricas, as estradas de ferro, as hidrovias etc. MARCELO CAETANO insiste em demonstrar essa diferença, embora empregando terminologia diferente:

"Não se devem confundir as concessões de uso ou aproveitamento de bens, que são meras licenças de uso privativo e só impropriamente se designam por concessões, com as *concessões de exploração* ou *gestão de bens* dominiais feitas a alguém que toma o lugar da pessoa jurídica de direito público titular do domínio.

Enquanto nas concessões de aproveitamento há uma entidade administrativa que gere os bens e deles permite a outrem que extraia certo uso privativo, nas concessões de exploração dá-se a transferência de direitos da pessoa jurídica de direito público, a quem pertence o domínio, para outra pessoa, singular ou coletiva, a fim de que esta exerça esses direitos, gerindo as coisas públicas por sua conta e risco, mas de modo a obter-se a utilidade pública que constitui o fim específico das coisas concedidas.

O titular da concessão de aproveitamento é um mero utente; o concessionário da exploração do domínio é um gestor que se encarrega de proporcionar ao público o uso das coisas que lhe estão confiadas, de acordo com a natureza delas.

De modo que em sentido próprio ou técnico, *só aos que detêm a exploração do domínio cabe a designação de concessionários*" (ob. cit., pág. 441, grifos nossos).

16. Esta observação do ilustre administrativista português é de suma importância no caso em estudo: só quem possui o domínio tem o poder de designar o concessionário.

III — O DOMÍNIO DOS RIOS PÚBLICOS

17. Dispõe a Constituição Federal:

"Art. 4.º — Incluem-se entre os bens da União:

I — ...

II — os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituam limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro;..."

"Art. 5.º — Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz,..."

Duas observações se impõem. Em primeiro lugar, foi abandonado o critério tradicional de navegabilidade na distribuição das águas internas, só se levando em conta a condição territorial das correntes e lagos. Em segundo lugar, os Municípios foram excluídos da partilha constitucional, ficando derogado, em consequência, o art. 29 do Código de Águas, que os contemplava. Assim, no atual sistema constitucional, os rios e lagos ou pertencem à União, ou pertencem aos Estados, conforme o território que cubram (cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 468).

18. De igual modo, ficou também derogado o §1º do citado art. 29 do Código de Águas, que limitava o domínio dos Estados sobre os rios, pela servidão conferida à União para o aproveitamento industrial das águas e da energia elétrica, e para a navegação. Tendo a Constituição atribuído o domínio dos rios aos Estados, sem restrições (salvo as constantes do próprio texto constitucional, que examinaremos adiante), não mais pode prevalecer o aludido preceito do Código de Águas (cf. PÁDUA NUNES, Código de Águas, RT, São Paulo, 1962, pág. 63).

19. Recentemente discutiu-se se os rios que nascem e percorrem o território de um único Estado, mas deságuam no oceano, seriam estaduais ou federais. Os órgãos de assessoria jurídica da Secretaria Especial do Meio Ambiente — SEMA e do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE teriam entendido que, nessa hipótese, como o rio deságua no oceano, ele é federal, pois sua foz está no mar territorial. Suscitado o conflito, manifestou-se a Consultoria-Geral da República no sentido de que eles se incluem entre os bens de domínio do Estado. O entendimento do ilustre Consultor PAULO CESAR CATALDO é irresponsável: *a foz faz parte do rio e não do mar*. Se foz é conceituada como o "ponto" onde termina o acidente geográfico, a partir do qual se inicia outro, não há como concluir-se que ela se localiza no outro acidente, ou seja, no mar territorial". "A foz é território do Estado-membro e portanto se o rio tem nascente e foz no Estado ele deverá ser classificado como estadual, mesmo que deságue no oceano" (Parecer in Revista de Direito Administrativo, 150/176).

20. A matéria tem importância para o caso em estudo, uma vez que, desaguando o Tietê no Rio Paraná, poder-se-ia entender que ele seria também um rio federal. Não é. *Tendo nascente e foz no Estado de São Paulo, o Rio Tietê é um bem do seu domínio público.*

21. Importante também é conceituar precisamente o que seja rio. "A água corrente, as margens e o leito são os três elementos que formam o rio, como partes integrantes de um todo" (DANIEL DE CARVALHO, parecer in Revista Forense, 103/41). Com relação às margens, costuma-se distinguir a margem interna, que é a "barranca" ou "praia", conforme seja alta ou baixa, e a margem externa, que constitui o "terreno marginal", ou "terreno reservado", que é a faixa de 15 metros, contados do ponto médio das enchentes ordinárias, ao longo das correntes navegáveis e fora do alcance das marés (art. 14 do Código de Águas). Esses terrenos são de domínio público, conforme já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal (Súmula 479) e acompanham a mesma titularidade do rio. Assim, se o rio é estadual, os terrenos também pertencem ao Estado.

22. Já vimos que o domínio público compreende, além de faculdades inerentes à propriedade privada (n. 8), outras decorrentes de sua natureza de propriedade pública, como o poder de regulamentação, principalmente com referência aos bens de uso comum do povo. Ora, *como conciliar essas prerrogativas decorrentes do domínio dos Estados sobre os rios que lhes pertencem, com os poderes da União para legislar sobre águas, energia elétrica, navegação fluvial e regime dos portos?* É o que veremos a seguir.

VI — A COMPETÊNCIA DA UNIÃO COM RELAÇÃO AOS RIOS PÚBLICOS

23. A competência da União é de duas ordens distintas: em determinadas matérias, ela é a dona do serviço, cabendo-lhe explorá-lo diretamente ou mediante autorização ou concessão; em outras matérias, ela tem apenas o poder de legislar.

24. Dispõe a Constituição Federal:
"Art. 8º — Compete à União:

.....
XV — *explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:*

b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem e natureza;

d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território;

"Art. 168 — As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º — A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos naturais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país."

25. As quedas d'água, como potenciais de energia hidráulica, são consideradas propriedades da União, ainda que localizadas em rio estadual (Código de Águas, art. 147). O seu aproveitamento depende de autorização ou con-

cessão dos órgãos federais competentes, salvo para aquelas de potência reduzida (Const. Fed., art. 168, § 4º).

26. Também cabe à União explorar as *vias de transporte* entre portos marítimos e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (Const. Fed., art. 8º, XV, letra d). As Constituições anteriores falavam em *vias férreas* (Const. de 34, art. 5º, VIII; Const. de 46, art. 5º, XII). A ampliação teve por objetivo incluir as estradas de rodagem e as *vias navegáveis*, mas só ficam sujeitas à competência federal as vias que liguem diretamente os portos e alcancem as fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado-membro. "A razão disso — explica GONÇALVES FERREIRA — é a conveniência nacional de estimular o tráfego e o comércio internacionais, afora as evidentes razões de segurança" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva, 1972, vol. I, pág. 88).

27. É bem de ver que o Rio Tietê não se encontra entre vias de transporte de competência da União, pois não atinge qualquer porto marítimo, nem ultrapassa o território do Estado.

28. Compete também à União legislar sobre as águas (art. 8º, XVIII, letra ã), e sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre (art. 8º, XVIII, letra m). *Legislar* não significa organizar, explorar, administrar. Legislar é editar leis, no sentido formal e material. Legislar é expedir normas, regras jurídicas de condutas, aprovadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Executivo. Na clássica definição de CLOVIS BEVILAGUA, lei é "uma ordem geral que emanando de autoridade competente reconhecida é imposta coativamente à obediência de todos" (Teoria Geral do Direito Civil, 3º, ed., pág. 13).

29. Nos seus Comentários à Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA observou que o preceito constitucional não outorga à União qualquer competência para organizar, mas somente para legislar; "porém, no texto da lei, pode o Congresso Nacional incluir a organização de serviços e dar as normas para o provimento dos cargos" (vol. I, pág. 278). Evidente que Pontes de Miranda só poderia estar se referindo aos serviços de competência da União, pois, caso contrário, estaria destruída a autonomia dos Estados e Municípios. Foi o que percebeu THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, ao dizer que, na competência para legislar, inclui-se "apenas as normas gerais que disciplinam as relações jurídicas, salvo naturalmente, se os serviços e a sua execução estejam na competência da União, quando então será irrestrita" (Constituição Federal Comentada, 2ª ed., vol. I, pág. 93).

30. Já vimos que o uso comum dos bens públicos fica sujeito a um certo número de regras. Com relação às águas, dada à sua importância e aos seus múltiplos usos, a União reservou para si o poder de legislar sobre a matéria e já o fez, por intermédio de inúmeras leis, dentre as quais o Código de Águas, que dispõe sobre a sua classificação e utilização, bem como sobre o aproveitamento do potencial hidrelétrico.

31. O Código de Águas considera a navegação como uso prioritário, salvo o uso para as primeiras necessidades da vida (arts. 37 e 48). "A razão — diz M.I. CARVALHO DE MENDONÇA — é que todos os usos importam mais ou menos o esgotamento, dispersão, ou inquinação das águas, enquanto a navegação produz todos os resultados sociais úteis mantendo a inteireza, quer quando à sua quantidade, quer quanto à sua qualidade." (Rios e Águas Correntes, 2ª ed.,

1939, pág. 225). Hoje, as razões invocadas pelo ilustre jurista, no começo do século, devem ser recebidas com reserva. O desenvolvimento do tráfego rodoviário deixou a navegação dos rios em segundo plano. E só agora começa a ser encarada seriamente como ocorre com a hidrovia Tietê-Paraná. De qualquer forma, o preceito do Código de Águas continua vigente, sendo de recordar-se que a *prioridade da navegação funda-se no seu interesse para o comércio*. Eis o que dispõe o parágrafo único do art. 48;

"Art. 48 — A concessão, como a autorização, deve ser feita sem prejuízo da navegação, salvo:

- a) no caso de uso para as primeiras necessidades da vida;
- b) no caso de lei especial que, atendendo a superior interesse público, o permita.

Parágrafo único — Além dos casos previstos nas letras a e b deste artigo, se o interesse público superior o exigir, a navegação poderá ser preterida sempre que ela não sirva efetivamente ao comércio."

32. Essa disposição é importante para a perfeita compreensão do fundamento da reserva de poder da União para legislar sobre:

"Art. 8º — Compete à União

XVII — legislar sobre:

m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;"

33. Que se entende por regime dos portos e da navegação fluvial? Regime jurídico é um conjunto de preceitos que regem determinada atividade, serviço ou instituição. Por isso dizemos "regime aduaneiro", para significar o complexo de normas adotadas por um país para regular suas relações comerciais com outras nações; "regime penitenciário", para indicar o conjunto de preceitos que regulam o cumprimento da pena privativa da liberdade; o "regime de bens no casamento", etc. Assim, regime dos portos e da navegação é o conjunto de normas estabelecidas pela União para a utilização dos portos e o exercício da navegação, abrangendo toda uma gama de preceitos sobre medidas de navegação, ancoragem, entrada e saída, higiene, polícia marítima e portuária, ordem de precedência etc., como bem observa PONTES DEMIRANDA (ob. cit., pág. 308).

34. O fundamento do poder da União de legislar sobre os portos e a navegação interior está na necessidade de assegurar a liberdade de comércio entre os Estados. A Constituição do Império não fazia referência à navegação fluvial, mas já se entendia que ao Governo Central cabia regulá-la "se o rio banha o território de mais de uma Província", ou "se a navegação for tal que possa frequentar a costa" (VISCONTE DO URUGUAI, *apud* PÁDUA NUNES, ob. cit., pág. 94). Como se vê, a preocupação com o comércio interior e exterior.

35. A primeira Constituição Republicana dispôs que o direito da União e dos Estados de legislar sobre a navegação interior seria regulado por lei federal (art. 13), mas desde logo reservou privativamente ao Congresso Nacional a legislação "sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a território estrangeiro" (art. 34, n.6). M.I. CARVALHO DE MENDONÇA deixou bem claro que esse poder "é um complemento lógico da competência federal para regular o comércio". E acrescenta:

"Em Constituições congêneres, e entre elas naquela que nos serviu de modelo e norma, nenhuma palavra é consagrada acerca da atribuição do governo central para regular a navegação dos rios. Ela decorre como consectário forçado da atribuição mais ampla de regular o comércio.

Foi esse o pensamento que dominou o espírito do nosso legislador constitucional: — a regência da navegação é necessariamente um consectário da competência para regular o comércio." (Ob. cit., pág. 105).

