

REVISTA  
DA  
PROCURADORIA-  
-GERAL  
DO ESTADO



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

*Expensas*

# 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. 15	nº 42	p. 1 a 172	1985
------	--------------	-------	-------	------------	------

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 SÁ  
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES  
Procurador-Geral Adjunto

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS  
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

## CONSELHO DE REDAÇÃO

Maria Amália Dias de Moraes  
Almiro Regis Matos do Couto e Silva  
Luiz Jaurez Nogueira de Azevedo  
Maurício Azevedo Moraes  
Ana Maria Landell de Moura  
Jorge Arthur Morsch  
Eliana Donatelli de Moura  
Rosa Maria Peixoto Bastos  
Mercedes Moraes Rodrigues  
Telmo Candiota da Rosa Filho  
José Hugo Valvirio Castro Ramos

Maria da Graça Landell de Moura Béni (Secretária do Conselho)

## EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO  
Bel. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

EXPEDIÇÃO  
Dalva A. Bragança da Silveira

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES KELY LOPES MEIRELLES	Do abuso de direito. Alguns aspectos . . .	11
	Formação, efeitos e extinção dos atos ad- ministrativos negociais . . .	27
ALCIDES DE MENDONÇA LIMA	Ação rescisória contra acórdão em agravo do instrumento . . .	30

### PARECERES

ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Serviços de transporte coletivo na região metropolitana de Porto Alegre. Parecer 5786 PGE . . .	35
MÁRIO BERNARDO SESTA	Inconstitucionalidade de emenda constitu- cional. Parecer 6262 PGE . . .	42
JORGE ARTHUR MORSCH	Aposentadoria especial do membro do ma- gistério. Parecer 6054 PGE . . .	52
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Garantia prestada pelo Estado à União. Pa- recer 6053 PGE . . .	57
MAURÍCIO AZEVEDO MORAES	Revisão de contrato administrativo. Pare- cer 5688 PGE . . .	60
ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI	Proventos de aposentadoria. Parecer 5997 PGE . . .	65
LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO	Férias. Parecer 6063 PGE . . .	70
JACQUES TÁVORA ALFONSIN	Preferência do crédito tributário. Parecer 5979 PGE . . .	74
TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO VERENA NYGAARD	Tomada de preços. Parecer 6011 PGE . . .	79
ADNOR GOULART	Multas em matéria sanitária. Parecer 6000 PGE . . .	82
EUNICE ROTTA BERGESCH	Região metropolitana. Convênios. Parecer 6068. PGE . . .	85
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Aposentadoria de Juiz de Paz. Parecer 5878 PGE . . .	89
EUNICE NEQUETE MACHADO	Período pré e pós-eleitoral. Parecer 6276 PGE . . .	93
ARNOLDO WALD	Contribuição assistencial para sindicato. Parecer 6118 PGE . . .	104
	Da ilegitimidade passiva da sociedade de economia mista na ação popular. Parecer . . .	109

### ASSUNTOS MUNICIPAIS

BARTOLOMÉ BORBA	Quorum para eleição da mesa da Câmara de Vereadores. Parecer 6014 PGE . . .	119
MARIA IZABEL DE ARAÚJO R. FONYPAT	Serviço municipal de esgotos sanitários. Parecer 5992 PGE . . .	122
MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Recursos destinados à Câmara Municipal. Parecer 5991 PGE . . .	126

### TRABALHOS FORENSES

NEY SÁ DEFRANCISCO GALLICCHIO	O princípio da acessibilidade aos cargos públicos e as prerrogativas das profissões regradas. Mandado de segurança . . .	128
----------------------------------	--	-----

CAIO MARTINS LEAL

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO

Procurador do Estado. Remoção. Mandado de segurança . . . . . 145  
Mandado de segurança. Licenciamento de praça de Brigada Militar a bem da disciplina. Legalidade do ato administrativo do comando da unidade respectiva. Cessação de medida cautelar de reintegração no cargo policial militar . . . . . 156

**DOCTRINA**

# DO ABUSO DE DIREITO ALGUNS ASPECTOS

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES  
Procurador-Geral Adjunto  
Professora de Direito Civil na Universi-  
dade Federal do Rio Grande do Sul  
Titular de Direito Civil e Direito Admi-  
nistrativo na UNISINOS

## SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — O ilícito absoluto. 3 — Pré-exclusão de ilicitude. 4 — Do uso e exercício dos direitos subjetivos. 5 — O abuso de direito. 6 — Conclusão. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

Já anotava Clóvis Beviláqua que a evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e acentuação de seus intuitos éticos, e correspondente redução dos seus elementos egoísticos.<sup>1</sup>

Esta observação muito tem a ver com cláusulas ou diretrizes que Códigos modernos apontam ao exercício dos direitos, fundadas na *cooperação*,<sup>2</sup> na *função social*, ou na *correção da vida de relações*, de que é exemplo lapidar o artigo 1175 do Código Civil Italiano, de 1942, ao obrigar o devedor e o credor a "comportarem-se segundo as regras da correção."<sup>3</sup>

Isto implica, à evidência, a redução do *quantum despótico*, de que fala Pontes de Miranda, no uso e no exercício dos direitos tendo como escopo a coexistência harmônica nas vicissitudes da vida e de relações e a intangibilidade das recíprocas esferas jurídicas.

Por outro lado, tal coexistência harmônica supõe uma situação ideal, onde os direitos apresentem linhas absolutamente precisas de demarcação, fazendo impossível o conflito, a dúvida, a colisão, o que a realidade dos fatos desmente.

Assim, embora definindo, na medida do possível, o conteúdo dos direitos subjetivos privados, recorre a técnica legislativa, com frequência, a certos conceitos designados como "conceito ético-juridicizados", com o objetivo de fornecer critérios idôneos à identificação dos limites no exercício dos direitos e à orientação, em caso de conflito.

Parece também oportuno salientar que, à luz de tais pautas ético-jurídicas, despregia-se a tese da absolutidade dos direitos, quanto ao seu exercício, afastando o categórico da parêmia de Gaio *qui iure suo utitur neminem laedit*".

É nesse campo, profundamente influenciado pela moral e pelas perspectivas teleológicas que o direito persegue em sua função social, que situamos o exame do abuso de direito, acolhido como ilícito absoluto, pelo Código Civil Brasileiro no artigo 160, I, 2ª parte, *a contrario sensu*.

<sup>1</sup>Código civil comentado. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1944, p. 455.

<sup>2</sup>TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid, ERPD, 1967, v.2, p. 1.

<sup>3</sup>SANTORO-PASSARELLI. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, Atlântida Editora, 1967, p.55.

## 2. O ILÍCITO ABSOLUTO

Dentre os fatos, os atos ou