36. Realmente, nos Estados Unidos, a despeito de possuírem os Estados o domínio de todas as correntes navegáveis dentro do seu território, a Corte Suprema reconheceu que o poder do Congresso de regular o comércio incluía também a navegação e o controle das águas (cf. EDWARD S. CORWIN. A Constituição Norte-Americana, Zahar Editores, Rio, s/d, pág. 52).

37. Na Argentina, o consagrado BIELSA deixa bem claro que "la facultad que la Constitución atribuye al Gobierno federal, de reglamentar los rios interiores, tiene su fundamento racional en la potestad general de reglar el comercio interior y exterior" (Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1956, vol. 3, pág. 468/9). Também naquele país os rios interprovinciais pertencem às respectivas Províncias. Nem por isso fica afastado o poder nacional para regular tudo o que se refira à circulação comercial e ao progresso geral (cf. BARTOLOMÉ FIORINI, Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1962, vol. 2, págs. 968/9).

38. Os autores argentinos são os que melhor distinguem "domínio público" de "jurisdição". "El dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien; la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar lo atinente al uso de dicha cosa o bien,..." (MIGUEL MARIENHOFF, Tratado del Dominio Público, Buenos Aires, 1960, pág. 38. No mesmo sentido: BIELSA, ob. cit., págs.: FIORINI, ob. cit., págs.). Vale reproduzir um comentário de J.V. GONZÁLES citado por Bielsa:

"La Corte ha declarado cuál es el alcance del derecho de la Nación sobre las riberas de los rios navegables, y ha confirmado una noción elemental, no incorporada todavía a la conciencia general, que consiste en la distinción esencial entre la jurisdicción y el dominio. Y tanto es así que en el orden ferroviario las confusiones producidas, los abusos de poder, los perjuicios que reciben las empresas, son debidas a que el Estado ha confundido siempre el derecho de la jurisdicción que le reconoce la Constitución para velar por el ejercicio del comercio interprovincial, con el derecho del dueño, en virtud del cual el Estado puede conceder a las empresas el uso de las tierras para sus vías, o su inhibición para los demás empleos a que la industria pudiera destinarlos. Esto es tan diferente como la cosa y la idea. La jurisdicción es un hecho que se ejercita en forma virtual, sin tocar el objeto; y la propiedad es el ejercicio directo del dominio sobre la cosa misma" (Dominio y Jurisdicción, págs. 367/8, *apud* Bielsa, ob. cit., pág. 473).

39. Entre nós, M.I. CARVALHO DE MENDONÇA já esboçara essa diferença ao dizer que o direito da União de legislar sobre a navegação se apoiava em seu poder soberano, enquanto o direito dos Estados sobre os rios navegáveis repousava sobre o seu domínio, para concluir que essa competência federal constitui unicamente uma restrição ao domínio dos Estados (ob. cit., pág. 119).

40. Por conseguinte, a competência outorgada à União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação fluvial há de restringir-se unicamente aos *preceitos necessários para assegurar a liberdade do transporte de coisas e passageiros*, "como se o território nacional constituísse uma unidade do ponto de vista alfandegário, econômico e comercial".

V — A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS COM RELAÇÃO AOS RIOS DE SEU DOMÍNIO

41. Os rios que têm nascente e foz no território do Estado pertencem ao seu domínio (Const. Fed., art. 5º). Se assim dispõe a nossa Lei Maior, é evidente que a legislação federal sobre o regime das águas, dos portos e da navegação não pode aniquilar as faculdades do domínio público conferido ao Estado. Os rios são considerados *caminhos públicos* e assim como os Estados possuem suas estradas de rodagem e vias férreas, exercendo sobre elas todos os direitos de propriedade pública, construindo-as, explorando-as direta ou indiretamente, cobrando tarifas pela sua utilização, exercendo o poder de polícia etc., de igual modo podem ter suas hidrovias, nos rios que lhes pertencem. A União legisla sobre trânsito e tráfego nas vias terrestres (art. 8º, XVII, letra *n*) e essa legislação não inibe a ação do Estado com relação às ferrovias e rodovias; situação semelhante ocorre com a competência dos Estados para explorar os rios de seu domínio, transformando-os em hidrovias destinadas ao transporte de coisas e passageiros.

42. Quando o rio banha mais de um Estado, constitui limite com outro país, ou se estende a território estrangeiro, ele é de propriedade da União. Neste caso, à União compete a sua exploração, exercendo sobre ele todos os poderes inerentes ao domínio e mais os decorrentes de sua própria legislação sobre as águas, os portos e a navegação. Quando, porém, o rio é estadual, os poderes do Estado, decorrentes do seu domínio, ficam limitados pela legislação federal sobre o regime dos portos e da navegação. Reitere-se, contudo, que esta legislação não pode ir além do necessário para resguardar a liberdade do comércio, conforme o reconhecem os mais autorizados autores nacionais e estrangeiros. O próprio Código de Águas, que confere à navegação prioridade para o uso das águas públicas (art. 37), só afasta essa preferência "quando a navegação não sirva efetivamente ao comércio" (art. 48, parágrafo único).

43. Em face dos princípios expostos, a competência para a realização das obras destinadas a transformar o Rio Tietê em hidrovia, bem como para a sua exploração, é do Estado de São Paulo, uma vez que o citado rio tem nascente e foz no seu território. Dessa forma, não tem o Estado que obter qualquer autorização ou concessão do Governo Federal para a implantação de uma hidrovia no Rio Tietê. Precisar-se-á fazê-lo com relação ao Rio Paraná, pois este sim pertence ao domínio público da União. É claro que a União poderá condicionar a concessão da hidrovia do Paraná à sua interligação com o Rio Tietê, mas convém separar perfeitamente as duas situações porque se, no futuro, a União resolver retomar o serviço, só poderá fazê-lo com relação à hidrovia do Paraná, mas nunca quanto ao Rio Tietê.

44. Só quem possui o domínio do bem, tem o poder de explorá-lo e, por conseguinte, de efetuar a sua concessão a terceiros (cf. MARCELO CAETANO, ob. cit., pág. 441). Não se pode falar, portanto, em a União conceder

ao Estado de São Paulo a exploração da Hidrovia Tietê-Paraná, porque ela não tem o domínio do Rio Tietê, e ninguém pode transferir o que não possui. A solução, portanto, para o caso em estudo, é a delegação ao Estado de São Paulo das atividades de implantação e exploração da hidrovia do Rio Paraná, condicionando essa transferência à interligação com a hidrovia do Rio Tietê. Não há qualquer problema a respeito, pois são muito comuns as interligações das estradas de ferro, mesmo operadas por entidades diferentes.

45. Alerta-se, ainda, para a impossibilidade de se invocar o art. 8º, XV, letra *d*, da Constituição Federal, que outorga à União competência para explorar as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território. Limitando-se a hidrovia ao Rio Tietê, a competência é do Estado, como bem acentua CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"É bem de ver que, simetricamente, por igual razão de natureza do serviço, os de transporte que não transponham mais de um Estado ou território ou mais de um Município, são, respectivamente, serviços públicos estaduais ou municipais" (Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, São Paulo, 2ª ed. RT, 1979, pág. 25).

VI — A DELEGÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DA UNIÃO AO ESTADO

46. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES — condicionou a eficácia do contrato de financiamento à CESP à apresentação de "instrumento que consubstancie a outorga, pelo órgão federal competente, de delegação de atividades inerentes à exploração da Hidrovia Tietê-Paraná ao Estado de São Paulo". Essa delegação, como vimos, só pode referir-se ao Rio Paraná, uma vez que a União não possui o domínio do Rio Tietê, que pertence ao Estado. Por conseguinte, sendo possível separar-se a construção da hidrovia, o Estado pode obter a renegociação do financiamento, circunscrevendo-o às obras do Rio Tietê. Não sendo possível essa alternativa, duas outras podem ser examinadas.

47. A primeira é obter da União a *concessão* para a implantação e exploração da hidrovia do Rio Paraná, que pode ficar condicionada à sua interligação com a hidrovia do Rio Tietê. A segunda é a realização de um *convênio* entre a União e o Estado, para a conjugação de esforços tendentes a implantar a hidrovia Tietê-Paraná, respeitadas as competências de cada entidade sobre o rio de seu domínio, como ocorreria com a conexão de vias férreas pertencentes a entidades diversas.

48. É evidente que, na hipótese de convênio, a União deverá fazer a sua parte, realizando as obras necessárias à implantação da hidrovia do Rio Paraná. E o Estado fará o mesmo com relação ao Rio Tietê. O convênio é o acordo firmado por entidades públicas para a realização de objetivos de interesse comum. Por isso, ambas as partes devem concorrer com recursos equivalentes, ainda que de espécies diferentes. Daí por que, "diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar a sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tem-

po em que participou voluntariamente do acordo" (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 11.^a ed. RT, 1985, pág. 338).

49. Quando a União quer descentralizar suas atividades, para a execução de programas federais, deverá fazê-lo mediante convênio (Decreto-lei n.º 200, de 25.2.67, art. 10, § 1.º, letra b, e § 5.º), mas *deverá fornecer os recursos necessários para esse fim*, tanto assim que os órgãos federais responsáveis exercerão o controle e a fiscalização indispensáveis sobre a execução local, "condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios" (Decreto-lei n.º 200/67, art. 10, § 6.º).

50. Ora, na hipótese em estudo, são os próprios órgãos federais que dizem inexistir recursos da União para aplicar na hidrovía Tietê-Paraná. Consequentemente, se é o Estado de São Paulo que deverá investir sozinho em obras no Rio Paraná, que não lhe pertence, é óbvio que o convênio não é o instrumento jurídico adequado. Esse instrumento é a *concessão*.

51. A concessão é a delegação contratual da execução de um serviço público, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder concedente, mediante remuneração pelos usuários, com o pagamento de tarifa que assegure o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. As características da concessão são bastante conhecidas na doutrina e jurisprudência pátrias, valendo observar que ela se destina precisamente a permitir que o Estado execute um serviço de sua competência, por conta e risco de outrem, que se dispõe a recuperar os investimentos feitos no prazo da concessão.

52. Alega-se que a concessão não pode ser outorgada a outra entidade pública porque, como o concessionário objetiva lucro, seria incompatível com os fins do Estado. Realmente, em regra, a concessão se faz a particulares, mas nada impede que seja outorgada também a outra pessoa de direito público interno, quando há interesse comum na prestação do serviço e o lucro fica em segundo plano, prevalecendo o atendimento à comunidade e à simples recuperação do capital investido. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO observa com proficiência:

"Tradicionalmente, a concessão se fez, via de regra, a pessoas caracterizadas não apenas como de direito privado, mas, além disto, não governamentais". E, em nota, acrescenta:

"Não se está, entretanto, excluindo o fato de que a concessão de serviços públicos a pessoas de direito público é não só exequível mas figura perfeitamente conhecida dos doutrinadores e da prática administrativa. Zanobini, por exemplo, é claro a propósito: "La concessione può essere fatta a singoli individui, a società commerciali, a persone giuridiche in genere: fra queste ultime, sono compresi anche gli enti pubblici, particolarmente le casse di risparmio e i monti di pietà dei servizi di riscossione e di tesoreria, i comuni e i provincie per quelli di comunicazione e di trasporto. In questi ultimi casi, tali enti non esercitano il servizio come soggetti di autarchia, ma allo stesso titolo e nelle identiche condizioni in cui lo eserciterebbe un soggetto di diritto privato" (Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, 2.^a ed. RT, 1979, págs. 27 e 28).

53. Aliás, a concessão de serviços da União aos Estados-membros não é desconhecida entre nós. O Estado de São Paulo é concessionário do

porto de São Sebastião, podendo inclusive traspasar parte dos serviços a terceiros, mediante concordância expressa do Poder concedente. Contrato semelhante pode ser feito com relação à implantação da hidrovía do Rio Paraná. A concessão é um contrato *intuitu personae*, mas admite a subcontratação parcial, desde que permaneça o concessionário original responsável pela execução do objeto e essa faculdade tenha sido prevista no ajuste (cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 216). Assim, o Estado de São Paulo, obtendo a concessão da hidrovía do rio Paraná, poderá promover a sua interligação com o Rio Tietê, nos termos e condições desejadas pela União. De igual modo, o Estado poderá repassar a qualquer de suas empresas parte dos serviços concedidos, se assim julgar conveniente. Na estrutura interna da administração estadual, o Departamento Hidroviário é o órgão competente para exercer, em nome do Estado de São Paulo, as atribuições que a este lhe compete originariamente, com relação ao Rio Tietê, e as que lhe forem delegadas pela União, quanto ao Rio Paraná.

VII — RESPOSTAS AOS QUESITOS

54. Examinados, assim, os vários aspectos da consulta, em face da legislação e da doutrina pertinentes, passamos a responder aos quesitos formulados pelo Consultante, na seguinte conformidade:

Ao 1.º quesito

Sim. O rio Tietê inclui-se entre os bens do domínio público do Estado de São Paulo, porque tem nascente e foz em seu território. Por conseguinte, possui o Estado todos os poderes inerentes ao seu domínio, podendo realizar as obras necessárias à implantação de uma hidrovía no rio Tietê e à sua exploração, direta ou indireta, independentemente de autorização da União.

Ao 2.º quesito

Na implantação e exploração da hidrovía do rio Tietê, o Estado de São Paulo fica sujeito às restrições impostas pela legislação federal sobre o regime dos portos e da navegação fluvial. Esta legislação, porém, não pode ir além do necessário para resguardar a liberdade do transporte de passageiros e mercadorias, pois o fundamento dessa reserva constitucional à União é assegurar o livre comércio em todo o território nacional.

Ao 3.º quesito

Sim. Havendo conveniência da interligação dos rios Tietê e Paraná, para a exploração conjunta da hidrovía, o Estado de São Paulo deverá obter da União delegação de atribuições, para a execução dos serviços no rio Paraná, que pertence ao domínio público federal.

Ao 4.º quesito

O instrumento jurídico mais adequado para o Estado de São Paulo obter a delegação da União para os serviços de implantação e exploração da hidrovía do rio Paraná é a *concessão*, que permite ao Estado recuperar os investimentos feitos, no prazo e condições previstos no contrato.

Ao 5.º quesito

Sim. A concessão é um contrato *intuitu personae*, mas admite a subcontratação parcial, desde que o concessionário permaneça res-

ponsável pela execução do objeto e essa faculdade tenha sido prevista no ajuste.

Ao 6º quesito

A fixação de tarifa é ato privativo do Poder concedente. Assim, caberá à União com relação ao rio Paraná e ao Estado de São Paulo no que disser respeito ao rio Tietê. Havendo conveniência de unificação de tarifas, será necessário acordo entre as referidas entidades.

É o nosso parecer, s.m.j.

SÃO PAULO, 10 de junho de 1985.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

REMUNERAÇÃO DE VEREADOR EM PERÍODO DE LICENÇA

NILO VARGAS

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6661

VEREADOR — LICENÇA.

— O efetivo exercício do mandato é que confere ao legislador municipal o direito à percepção de remuneração.

— A Lei Orgânica Municipal, contudo, ao dispor sobre licenças de vereadores, pode considerar como de efetivo exercício do mandato o tempo de licença para tratamento de moléstia devidamente comprovada.

— Em nenhuma hipótese o afastamento para tratar de interesses particulares possibilitará a percepção de qualquer parcela da remuneração do vereador licenciado.

O PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DE SANTO ÂNGELO encaminha consulta à Procuradoria-Geral do Estado buscando orientação para a solução de problemas relacionados com o pagamento de subsídios dos senhores vereadores. São suscitadas as seguintes questões:

“1. Vereador licenciado para tratamento de saúde:

a) Tem direito a receber integralmente?

b) Tem o mesmo direito à parte fixa?

2. Vereador licenciado para tratar de interesses particulares:

a) Tem direito à parte fixa ou não?

b) Cabe-lhe o recebimento de algum tipo de subsídio enquanto estiver em licença?”

É o relatório.

O tema relativo à convocação de suplentes de vereadores tem sido objeto de inúmeras manifestações da Procuradoria-Geral do Estado, com a abordagem de diferentes questões que as situações fáticas criam. Menciona-se, entre outros, os Pareceres números 1034-UAJ, 1043-UAJ e 1044-UAJ, do Procurador BARTOLOMÉ BORBA, 1918-CGE do Procurador ADÁURY PINTO FILIPPI, 2314-CGE, do Procurador ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL, e 1127-UAJ, 2415-CGE, 2419-CGE e 3105-CGE, do Procurador RENITA MARIA HÜLLEN.

É firme e uniforme a posição adotada pela Procuradoria-Geral do Estado: trata-se de matéria cujo tratamento está a cargo dos Municípios, à vista da inexistência de regras constitucionais que atribuam à União ou Estados membros competência privativa para a sua normatização.

Ocorre, todavia, que nenhuma das consultas respondidas, apesar da vastidão da matéria, versava sobre as questões ora propostas. Em razão dessa situação objetiva, passamos a examinar apenas a especificidade contida nas indagações, tendo por resolvidas as preliminares de competência dos Municípios para editar normas, em sua lei orgânica e em leis ordinárias, sobre licença e substituição de vereadores.

A Lei Orgânica do Município de Santo Ângelo disciplinou as hipóteses de perda de mandato dos vereadores, por cassação ou extinção, em seu artigo 8º, e os casos de substituição quando ocorresse vaga, licenciamento ou declaração de impedimento dos legisladores quando no exercício de suas atividades, no artigo 9º. Dispõe este último:

"Artigo 9º — O vereador será substituído pelo respectivo suplente nos casos de vaga, ou de licenciamento, ou de legítimo impedimento reconhecido pela Câmara Municipal.

§ 1º — Ocorrendo vaga, licenciamento ou impedimento, o Presidente providenciará na imediata convocação do suplente, nos termos da lei.

§ 2º — Os casos de licença dos vereadores titulares e convocação de suplente serão regulados pelo Decreto-lei nº 201.

§ 3º — O vereador licenciado, nos termos do parágrafo anterior, não poderá reassumir o exercício do mandato antes do término da licença."

Desde logo fica evidente a flagrante ilegalidade, para não dizer inconstitucionalidade, das disposições contidas nos §§ 2º e 3º do artigo 9º da Lei Orgânica do Município de Santo Ângelo, bem como o antagonismo que estabelecem, com o § 1º e o *caput* do referido artigo.

O Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, trata, nos artigos 7º e 8º, dos casos de cassação e extinção do mandato do vereador. Ocorrendo as hipóteses ali previstas, estabelecem os §§ 2º do artigo 7º e 1º do artigo 8º, que o Presidente da Câmara deverá convocar imediatamente o suplente do vereador afastado ou do que tiver declarado extinto o seu mandato. Nenhuma outra referência ou regra existe no Decreto-lei nº 201 que autorize a idéia de que as suas disposições devem ser observadas nos casos de licença de vereador.

Seguramente, por força da compreensão de que o § 2º do artigo 9º da Lei Orgânica do Município não se aplica aos casos de que trata (licença de vereador), é que o Regimento Interno da Câmara, em seu artigo 13, § 3º, estatui:

"Artigo 13

§ 3º — Dar-se-á a convocação de suplente nos casos de licença ou em virtude de morte, renúncia, investidura do vereador nas funções de Ministro de Estado, Secretário de Município, Prefeito nomeado e Interventor, perda ou extinção de mandato, estes nos termos da legislação federal pertinente."

Considerando, então, a inaplicabilidade da regra inserida no § 2º do artigo 9º da Lei Orgânica do Município de Santo Ângelo, é de toda a conveniência que o Legislativo venha a revogar tal disposição, evitando, assim, os problemas que a vigência dessa norma possam acarretar. O mesmo, por outro lado, se pode dizer do § 3º do mesmo artigo 9º.

Além de fazer referência ao § 2º — cuja regra, como se viu, não tem aplicação — o § 3º em referência estabelece uma proibição que não tem sustentação legal, à luz da melhor doutrina e mesmo da jurisprudência.

HEL Y LOPES MEIRELLES, em seu "Direito Municipal Brasileiro", ed. Revista dos Tribunais, SP, 1985, 5ª edição, página 461, assevera:

"Por igual, pode o licenciado reassumir suas funções na Câmara no decorrer da licença, sem maiores formalidades, bastando que compareça à sessão e declare à mesa, para constar da ata, a sua reassunção; desde esse momento *cessa o exercício do suplente*, que o substituí na vereança." (O grifo é nosso. Esse entendimento foi sufragado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, nos termos do acórdão publicado na Revista dos Tribunais, nº 245, página 524)

Afastada a impropriedade da regulação em causa, de competência dos Municípios, resta examinar os efeitos que a licença de vereador, por motivo de saúde ou para tratar de interesses particulares, determina quanto à sua remuneração.

A remuneração dos vereadores está disciplinada por sucessivas leis complementares, a partir da Lei complementar nº 25, de 2 de julho de 1975. Com as modificações trazidas pela Lei complementar nº 38, de 13 de novembro de 1979, receberão os vereadores o equivalente a 3%, no mínimo, e 70%, no máximo, da remuneração percebida pelos deputados estaduais, em cada Unidade Federada, considerando-se, para tal fim, apenas o subsídio, mais a retribuição fixada para as sessões extraordinárias dos Legislativos Estaduais.

Essa remuneração, a seu turno, compõe-se do subsídio e da chamada parcela retributória, relativa ao comparecimento às sessões extraordinárias. O subsídio é representado por uma parte fixa e outra variável, sendo que esta última será devida em razão do comparecimento do vereador às sessões da Câmara e à votação da matéria em pauta. Em razão dessa decomposição do subsídio, a parte fixa é devida a todo o vereador que está no pleno exercício do seu mandato, ao passo que a parte variável só é devida se o titular do mandato participa dos trabalhos legislativos, inclusive e principalmente das votações em plenário.

Como consequência, temos que o efetivo exercício do mandato e o cumprimento dos deveres e encargos que acompanham a representação popular, no âmbito legislativo, é que determinam o direito à percepção de qualquer parcela integratória da remuneração do vereador. Assim sendo, nos casos de licença, o titular do mandato, ao abandonar, mesmo temporariamente, o exercício de seu mandato, perde o direito às vantagens correspondentes; de outra parte, o suplente, ao substituir o titular e passar ao exercício da vereança, sub-roga-se nos direitos e obrigações conferidos pela substituição.

Colhendo, ainda, o magistério de HEL Y, op. citada, página 461, vemos que:

"O licenciado perde integralmente os subsídios e quaisquer outras parcelas estipendiárias, porque a remuneração dos membros dos corpos legislativos é, por natureza, *"pro labore faciendo"*, vale dizer, pelo exercício da função. Desde que afastado do exercício do mandato, cessa a causa legal da remuneração, diversamente do que ocorre com os funcionários, que podem obter determinadas licenças com vencimentos parciais ou integrais, uma vez que tais vencimentos têm caráter alimentar e resultam da relação de emprego mantida com o Poder Público. Sabido que o vereador não é funcionário público mas

sim agente político, vinculado ao governo municipal por razões de cidadania (eleição), só faz jus ao subsídio quando no *exercício do mandato*.'' (Os grifos são nossos).

Como corolário dessa orientação, e partindo da premissa de que só o exercício do mandato confere direito à percepção das parcelas que integram a remuneração do vereador, HELY entende que, mesmo nos casos de licença para tratamento de saúde, nada lhe deve ser pago, nem mesmo a parte fixa da remuneração.

Entendemos de forma diversa. Nos casos de licença, é preciso levar em conta as razões que ditaram o afastamento do vereador. Se as razões são de natureza pessoal, estranhas ao interesse público e ao exercício do mandato — licença para tratar de interesses particulares, por exemplo — torna-se evidente que o vereador não faz jus tanto à parte fixa como à parte variável de sua remuneração.

No caso, todavia, em que a licença se dê em razão de moléstia (doença) que afete o titular do mandato, outra deve ser a solução para o problema. Trata-se de caso de força maior, hipótese em que a licença não representa ato de vontade, mas sim solução para um problema de saúde.

Em tais hipóteses, considerando que o Município é competente para regular a matéria, pode a lei orgânica local dispor sobre os casos de licença para tratamento de saúde, inclusive considerando, para efeito de remuneração, que o tempo dessa licença venha a ser considerado como de efetivo exercício do mandato.

Em tal sentido, tem se orientado a legislação paulista. JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra "Manual do Vereador", 3ª edição, 1983, CEPAM, SP, página 85, observa:

"Várias leis orgânicas têm previsão idêntica àquelas, consignando, como faz a de São Paulo no § 1º do citado artigo 21, que, para fins de remuneração, se considera como em exercício o vereador licenciado por moléstia devidamente comprovada e para desempenho de missões temporárias de caráter cultural ou de interesse do Município."

O mesmo autor assinala, contudo, que deve haver cautela no tratamento da questão, ponderando que, conforme o caso, deverá ser paga apenas a parte fixa da remuneração. Até porque, dependendo das razões que levaram à licença, o vereador afastado poderia ganhar mais do que o em exercício (hipóteses em que houver falta às sessões, com perda do respectivo jeton).

Em razão do que foi exposto, respondemos às questões propostas, nos seguintes termos:

1º) Havendo na lei orgânica municipal dispositivo assegurando o pagamento de parcela da remuneração a vereador em licença para tratamento de saúde, em virtude da existência de moléstia devidamente comprovada, terá ele direito à percepção da mesma. O alcance dessa remuneração — se somente a parte fixa ou esta somada à parte variável — depende do legislador local. Não é demais, contudo, alertar para o excesso no tratamento da matéria.

2º) Já no caso de licença para tratamento de interesses particulares, o vereador não fará jus a qualquer parcela da remuneração, eis que, como já foi dito, seu afastamento não resultou de força maior e nem levou em conta o interesse público.

Convém, encerrando, que se advirta para o fato de que o pagamento dos quantitativos remuneratórios a titulares e suplentes devem ser somados e considerados para efeito do limite ou teto de despesa fixado na Lei complementar nº 45.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 13 de maio de 1986.

REGIME PREVIDENCIÁRIO DE SERVIDORES MUNICIPAIS

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.546

SERVIDORES PÚBLICOS.
REGIMES JURÍDICOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO PÚBLICO.
REGIMES PREVIDENCIÁRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Servidores sujeitos ao regime especial de contribuição da previdência social urbana.
Conceito de regime próprio de previdência municipal, face à legislação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social.
Execução de serviços previdenciários mediante convênio.

Do MUNICÍPIO DE SANTIAGO provém consulta subscrita pelo Chefe do Executivo, complementando dados sobre questões anteriormente encaminhadas a esta Procuradoria-Geral do Estado por iniciativa do Vice-Prefeito, no exercício do cargo de Prefeito, na oportunidade.

É solicitado pronunciamento desta Casa sobre o seguinte:

Inexiste previsão em lei do Município de Santiago quanto a direito a pensão para os dependentes de funcionários, sob o regime estatutário, em caso de morte destes.

A Prefeitura vinha concedendo pensões, de forma nominativa, para cada caso, mediante decreto.

É indagado se essa praxe configura regime próprio de previdência, para o efeito de exclusão dos funcionários municipais do regime especial de contribuição, previsto na legislação federal referente ao sistema da previdência social.

É esclarecido na consulta que no Município há servidores sob o regime da C.L.T., e sob o regime estatutário. Que os funcionários estatutários ativos e inativos passaram a ser contribuintes da Previdência Social, pelo regime especial de contribuição (na base de 4,8% atualmente), em razão do estatuído mediante a Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980.

Pergunta-se, a final, se há possibilidade de atender reivindicação dos funcionários ativos e inativos submetidos ao regime estatutário municipal, no sentido de serem desvinculados do regime especial de contribuição da previdência social do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e passarem a ter a cobertura da assistência médica e hospitalar prestada através da UNIMED, que é uma empresa privada.

Passamos ao exame da matéria.

2. De regra, a prestação de serviço público sob vínculo jurídico deve dar-se

sob o regime institucional, também dito estatutário, cujas normas básicas encontram-se na Constituição Federal (Capítulo VII, Seção VIII, artigos 97 a 111).

Esse regime disciplina as relações dos funcionários públicos em sentido estrito, que são os investidos em cargos de provimento efetivo, e em cargos de provimento em comissão. A expressão 'servidores' é usada para designar todas as categorias de pessoal do serviço público.

Além dessas situações para o pessoal do serviço público, prevê ainda a Constituição da República, em seu artigo 106, que o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.

Esse dispositivo exclui do regime geral do serviço público, que é o institucional (estatutário), as hipóteses de admissão para serviços de caráter temporário e contratações para funções de natureza técnica especializada. Somente nessas hipóteses não é obrigatório o regime institucional ou estatutário.

É facultado pelo artigo 106 da Constituição, à União Federal, aos Estados e aos Municípios, cada qual em seu respectivo âmbito (conforme entendimento, hoje pacífico, da doutrina e da jurisprudência), editar, através de lei especial, regras análogas as do regime estatutário, para admissões em serviços de caráter temporário, ou regras configuradoras de contrato administrativo para esse mesmo tipo de admissões e também para contratações para funções de natureza técnica especializada.

Outrossim, em lugar de edição de lei para o fim acima indicado, é admissível, por não resultar proibida, pelas normas constitucionais, a adoção, no âmbito público federal, estadual ou municipal, do direito do trabalho, posto segundo a competência da União, para reger as hipóteses de que trata o citado artigo 106 da Carta Magna.

Ao exercerem a faculdade de criar normas especiais para as hipóteses do artigo 106, não podem os Estados e Municípios legislar atribuindo estabilidade a servidores.

As condições para aquisição de estabilidade do servidor público, em vista do disposto no inciso III do artigo 109 da Constituição Federal, só podem ser veiculadas através de lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, e não podem contrariar as normas já postas constitucionalmente a respeito.

Nesse sentido, manifestaram-se os especialistas que têm estudado a matéria em pauta, ao ensejo do exame do artigo 106 e inciso III do artigo 109 da Lei Fundamental. Entre outros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, páginas 43 a 46); JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 189); ADILSON DE ABREU DALLARI (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 50 a 53); e JOAQUIM CASTRO AGUIAR (Regime Jurídico dos Funcionários Municipais, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 85 e 86).

Em última análise, infere-se do sistema constitucional (aplicável à União, aos Estados e aos Municípios), que só para as hipóteses mencionadas no artigo 106 pode haver exclusão do regime estatutário ou institucional (o relativo a cargos de provimento efetivo ou em comissão), seja mediante criação de regime adminis-

trativo especial para essas hipóteses, através de lei da respectiva entidade política estatal, seja pela adoção do regime do direito do trabalho editado pela União para os trabalhadores em geral.

3. A legislação previdenciária social, de caráter nacional, editada pela União, exclui de seu campo de abrangência os servidores públicos que tenham regime próprio de previdência, o qual assegure, no mínimo, aposentadoria ao funcionário e pensão aos seus dependentes, em caso de morte daquele. É esse o conceito de "regime próprio de previdência" que atualmente vem prevalecendo, com relação aos entes políticos da Federação (União, Estados e Municípios), para o efeito de exclusão do sistema da previdência social urbana (Lei Orgânica da Previdência Social — Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 — artigo 3º, inciso I, de acordo com a redação dada pela Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980, com vigência, desde 1º de janeiro de 1981, e ainda consoante o parágrafo 2º do artigo 5º do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979).

4. Passaram a ser obrigatoriamente vinculados à previdência social urbana os servidores públicos que têm assegurada apenas a aposentadoria pelos cofres da entidade política estatal a que servem (União, Estados ou Municípios), ficando sujeitos ao *regime especial de contribuição*, de acordo com o parágrafo único do artigo 3º e o artigo 69, incisos IV, da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 — Lei Orgânica da Previdência Social — conforme redação emprestada àquela pela Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1981.

O *regime especial de contribuição* do parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 3.807/60 (LOPS), na redação dada pela Lei nº 6.887/80, garante:

- 1) ao servidor ou funcionário (segurado): a percepção de auxílio-natalidade;
- 2) a seus dependentes: pensão, auxílio-reclusão e auxílio-funeral;
- 3) ao servidor ou funcionário e a seus dependentes:
 - a — assistência médica, farmacêutica e odontológica;
 - b — assistência complementar;
 - c — assistência reeducativa e de readaptação profissional.(tudo conforme previsto no artigo 22, inciso I, letra f, inciso II, letras a, b e c, inciso III, da Lei nº 3.807/60).

O servidor municipal sujeito ao referido regime especial de contribuição da previdência social urbana deve contribuir, mediante desconto em folha de pagamento, com 4,8% de sua remuneração, cabendo ao Município pagar quantia igual à devida por aquele (artigo 69, inciso V, da Lei nº 3.807/60, combinado com o artigo 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.910/81).

5. O Município que pretenda proporcionar sistema próprio de previdência, deve, no mínimo, além da aposentadoria pela qual já é responsável (nos termos da Constituição Federal — artigos 101 e 102), assegurar, para o caso de morte dos funcionários, pensão aos respectivos dependentes, disciplinando a matéria, através de lei em sentido formal e material.

Os funcionários em sentido estrito, isto é, os sujeitos ao regime institucional, também denominado estatutário, aos quais seja assegurado, além da aposentadoria, o direito à pensão, ficam, em razão disso, excluídos do regime especial de

contribuição da Lei nº 3.807/60, ainda que não tenham assegurado o direito à assistência médica ou a qualquer outro tipo de assistência.

6. Outra forma de estabelecer regime próprio municipal de previdência seria a adoção do sistema previdenciário do Estado, através de recepção desse sistema, mediante lei local, no sentido formal e material, e convênio para execução dos serviços respectivos, com o órgão previdenciário do Estado (Instituto de Previdência do Estado), convênio esse que deve ser aprovado pela Câmara de Vereadores.

De qualquer modo, a responsabilidade pela aposentadoria, nessa última hipótese, quanto aos servidores que fossem abrangidos, permaneceria sendo do Município, que deverá arcar com o pagamento respectivo.

7. O Município não está obrigado a incluir a assistência médica entre os benefícios a serem prestados, para que se caracterize "sistema próprio de previdência", para o efeito de exclusão de seus servidores do regime especial de contribuição da previdência social.

Porém diversamente há de ser entendido um "sistema próprio de previdência" municipal que pretenda abranger servidores regidos pelo direito do trabalho, em razão da relação de complementaridade existente entre o sistema da CLT e o SINPAS.

Para que a prestação de assistência médica e/ou hospitalar integre os benefícios do "sistema próprio de previdência" municipal, é necessário que figure na legislação local, como serviço obrigatório e como direito dos funcionários, a fim de que esteja legitimada a instituição, por lei local, de contribuição para seu custeio.

8. Esclarecemos que não é obrigatória a criação de um organismo municipal específico e autônomo para os servidores previdenciários. A descentralização de serviços públicos obedece a critérios de conveniência administrativa. A descentralização quanto a serviços previdenciários públicos parece necessária, em razão de seu volume, quando se trate de entidades de considerável porte, como é a própria União Federal, os Estados e alguns grandes Municípios (em geral as capitais dos Estados).

O Município que pretender ter sistema próprio de previdência (ou regime próprio de previdência) deve instituí-lo através de lei em sentido formal e material. Deve previamente examinar sua viabilidade econômico-financeira, mediante estudos técnicos apropriados (especialmente atuariais), a fim de determinar o percentual de contribuição a ser exigido dos funcionários e os tipos de benefícios a serem instituídos, além da previsão legal de aposentadoria e pensão.

9. A concessão de pensões, num sistema previdenciário público, não pode ser delegada a entidades seguradoras privadas, porque, dessa forma, o interesse tutelado não estará devidamente resguardado, de modo a substituir ou preencher a proteção que se encontra posta pelo sistema nacional previdenciário, através do regime especial de contribuição nele previsto.

10. O Município que instituir (através de lei) o direito à assistência médica para seus servidores (incluindo ou não os respectivos dependentes), pode celebrar convênio com entidade pública, se for o caso, ou ajuste ou contrato com entidade privada (também costumeiramente denominado convênio), para o fim de serem executados os serviços correspondentes. O que importa é que o Município seja o responsável, do ponto de vista jurídico e econômico-financeiro,

pela prestação do serviço. Outrossim, o Município pode adotar o sistema de execução através de controle direto, mediante credenciamento de profissionais ou entidades.

11. Adindo um parêntesis, cabe explicar que, em linguagem jurídica, o termo convênio é, em especial, utilizado na acepção de ajuste entre Estados ou países, como sinônimo de convenção, pacto ou tratado internacional. Esse mesmo significado, mais formal e solene, da expressão convênio está presente no parágrafo 3º do artigo 13 da nossa Constituição da República, segundo o qual dispositivo, a União Federal, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios entre si para execução de sua leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais. Nessa hipótese, igualmente, a palavra é entendida em acepção restrita, dependendo tais convênios, de regra, de aprovação do Poder Legislativo. Nessa acepção restrita, é impossível a participação de entidade privada na celebração de convênio.

Convém clarificar, no entanto, que a Constituição Federal do nosso país não exclui a possibilidade de desconcentração de serviços públicos de modo que sua execução fique a cargo de particulares. Muitas vezes, essa forma de desconcentração é praticada também sob a forma de ajuste denominado convênio.

Não é estranho ao direito o emprego do vocábulo convênio, em acepção ampla, para a designação de ajustes ou contratos entre entidades públicas e privadas e também entre entidades privadas. Como exemplo, mencionamos o parágrafo 2º do artigo 389 da Consolidação das Leis do Trabalho, vigente com a redação que lhe foi imprimida pelo Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967.

Por outro lado, a palavra convênio é largamente utilizada nessa acepção mais abrangente, inclusive no âmbito dos negócios públicos.

Sendo o seu uso generalizado, tanto nas normas jurídicas como nos atos do poder público em geral, assim como nos negócios privados, não se pode dizer que esse uso da palavra convênio seja incorreto, ao que nós parece, seja do ponto de vista da linguagem das normas jurídicas ou do ponto de vista das ciências lingüísticas. Parece-nos impossível a reversão de um uso corrente, correspondendo ao significado tradicional da palavra na língua portuguesa, que é a língua oficial do nosso país, embora alguns dicionários brasileiros registrem, com relação ao verbete convênio, apenas seu significado de pacto internacional.

12. Isto posto, concluímos quanto ao que nos foi submetido a exame:

A) Para que não incidam obrigatoriamente sobre o vínculo jurídico, que liga os funcionários em sentido estrito ao Município, as regras do regime especial de contribuição do sistema nacional da previdência social (Lei nº 3.807/60, parágrafo único do artigo 3º), é necessária a instituição, pelo Município, de regime próprio de previdência, através de lei em sentido material e formal. A concessão de pensão conforme a praxe existente em Santiago não caracteriza regime próprio de previdência, nos termos legais, embora suprisse por algum tempo uma lacuna.

B) Segundo a legislação federal, o "regime próprio de previdência municipal" estará caracterizado se, além do direito à aposentadoria (ao qual já corresponde, por via constitucional, a responsabilidade do Município), a lei local estabelecer, no mínimo para o caso de morte do funcionário, o direito à pensão para os respectivos dependentes (a serem qualificados pela lei municipal), abrangendo obrigatoriamente os contemplados pela lei federal previdenciária com o mesmo tipo de benefício.

C) Em caso de o Município assumir, além disso, através de lei, a responsabilidade de prestar assistência médica e/ou hospitalar aos seus funcionários estatutários, estendendo-a ou não às demais categorias de servidores, de forma complementar, abrangendo ou não os dependentes destes e daqueles, nada impede que estabeleça, para execução dos serviços correspondentes, ajuste com entidade privada, usualmente denominado convênio.

É este nosso parecer.

PORTO ALEGRE, 12 de fevereiro de 1986.

CRIAÇÃO DE NOVOS MUNICÍPIOS

MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.535

Criação de Município.

Desmembramento de área municipal para ser constituído, juntamente com outra, um novo Município.

A criação de Município implica alteração da divisão territorial do Estado, fazendo-se necessária a realização do procedimento legal para tanto previsto, levando-se em consideração a legislação federal e estadual pertinente.

O Excelentíssimo Senhor GOVERNADOR DO ESTADO encaminha a esta Procuradoria-Geral, a fim de ser examinada, consulta proveniente do Município de Canguçu.

Os integrantes da Bancada do PDS do Legislativo Municipal, através de ofício dirigido ao Chefe do Poder Executivo Estadual, desejam registrar seu desagrado frente ao movimento emancipacionista da Vila Cristal, situada no Município de Camaquã.

Conforme salientam os consulentes:

"Justificamos nossa preocupação com o fato de que a 'pretensa' emancipação atingirá parte do Município de Canguçu, ou seja, fração do 5º Subdistrito, zona produtiva e que está sofrendo os assédios do Sr. Egidio Schlabit, atual delegado do INCRA, que em cima de promessas de concretização inviável procura convencer os canguçuenses lá residentes, visando um plebiscito vitorioso à emancipação, o que fatalmente traria sensíveis prejuízos a este Município, sob o ponto de vista político, econômico e social, além de originar uma situação bastante difícil àquela população no que concerne às estradas, escolas, etc."

É a consulta.

Trata-se de desmembrar parte do território do Município de Canguçu para ser criado, juntamente com área do Município de Camaquã, um novo Município no Estado.

Diante da preocupação colocada pelos consulentes, ou seja, de que a pretendida emancipação possa atingir parte do Município de Canguçu, se há de questionar a respeito de desmembramento de área municipal para ser constituído, juntamente com outra, um novo Município. Cumpre indagar, outrossim, até que ponto é operante a manifestação em contrário da população local, para impedir a inclusão do mencionado subdistrito na área territorial a ser emancipada.

Porque a criação de Município implica alteração da divisão territorial do Estado, faz-se necessária a realização do procedimento legal para tanto previsto, levando-se em consideração a legislação federal e estadual pertinente.

Dispõe o artigo 14 da Constituição Federal:

"Artigo 14 — Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de Municípios.

Parágrafo único — a organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de Municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei."

E a Constituição do Estado determina em seu artigo 145:

"A criação, extinção e desmembramento do Município **dependerão de lei estadual.**" (grifamos).

No âmbito federal, o diploma legal a ser observado é a Lei complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967, com as alterações introduzidas pelas Leis complementares nº 28, nº 32 e nº 46, de 18 de novembro de 1975, 26 de dezembro de 1977 e 21 de agosto de 1984, respectivamente, e a Lei complementar nº 39, de 4 de dezembro de 1980.

"A nível estadual, a Lei nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, com suas alterações posteriores, dispõe sobre a alteração na divisão territorial do Estado, dedicando capítulo especial à criação de Municípios.

Por sua vez, a Lei estadual nº 7.522, de 9 de julho de 1981, fixa prazo para a criação de Município e suas alterações territoriais.

Desta forma, a modificação referente à área geográfica dos Municípios é da competência do Estado, respeitados os requisitos estabelecidos em leis complementares à Constituição Federal.

Considerando-se a legislação pertinente ao assunto, constata-se que:

a) É possível o desmembramento de área municipal para a constituição de novo Município, na medida em que a população local se manifestar favoravelmente ao mesmo;

b) o desmembramento para a criação de Município não pode importar, para o Município de origem, na perda de determinados requisitos exigidos em lei.

Dispõe o artigo 1º, da Lei complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967:

"Art. 1º. A criação de Município depende de lei estadual que será precedida de comprovação dos requisitos estabelecidos nesta lei e de consulta às populações interessadas."

A lei estadual é, pois, o instrumento através do qual se cria o novo Município.

No entanto, é indispensável, à elaboração da mesma, não só a observância de determinados requisitos essenciais, previstos na referida Lei complementar, como a realização de plebiscito.

Quanto à exigência de determinados requisitos, lê-se no artigo 2º da Lei complementar nº 1/67:

"Art. 2º. Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:

I — população estimada superior a dez mil habitantes ou não inferior a cinco milésimos da existente no estado;

II — Eleitorado não inferior a 10% da população;

III — centro urbano já constituído, com número de casas superior a duzentas;

IV — arrecadação, no último exercício, de cinco milésimos da renda estadual de impostos."

Desta forma, o artigo 3º, "caput", da Lei estadual nº 4.054/60, que diz quais as condições essenciais à criação de Municípios, foi revogado pelo artigo 2º, supratranscrito, da citada Lei complementar.

Quanto ao enunciado constante no § 1º do artigo 3º, da Lei estadual nº 4.054/60, está, por igual, contido no § 1º, do artigo 2º, da Lei complementar nº 1/67, que diz:

"§ 1º. Não será permitida a criação de Município, desde que esta medida importe, para o Município ou Municípios de origem, na perda dos requisitos exigidos nesta lei."

Já no que diz respeito à consulta plebiscitária, será a mesma realizada por distrito, subdistrito ou zona da área emancipada. (artigo 19 da Lei nº 4.054/60).

Segundo o artigo 25 da mesma lei estadual:

"Em cada zona emancipada, o resultado do plebiscito será apreciado globalmente, levando-se em conta, no cômputo final, a manifestação conjunta da área consultada, observadas as seguintes condições:

I — Serão apuradas em separado as zonas relativas a cada distrito, subdistrito ou zona.

II — Em todos os casos as apurações serão feitas segundo o critério majoritário."

Por sua vez, o artigo 5º da Lei complementar nº 32, de 26 de dezembro de 1977, dispõe:

"Art. 5º. Somente será admitida a elaboração de lei que crie Município, se o resultado do plebiscito lhe tiver sido favorável pelo voto da maioria dos eleitores que comparecerem às urnas, em manifestação a que se tenham apurado pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos eleitores inscritos."

É de interesse mencionar os §§ 2º e 3º, do artigo 3º, da mencionada lei estadual, na medida em que dizem respeito à manifestação em contrário de áreas a serem desmembradas para se incorporarem a novo Município.

"§ 2º — Não serão incorporadas a novo Município as áreas que se manifestarem contra sua criação desde que as indicadas exclusões não prejudiquem as exigências constantes dos incisos I, II e III deste artigo."

Atualmente, com o advento da Lei complementar nº 1/60, se há de entender que as exigências são as constantes em seu artigo 2º, antes apontadas, itens I, II, III e IV.

E o § 3º dispõe:

"Terão preferência para as exclusões de que trata o parágrafo anterior as áreas populacionais que apresentarem maior percentagem de votos contrários à criação de Município, na rigorosa ordem decrescente dos percentuais verificados."

O antes transcrito § 2º deve ser cotejado com o artigo 25, § 2º, da mesma Lei nº 4.054/60, que diz:

"Nos casos de incorporação, subdivisão e desmembramentos de Municípios serão excluídas automaticamente as áreas relativas a cada

distrito, subdistrito ou zona, que se manifestarem contrárias, desde que a exclusão não infrinja o disposto no art. 36 ou no item II do art. 47."

Diante de tais normas, se há de considerar, em princípio, excluída da incorporação do novo Município a área que se manifestar em contrário à criação do mesmo, desde que:

a) a exclusão da área em desacordo não prejudique os requisitos exigidos para a criação de Município (artigo 3º, § 2º, da Lei estadual nº 4.054/60);

b) a exclusão não resulte em perda da continuidade territorial do Município (artigo 25, § 2º da Lei nº 4.054/60, combinado com o artigo 36, da mesma lei);

c) a configuração do Município obedeça a uma relativa harmonia em suas dimensões, evitando-se as normas anômalas e exagerados estrangulamentos ou alargamentos.

No entanto, cumpre frisar que, de início, ainda antes da manifestação plebiscitária em contrário da população local de determinada área, é possível a não-inclusão no processo emancipatório da área municipal a ser desmembrada, se, no mínimo, cem eleitores, residentes ou domiciliados na referida área, não assinarem a representação dirigida à Assembléia Legislativa.

Havendo desmembramento de áreas pertencentes a dois Municípios, como ocorre no caso em exame, cem eleitores, no mínimo, residentes e domiciliados **em cada área a ser desmembrada**, deverão assinar a referida representação.

Deverá somar, pois, dita peça inaugural do processo emancipacionista, de que se cogita, no mínimo, a assinatura de 200 eleitores, residentes e domiciliados em cada área a ser desmembrada, a fim de não serem as mesmas excluídas quando da consideração do pedido de criação de Município.

É o que se depreende da leitura do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei complementar nº 1/67, que preceitua:

"Parágrafo único — O processo de criação de município terá início mediante representação dirigida à Assembléia Legislativa, assinada, no mínimo, por cem eleitores, residentes ou domiciliados na área que se deseja desmembrar, com as respectivas firmas reconhecidas." (sublinhei).

Este é o entendimento que vem adotando a Assembléia Legislativa do Estado, quando se trata de processos emancipacionistas, envolvendo desmembramentos de áreas municipais, ainda que ínfimos, para se incorporarem a outros, a fim de ser criado Município.

Aliás, outra não poderia ser a interpretação a ser dada ao transcrito parágrafo único, do artigo 1º, da Lei complementar nº 1/67, já que o legislador fala em área que se deseja **desmembrar** ao invés de **emancipar**.

EM CONCLUSÃO:

É possível o desmembramento de área de determinado Município para ser incorporada à área desmembrada de outro, a fim de propiciar o surgimento de um novo Município.

Porque a criação de Município implica alteração da divisão territorial do Estado, faz-se necessária a realização do procedimento legal para tanto previsto, levando-se em consideração a legislação federal e estadual pertinente.

É possível que se exclua da incorporação ao novo Município a zona que se manifestar em contrário à sua criação, desde que obedecidos os requisitos exigi-

dos no artigo 2º da Lei complementar nº 1/67 e no artigo 36 e 47, item II, da Lei estadual nº 4.054/60. (artigo 3º, § 2º, combinado com o artigo 25, § 2º, ambos da referida Lei estadual).

Ainda, é preciso que, no mínimo, cem eleitores, de cada área a ser desmembrada, assinem a representação dirigida à Assembléia Legislativa para a inclusão das mesmas no processo de criação de Município.

No caso presente, no mínimo, cem eleitores, residentes ou domiciliados na área que se deseja desmembrar (Canguçu — fração do 5º Subdistrito e Camaquã — Vila Cristal) terão de assinar a representação, para serem incluídas ditas áreas no processo de criação de Município.

É o parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 06 de fevereiro de 1986.

TRABALHOS FORENSES

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES — ISPV

CONTESTAÇÃO

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 10ª VARA SE-
ÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO SUL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da MEDIDA CAUTELAR proposta pelo CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA-CREA/RS, vem pelo presente, em CONTESTAÇÃO, dizer a Vossa Excelência o seguinte:

1. O Autor se insurge contra a tabela que determina a base de cálculo das parcelas a serem recolhidas à Fazenda Estadual a título de imposto sobre a propriedade de veículos automotores.

Alegadamente, dita tabela teria sido elaborada por técnicos da Secretaria da Fazenda, quando deveria sê-lo por profissionais de engenharia mecânica. Isto porque, nos termos do artigo 8º da lei instituidora do tributo (Lei nº 8.115 de 30/12/85) deverão ser considerados na "avaliação" dos aludidos veículos "diversos quesitos genuinamente técnicos", exemplificativamente, a potência, capacidade de tração, ano de fabricação, etc. enumerados no dispositivo legal. De resto, a avaliação dos veículos configuraria atividade privativa de Engenheiros Mecânicos ou Industriais, segundo prevê a Lei federal (nº 5194/66) que lhes regula-menta o exercício profissional.

2. Infere o Autor que a tabela utilizada para cálculo e pagamento do ISPV é "destituída de valor jurídico", esgrimindo o art. 13 da citada lei que dispõe que, plantas, projetos, laudos e demais trabalhos concernentes à arquitetura, engenharia e agronomia somente terão valor jurídico se realizados por profissionais habilitados nos termos da lei. Nesses termos, através de futura ação a ser ajuizada, pleiteará a decretação da nulidade da referida tabela.

3. A título de justificação do direito à tutela cautelar, invoca o demandante o seguinte motivo: despida de valor jurídico (dita tabela) "não pode servir de base para cálculo do imposto, pois ficarão os atos praticados com base na mesma sujeitos à declaração de nulidade a qualquer tempo, o que poderá prejudicar os fins que colima, motivo a mais porque devem ser urgentemente suspensos quaisquer efeitos que possa vir a produzir".

I — ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM"

Suscita-se, em caráter prefacial, a ilegitimidade "ad causam" do requerente da medida.

Inobstante os argumentos constantes da inicial, a entidade autárquica federal não possui legitimidade "ad causam" para pleitear, como fez, em nome próprio o direito alheio, com evidente infringência do art. 6º do Código de Processo Civil, aplicável à espécie, segundo acentua CELSO AGRÍCOLA BARBI: "... Em mandado de segurança, como em qualquer ação, ninguém pode ingressar em juízo para defesa de direito alheio, i.e., como 'substituto processual', *sem que o autorize* (cf. in Do mandado de segurança, pág. 91, 3ª Edição Forense, CELSO AGRÍCOLA BARBI).

Traz-se à colação, apenas por prazer dialético, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, em ação de mandado de segurança impetrado pelo Conselho Federal de Biblioteconomia, também autarquia federal, para prevenir infração a lei regulamentadora da profissão, fulminou o pedido de segurança, julgando o impetrante CARECEDOR DE AÇÃO, nos seguintes termos:

"VOTO —

Esse preceito legal não possui, todavia, o alcance que lhe empresta o impetrante, porquanto a habilitação que confere ao Conselho Federal de Biblioteconomia é somente a de *fiscalizar o exercício da profissão de bibliotecário*. Ora, na fiscalização, cujo exercício incumbe ao mencionado Conselho, não se envolve, em juízo, a defesa dos direitos individuais de seus associados, mediante mandado de segurança uma vez que, *por meio deste*, em princípio, *somente se tutela direito próprio do impetrante*. Poderia a lei ter outorgado ao Conselho Federal de Biblioteconomia, à semelhança do que fez em relação à Ordem dos Advogados do Brasil, legitimidade para representar, em juízo ou fora dele, os interesses da classe dos bibliotecários e os individuais, relacionados com o exercício da profissão (Lei nº 4.215, de 1963, artigo 1º, parágrafo único). Com isso, entretanto, não se fez, pois o artigo 8º da Lei nº 4.084, somente encarrega o Conselho Federal de Biblioteconomia de fiscalizar o exercício da profissão de bibliotecário, julgo o impetrante, por ilegitimidade "ad causam", carecedor da presente ação de segurança." (CF. acórdão, "in" R.T.J. nº 97/561).

Outras decisões do mesmo tribunal, em ordem: RE nº 70.441, Rel. Min. Rodrigues Alckmin; RTJ 79/114, RE 72.035, Rel. Min. Luiz Gallotti, RTJ 59/599; MS 18.293, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 50/270, demonstram ser esta a tendência uniforme da jurisprudência dos tribunais.

Dentre outros, colaciona-se o aresto proferido na Apelação Cível nº 46.787, publicado na RDA, vol. 146, pag. 224, com a seguinte ementa:

'CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE — COMPETÊNCIA — LEGITIMIDADE PROCESSUAL.

Ao Conselho Regional de Contabilidade não é atribuído o poder-dever de vir a juízo para pleitear a nulidade do provimento de cargo público. Cabe-lhe, tão-só, representar ao Executivo, mas não postular judicialmente a anulação do ato reputado ilegal."

Em síntese, o elenco das atribuições do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, como aliás, de todos os Conselhos Regionais, demonstra que tais entidades corporativas têm finalidades específicas diante de seus membros, existindo, apenas como órgão de registro, disciplina, fiscalização e defesa da classe.

Torna-se inequívoca a constatação de ilegitimidade "ad causam" da entidade Autora, suficiente ao juízo de indeferimento da inicial (artigo 267, I, C.P.C.).

II — DESCABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR

4. Não se configuram, no presente caso, os chamados pressupostos ou condições da ação cautelar, que são o *temor do dano jurídico* causado por *situação de perigo*, bem como da existência da aparência do bom direito invocado por quem pretenda a segurança.

Se se atentar à especial motivação que justifica a concessão de qualquer provimento cautelar, assim como o caráter de urgência que o define, verifica-se que há uma nota constante em todos eles. Trata-se de uma situação de perigo que, ameaçando a perda ou séria diminuição um determinado interesse jurídico, exige uma pronta e eficaz proteção, de tal modo que a possibilidade de um dano irreparável seja afastada: somente justifica-se a tutela cautelar, no ver do processualista OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, quando se estiver diante de fatos que propiciem situação perigosa que ameaça fazer periclitar determinado bem jurídico, criando um sério risco de dano. (Ações Cautelares e o Novo Processo Civil, Forense, pág. 29).

Para que esse perigo seja idôneo, é preciso que se configure como *atual*, não traduzindo, apenas, mera possibilidade de dano.

Em síntese: a situação de perigo que legitima a ação cautelar deve "representar uma situação de objetividade fática, perfeitamente demonstrável, e não significar, tão-somente, injustificado termo de quem exagera em sua avaliação subjetiva, cabendo ao juiz avaliar esse estado em cada caso concreto" (Mortara, Comentário, V, III, 629, citação de Ovídio Baptista da Silva, op. cit.).

Impõe-se, portanto, a indagação: qual o risco de dano irreparável ao direito do Autor na hipótese de que venha a aguardar decisão final a ser proferida na ação anulatória que, em breve, se propõe a ajuizar?

Encontram-se por acaso, os *engenheiros tolhidos* no exercício de sua profissão em razão da confecção da tabela?

Que prejuízos irreparáveis se pretende evitar através da suspensão imediata de sua aplicação?

É preciso acentuar tratar-se a hipótese de medida cautelar *inominada*, caso em que se exige, com maior rigor, a caracterização dos pressupostos essenciais da medida cautelar.

Sabe-se, em princípio, que os requisitos da cautelar *inominada* se identificam com os das ações jurisdicionais cautelares típicas constantes do artigo 801 do C.P.C., a ambas aplicável. Ao passo que o último, porém, refere somente a "direito ameaçado" a "receio de lesão" (inciso IV), o artigo 798 do mesmo Código, sede das medidas cautelares *inominadas*, *sublinha o risco* indispensável à caracterização da medida com os seguintes atributos "*perigo fundado, grave, e de difícil reparação*".

Ao interpretar a ênfase dada pelo legislador, GALENO LACERDA comenta que "mais do que nas providências típicas, cujos pressupostos e condições a lei, em regra, os traça, devem aumentar no *juiz o rigor e prudência, quanto ao exercício do poder cautelar genérico e discricionário*. Mas é evidente que, em qualquer hipótese, nas específicas ou nas *inominadas*, o risco de tornar-se inútil

no todo ou em parte, a sentença definitiva, deve ostentar-se real, sério, 'grave, fundado e de difícil reparação' (Comentários ao CPC, Vol. VII, Tomo I, Forense, pág. 166).

5. Além de ausentes, no caso, a *atualidade* e objetividade do risco, vê-se da leitura da inicial, que o Autor invoca, como razão do pedido do provimento da cautelar, o fato de que "sendo o trabalho realizado destituído de valor jurídico, não pode prosperar pela nulidade a que está sujeito e que retira toda a validade dos atos decorrentes do resultado que o mesmo possa produzir". Ou seja, limita-se a esgrimir, como fundamento ao uso da cautela, os riscos de lesão ao direito de terceiros (dos proprietários de veículos automotores), quando deveria agir em função de direito próprio, autônomo, invoca lesividade difusa, esquecendo-se que constitui elemento indispensável à cautela a *ameaça a direito da parte* (C.P.C., 801, IV).

A falta de interesse legítimo em eliminar dito perigo, entendido como condição peculiar não só da ação, como de toda a função cautelar, provoca juízo de carência (Galeno, pág. 294, op. cit.).

Face às razões expostas, e à insofismável constatação de ilegitimidade "ad causam", bem como da ausência de pressupostos indispensável à concessão da cautela requer a extinção do processo (art. 267, I do C.P.C.) com fundamento no indeferimento da inicial.

III — AUSÊNCIA DO FUMUS BONI JURIS

BASE DE CÁLCULO

6. O legislador, ao conceber uma hipótese de incidência tributária pode criar magnitudes que guardam íntima relação com essa hipótese de incidência, ou, no mínimo, congruência.

Decompondo, pela análise lógica, a hipótese de incidência de um tributo, verifica-se que nela se integram vários elementos ou aspectos: espacial, temporal, pessoal e material.

Constitui a base de cálculo atributo essencial do aspecto material; sua fixação pelo legislador se dá em razão da escolha de perspectiva dimensíveis do fato objeto do conceito em que a hipótese de incidência se constitui.

O que, em realidade, se entende por base de cálculo de tributos no Direito positivo brasileiro?

ALFREDO AUGUSTO BECKER considera a base de cálculo como o núcleo da hipótese de incidência, conferindo o gênero jurídico ao tributo (Teoria Geral do Direito Tributário, Ed. Saraiva, 1972, pág. 343).

Para GERALDO ATALIBA ela é "um atributo do aspecto material da hipótese de incidência, dimensível de algum modo: é o peso, volume, o comprimento, a largura, a altura, o valor, o preço, o perímetro, a capacidade, a profundidade, a superfície, a grossura outro atributo de tamanho ou grandeza mensuráveis do próprio aspecto material da hipótese de incidência (Hipótese de Incidência Tributária, 1978, pág. 144).

Já FÁBIO FANUCCHI (Curso de Direito Tributário, 4ª Ed., SP, Resenha Tributária, 1979, vol. I, 177) define a base de cálculo como a mera representação numérica sobre a qual se aplica a alíquota para a obtenção da quantia devida.

RUBENS GOMES DE SOUZA observa que "por base de cálculo do imposto, deve entender o critério adotado pela lei tributária para efetuar a valoração econômica do pressuposto de fato, isto é, para avaliar em termos de dinheiro a situação material ou jurídica que dá lugar à incidência do imposto. Determinada na forma prevista na lei fiscal, a base de cálculo do imposto, a essa aplica-se a taxa, cota ou alíquota fixada na mesma lei, para então encontrar, seja diretamente (no caso de impostos fixos), seja através de simples operação aritmética (no caso dos impostos proporcionais ou progressivos), o montante a ser pago, em cada caso, pelo contribuinte". (Rev. Forense, Vol. 149, pág. 117).

Da análise do conteúdo das definições adotadas pelos citados tributaristas conclui-se que, em face da sistemática que envolve o Direito positivo brasileiro, a base de cálculo destina-se a *medir a materialidade do fato ou estado de fato*, ou seja, o aspecto material da hipótese de qualquer figura tributária.

Convém relembrar que, sendo a hipótese de incidência de um tributo "mero conceito, necessariamente abstrato, desta natureza abstrata participam seus aspectos (material, pessoal, etc.) e respectivos atributos. Nessas condições, a base impositiva é o conceito legal a que fica preso o intérprete: como consequência, a base pode abranger inteiramente as perspectivas dimensíveis do fato objeto do conceito em que a hipótese de incidência se constitui, ou *somente algumas*" como esclarece GERALDO ATALIBA (pág. 115, op. cit.).

7. Há de se fazer, porém, distinção entre fixação de critérios de apuração da base de cálculo de um tributo e a definição dessa mesma base de cálculo.

No caso em foco, criada a incidência tributária em lei estadual, em razão da alteração de competência regulada pelo artigo 23 da C.F. (Emenda Constitucional nº 27/85), descreveu o legislador a hipótese de incidência do tributo sobre a propriedade de veículos automotores:

Art. 1º — Fica instituído o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (ISPV), nos termos desta lei.

Art. 2º — O imposto, devido anualmente ao Estado, tem como fato gerador a propriedade de veículo automotor.

No artigo 8º da Lei nº 8.115, DOE de 30/12/85, define-se a base de cálculo do imposto como sendo o valor venal do carro, embarcação ou aeronave:

Art. 8º — A base de cálculo do imposto é o valor venal do veículo automotor.

§ 1º — Para a fixação do valor venal serão considerados, prioritariamente, o preço usualmente praticado no mercado deste Estado, os preços médios aferidos por publicações especializadas, a potência, a capacidade máxima de tração, o ano de fabricação, o peso, a cilindrada, o número de eixo, o tipo de combustível, a dimensão e o modelo do veículo automotor".

Entre os múltiplos elementos que poderiam ter sido adotados pelo legislador a título de fixação de critérios objetivos para a determinação do valor venal, foram escolhidos em ordem de prioridade, os acima arrolados.

Foram contemplados, portanto, em lei, critérios jurídicos que integram a definição mesma da base de cálculo do tributo, imprescindível à aplicação da norma jurídica de tributação.

Tais critérios fixados na norma legal devem ser rigorosamente respeitados para a apuração da referida base de cálculo, sob pena de se desvirtuar a lei.

Na realidade, fixar critérios significa estabelecer diretrizes para o aplicador da regra jurídica definidora daquela grandeza. Diretrizes que, naturalmente, vinculam o aplicador.

Dentro dessa ordem de raciocínio, o Decreto nº 32.144/85 dispôs no art. 10º, § 2º, com amparo no artigo 8º, parágrafo 3º da Lei nº 8.115/85:

"A base de cálculo do imposto relativo a veículo automotor registrado ou licenciado anteriormente ao ano de 1980 *consta nas tabelas anexas a este decreto*, fixadas em obrigações reajustáveis do tesouro estadual a serem convertidas em moeda corrente nacional com base no valor nominal desses títulos na data de pagamento do imposto".

Questionar a tabela expedida em anexo ao Decreto nº 32.159/86, que introduziu alterações ao decreto anterior, significa indagar e apenas isso, se ela se atende rigorosamente à definição legal de base de cálculo, como também se ocorre ou não conformidade com os critérios nela prescritos para a respectiva apuração.

8. Vê-se face às razões expostas, que a base de cálculo de um tributo é suscetível de duas operações distintas: a *definição* de seu conceito e critérios que o integram por via de lei, e a *determinação* de seu conteúdo por ato da Administração.

A *determinação* pressupõe esgotada a fase legislativa de definição do tributo e sua base de cálculo e tem por objetivo verificar, apurar, investigar em concreto a realidade em que consiste o valor da aludida base, configurando-se como a concretização do comando abstrato e legal.

A determinação da base impositiva consiste em *atividade administrativa* por natureza (ALBERTO XAVIER, Profº da Universidade Católica de São Paulo, in Rev. de Direito Tributário, nºs 13/14, pág. 89), sendo da competência privativa do Poder Executivo.

Esclarece o tributarista que essa determinação "é suscetível de vários graus": tanto pode se realizar "por via de ato administrativo concreto, como por obra de ato regulamentar". No primeiro caso, o Poder Executivo averigua livremente qual o valor da base de cálculo, através de uma atividade administrativa *traduzida no lançamento*; no segundo, age por via de *ato regulamentar*.

A tarefa do regulamento — ainda administrativa por natureza — "consiste em explicitar, desenvolver, segundo critérios pragmáticos de oportunidade e conveniência o conceito definido previamente por lei". Na hipótese dos autos, deu-se a *determinação* da base impositiva através de ato regulamentar (tabela) consubstanciado na lista de preços nela contida.

Ao confeccioná-la, os técnicos da Secretaria da Fazenda, efetuaram a determinação da base de cálculo através de um processo de pesquisa e seleção de valores que passaram a integrá-la, utilizando-se de vários métodos tendentes à aludida determinação.

Tais métodos de modo algum se confundem com a realização de "avaliação" no sentido técnico-jurídico: tanto não se trata de avaliação que, segundo a tabela, por exemplo, dois veículos do mesmo ano, modelo e marca pagam o mesmo imposto, independente de seu estado de conservação e até de sofisticação. Assim sendo, a tabela impugnada não corresponde à atividade específica de avaliar os veículos cuja propriedade constitui fato gerador do tributo estadual: somente seriam rejeitáveis os valores obtidos, caso absolutamente incompatíveis com o próprio conceito de valor venal considerado na sua formulação abstrata e confrontantes com os critérios que o integram.

Destina-se a tabela anexa ao Decreto nº 32.159 de 15/01/86 a tornar operacional o conteúdo da lei: não expressa o resultado de uma avaliação, configura uma forma de apuração segundo diretrizes estabelecidas pelo legislador e que deverá conduzir ao "quantum" do tributo a pagar.

Preciso atentar, insiste-se, para o fato de que a base de cálculo não consiste na *mera valoração* de um fato gerador realizado por determinado sujeito passivo, não sendo, pois (ou nem sempre) *considerada uma medição individual e concreta*.

Os técnicos, no caso, efetuaram uma "estimativa" do valor dos veículos, termo que justamente expressa o valorar de algo de maneira aproximada, não exata.

9. Relativamente ao ICM, a adoção das listas de preços básicos se encontram tacitamente autorizadas, adverte FERNANDO A. BROCKTEDT, (O ICM, pág. 225, Ed. 1972), "pelo artigo 2º, II do D.L. nº 406, pois só o fisco está em condições, através de tais pautas, de informar qual o preço corrente de determinada mercadoria. A aplicação da base de cálculo alicerçada no preço corrente, só nos parece possível, assim — além da hipótese de aceitação das cotações em bolsa — através das controvertidas pautas de valores estipuladas pelo fisco que, feitas com cautela e seriedade, podem revelar, se não preço corrente aproximado, permitindo o conhecimento antecipado de uma base de cálculo mais segura, por menos suscetível de discussão, ao menos por uma parte interveniente na relação jurídico-tributária, o seu sujeito ativo".

AValiação PROCEDIDA POR OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR JUDICIAL

10. Se compulsarmos a lei de execuções fiscais, veremos que o artigo 7º estatui que o despacho do juiz que deferir a inicial importa em ordem para a prática de vários atos (citação, penhora, arresto, etc.) inclusive a *avaliação dos bens penhorados ou arrestados* (Inciso V, art. 7º, LEF).

Ao comentar o aludido dispositivo, ANTONIO NICACIO (A Nova Lei da Execução Fiscal, Ed. LTR, SP, pág. 225) observa que "a disposição confere ao oficial de justiça a função de avaliador judicial. Assim deve ele, além do auto de penhora, ou arresto, apresentar um laudo de avaliação (CPC, art. 681) contendo: I — a descrição dos bens, com suas características e a indicação do estado em que se encontram; II — o valor dos bens. O laudo pode integrar o auto conforme dispõe o art. 13 formando uma só peça."

Subseqüentemente, o artigo 13 da mesma lei prevê que o "termo ou auto de penhora conterá também a *avaliação dos bens penhorados* efetuada por quem o lavrar". § 3º: "apresentado o laudo, o juiz decidirá de plano sobre a avaliação".

O artigo 13 é mera consequência de ter a lei conferido ao oficial de justiça a função de avaliador.

Observe-se, igualmente, que nos termos do artigo 659 do CPC, o serventário exerce tal encargo, pois, para penhorar "tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios" terá que proceder, seguramente, a uma avaliação.

11. Se atentarmos às especificações do cargo do avaliador judicial, verifica-se que não são exigidos requisitos traduzidos em curso superior, e, muito menos, em qualificação profissional de engenharia ou arquitetura.

A decisão proferida em Agravo de Instrumento nº 23.692, pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada é esclarecedora.

Impugnado o laudo de *avaliador judicial* sob a alegação de que não fora realizado por engenheiro, entendeu o tribunal não repetir a avaliação, considerando seu acerto, eis que o dito avaliador levava em conta os preços correntes no mercado imobiliário da cidade. (doc. 1).

12. Técnicos da Secretaria da Fazenda têm competência, igualmente, para elaborar "listagens de preços básicos", e as tabelas juntas relativamente a "cebola", "arroz", "feijão", "gado" e "soja", o comprova. Ditas listas se encontram em vigor, podendo-se afirmar que não participaram de sua confecção agrônomos ou veterinários (anexos). (doc. 2).

13. Jornal do Comércio, Zero Hora, revista Quatro Rodas e pesquisas da Abrave (Associação Brasileira de Veículos Automotores) publicam e divulgam de forma constante preços de veículos resultantes de uma verificação no respectivo mercado. (doc. 3).

14. A antiga taxa rodoviária única, que correspondia à aplicação de uma alíquota sobre o *valor venal* fixado para carros de passeio, camionetes e utilitários (Lei nº 5.841/72 anexa), adotava, igualmente, tabela semelhante à presente, onde se fixavam os valores para cobrança, estabelecidos em função da idade dos veículos, número de cilindradas, H.P., etc., conforme se pode verificar do documento junto, expedidos segundo portaria ministerial. (doc. 4).

15. Em relação à apuração de danos emergentes de responsabilidade civil por acidente de trânsito, tem decidido o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul pela validade dos orçamentos (verdadeiros laudos técnicos) realizados por oficinas mecânicas.

Neste sentido os acórdãos (anexos) publicados na Revista Julgados do Tribunal de Alçada do RGS nº 41/392, nº 35/308 e nº 42/344.

Dispõem ditos arestos que os danos podem ser apurados mediante simples comparação de orçamentos, segundo a praxe consagrada pela jurisprudência. (doc. 5).

16. O Conselho de Política Aduaneira, através de Resolução (CPA) nº 3.069, DOU 20/12/77 fixou, para fins de cálculo do *imposto de importação* *listas de valores mínimos para veículos* importados do exterior.

Exemplificativamente, automóveis de passageiros, inclusive os de esporte, camionetas de uso misto, tipo "sedan", utilitário, veraneio e furgão, com motor até 100 C.V. (cavalos vapor) de potência bruta, pesando acima de 1.600 kilos: *base de cálculo do imposto* — 14 mil dólares (doc. 6).

Finalmente, dá por contestada a demanda, salientando que os fatos expostos apontam em sentido inverso à justificação da concessão da cautela em prol do Autor.

A ausência de relevância dos motivos em que assenta o pedido, bem como dos requisitos essenciais da medida cautelar importa na improcedência da demanda, com a condenação do Autor nas cominações legais.

Caso não acolha Vossa Excelência as preliminares suscitadas e tratando-se a questão de mérito exclusivamente de direito, requer, com fundamento no artigo 330, I do CPC, o julgamento antecipado da lide.

PORTO ALEGRE, 31 de janeiro de 1986.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

ANISTIA

- Anistia. Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição da República. Anistia. Policiais-militares. Aspectos gerais. Interpretação do art. 4º e parágrafos da Emenda nº 26/85. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura. 58

APOSENTADORIA — PROVENTOS

- Fixação de proventos na aposentadoria por invalidez. Na aposentadoria por moléstia não especificada em lei, os proventos do inativo serão proporcionais ao tempo de serviço prestado. Faculdade revisional da Administração Pública quanto a seus próprios atos. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry. 44

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

- Fixação de proventos na aposentadoria por invalidez. Na aposentadoria por moléstia não especificada em lei, os proventos do inativo serão proporcionais ao tempo de serviço prestado. Faculdade revisional da Administração Pública quanto a seus próprios atos. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry. 44

CONTRATOS — REAJUSTE DE PREÇOS

- Previdência Social. Complementação de serviços médicos, hospitalares e ambulatoriais. Parecer do Desembargador Ney da Gama Ahrends. 72

DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO

- Pagamento de gratificação natalina aos diretores de sociedades de economia mista e fundações. Ofício-parecer do Procurador-Geral do Estado Ney Sá. 68

DESEMBARGADORES — POSSE — SAUDAÇÃO

- Saudação aos Desembargadores empossados em 1º de julho de 1985. Pronunciamento na solenidade de posse pelo Procurador Almiro do Couto e Silva. 18

DOMÍNIO PÚBLICO

- Competência para exploração de hidrovia. Parecer de Eurico de Andrade Azevedo. 100

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26

- Anistia. Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição da República. Anistia. Policiais-militares. Aspectos gerais. Interpretação do art. 4º e parágrafos da Emenda nº 26/85. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura. 58

ESTABILIDADE

- Magistério — Regime jurídico. Estabilidade. Cômputo de tempo de serviço anterior à contratação como empregado. Efetivação. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszyński 37
- Magistério — Regime jurídico. Estabilidade. Efetivação. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszyński 40

ESTÁGIO PROBATÓRIO

- Licença a funcionário em estágio probatório. Licença para frequência a curso (artigo 2º da Lei nº 7.830/83) e cedência sem ônus para o Estado, por implicarem interrupção do exercício do cargo, não podem ser concedidas a funcionários em estágio probatório, porquanto o tempo de exercício nesse é de natureza decadencial, insuscetível de interrupção. Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch 48

EXECUÇÃO FISCAL

- A execução fiscal face à falência e às dívidas trabalhistas do executado. Tese aprovada por unanimidade no XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado — Salvador-BA, pelo Procurador Carlos do Amaral Terres 11

FUNCIONÁRIO — CESSÃO

- Licença a funcionário em estágio probatório. Licença para frequência a curso (art. 2º da Lei nº 7.830/83) e cedência sem ônus para o Estado, por implicarem interrupção do exercício do cargo, não podem ser concedidas a funcionário em estágio probatório, porquanto o tempo de exercício nesse é de natureza decadencial, insuscetível de interrupção. Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch 48

FUNCIONÁRIO — EFETIVIDADE

- Magistério — Regime jurídico. Estabilidade. Cômputo de tempo de serviço anterior à contratação como empregado. Efetivação. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszyński 37
- Magistério — Regime jurídico. Estabilidade. Efetivação. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszyński 40

FUNCIONÁRIO — LICENÇA PARA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL

- Licença a funcionário em estágio probatório. Licença para frequência a curso (artigo 2º da Lei nº 7.830/83) e cedência sem ônus para o Estado, por implicarem interrupção do exercício do cargo, não podem ser concedidas a funcionário em estágio probatório, porquanto o tempo de exercício nesse é de natureza decadencial, insuscetível de interrupção. Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch 48

FUNCIONÁRIO — LICENÇA PARA TRATAMENTO DE FILHO EXCEPCIONAL

- Licença à funcionária mãe de excepcional. Funcionária pública estadual. Filho excepcional. Licença prevista na Lei nº 7.868/83. Laudo do DPM. Inteligência. Parecer do Procurador Maurício Azevedo Moraes 55

FUNDAÇÃO — DIRETOR

- Pagamento de gratificação natalina aos diretores de sociedade de economia mista e fundações. Ofício-parecer do Procurador-Geral do Estado Ney Sá 68

IMÓVEL — CESSÃO DE USO

- Cessão de bem público de autarquia. Possibilidade jurídica de sua cessão a entidade privada. Autorização, para tanto, contida no artigo 810 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto Legislativo nº 4.536, de 22 de janeiro de 1922). Obstáculo contido na Ordem de Serviço nº 25/B3, do Senhor Governador do Estado, apenas para a gratuidade de dita cessão. Inteligência do provimento administrativo em pauta. Parecer do Procurador Adnor Goulart 51

IMPOSTO — IMUNIDADE

- Imunidade tributária. A imunidade recíproca estabelecida pelo artigo 19, III, a) da Constituição Federal, diz respeito a impostos, não abrangendo as demais espécies de tributo, aí incluídas as taxas pela prestação de serviço público. Parecer do Procurador Eulália Maria de Carvalho Guimarães 64

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

- Imposto sobre a propriedade de veículos automotores — ISPV. Trabalho forense do Procurador Rejane Brasil Filippi 135

MAGISTÉRIO — REGIME JURÍDICO

- Magistério — Regime jurídico. Estabilidade. Cômputo de tempo de serviço anterior à contratação como empregado. Efetivação. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszyński 37
- Magistério — Regime jurídico. Estabilidade. Efetivação. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszyński 40

MUNICÍPIO — CRIAÇÃO

- Criação de novos Municípios. Desmembramento de área municipal para ser constituído, juntamente com outra, um novo Município. A criação de Município implica alteração de divisão territorial do Estado, fazendo-se necessária a realização do procedimento legal para tanto previsto, levando-se em consideração a legislação federal e estadual pertinente. Parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo Fonyat 128

PESSOA JURÍDICA

- O abuso e fraude da forma da pessoa jurídica. Trabalho do Procurador Sandra Maria Lazzari 30

PODER JUDICIÁRIO

- Saudação aos desembargadores empossados em 1º de julho de 1985. Pronunciamento efetuado na oportunidade pelo Procurador Almiro do Couto e Silva 18

PREVIDÊNCIA SOCIAL URBANA

- Regime previdenciário de servidores municipais. Servidores públicos. Regimes jurídicos das relações de trabalho público. Servidores sujeitos ao regime especial de contribuição da previdência social urbana. Conceito de regime próprio de previdência municipal, face à legislação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social. Execução de serviços previdenciários mediante convênio. Parecer do Procurador Renita Maria Hüllen 122

SERVIDOR — REGIME JURÍDICO

- Regime previdenciário de servidores municipais. Servidores públicos. Regimes jurídicos das relações de trabalho público. Servidores sujeitos

ao regime especial de contribuição da previdência social urbana. Conceito de regime próprio de previdência municipal, face à legislação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social. Execução de serviços previdenciários mediante convênio. Parecer do Procurador Renita Maria Hüllen	122
SERVIDOR — REGIME PREVIDENCIÁRIO	
— Regime previdenciário de servidores municipais. Servidores públicos. Regimes jurídicos das relações de trabalho público. Servidores sujeitos ao regime especial de contribuição da previdência social urbana. Conceito de regime próprio de previdência municipal, face à legislação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social. Execução de serviços previdenciários mediante convênio. Parecer do Procurador Renita Maria Hüllen	122
SIGILO BANCÁRIO	
— O sigilo das instituições financeiras e o fisco. Trabalho do Procurador Floriano Miller Netto	24
SOCIEDADE — ADMINISTRADORES	
— O abuso e fraude da forma da pessoa jurídica. Trabalho do Procurador Sandra Maria Lazzari	30
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — DIRETOR	
— Pagamento de gratificação natalina aos diretores de sociedades de economia mista e fundações. Ofício-parecer do Procurador-Geral Ney Sá. . .	68
TRABALHO — REDUÇÃO DE HORÁRIO	
— Licença a funcionário em estágio probatório. Licença para frequência a curso (artigo 2º da Lei nº 7.830/83) e cedência sem ônus para o Estado, por implicarem interrupção do exercício do cargo, não podem ser concedidas a funcionário em estágio probatório, porquanto o tempo de exercício nesse é de natureza decadencial, insuscetível de interrupção. Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch.	48
TRANSPORTE HIDROVIÁRIO — COMPETÊNCIA PARA EXPLORAÇÃO	
— Competência para exploração de hidrovia. Parecer de Eurico de Andrade Azevedo	100
TRIBUTOS — ISENÇÃO	
— Imunidade tributária. A imunidade recíproca estabelecida pelo artigo 19, III, a) da Constituição Federal, diz respeito a impostos, não abrangendo as demais espécies de tributo, aí incluídas as taxas pela prestação de serviço público. Parecer do Procurador Eulália Maria de Carvalho Guimarães	64
VEREADOR — LICENÇA	
— Remuneração de vereadores em período de licença. O efetivo exercício do mandato é que confere ao legislador municipal o direito à percepção de remuneração. A Lei Orgânica Municipal, contudo, ao dispor sobre licenças de vereadores, pode considerar como de efetivo exercício do mandato o tempo de licença para tratamento de moléstia devidamente comprovada. Em nenhuma hipótese o afastamento para tratar de interesses particulares possibilitará a percepção de qualquer parcela de remuneração do vereador licenciado. Parecer do Procurador Nilo Vargas. .	117

VEREADOR — SUBSÍDIO

- Remuneração de vereadores em período de licença. O efetivo exercício do mandato é que confere ao legislador municipal o direito à percepção de remuneração. A Lei Orgânica Municipal, contudo, ao dispor sobre licenças de vereadores, pode considerar como de efetivo exercício do mandato o tempo de licença para tratamento de moléstia devidamente comprovada. Em nenhuma hipótese o afastamento para tratar de interesses particulares possibilitará a percepção de qualquer parcela de remuneração do vereador licenciado. Parecer do Procurador Nilo Vargas. .

ÍNDICE DE AUTOR

AHRENDTS, Ney da Gama. — Previdência Social. Complementação de serviços médicos, hospitalares e ambulatoriais. Parecer.....	72
AZEVEDO, Eurico Andrade. — Competência para exploração de hidrovia. Parecer.....	100
BERGESCH, Eunice Rotta. Licença a funcionário em estágio probatório. Parecer 6601 PGE.....	48
FILIPPI, Rejane Brasil. Imposto sobre a propriedade de veículos automotores — ISPV. Trabalho forense	135
FONYAT, Maria Izabel de Araújo Ribeiro. Criação de novos Municípios. Parecer 6535 PGE.....	128
GOULART, Adnor. Cessão de bem público de autarquia. Parecer 6602 PGE ..	51
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. Magistério — regime jurídico. Parecer 6511 PGE.....	37
— Magistério — regime jurídico. Parecer 6530 PGE.....	40
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. Imunidade tributária. Parecer 6675 PGE	64
HÜLLEN, Renita Maria. Regime previdenciário de servidores municipais. Parecer 6546 PGE.....	122
LAZZARI, Sandra Maria. O abuso e fraude da forma da pessoa jurídica. Trabalho	30
MILLER NETTO, Floriano. O sigilo das instituições financeiras e o fisco. Trabalho	24
MORAES, Maurício Azevedo. Licença a funcionária mãe de excepcional. Parecer 6639 PGE	55
MOURA, Ana Maria Landell de. Anistia. Parecer 6639 PGE.....	58
NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Imposto e assistência social. Parecer	81
PETRY, Elaine Albuquerque. Fixação de proventos na aposentadoria por invalidez. Parecer 6577 PGE.....	44
SÁ, Ney. Pagamento de gratificação natalina aos diretores de sociedades de economia mista e fundações. Ofício-Parecer	68
SILVA, Almiro do Couto e. Saudação aos Desembargadores empossados em 1º de julho de 1985.....	18
TERRES, Carlos do Amaral. A execução fiscal face à falência e às dívidas trabalhistas do executado. Trabalho	11
VARGAS, Nilo. Remuneração de vereadores em período de licenças. Parecer 6661 PGE.....	117



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag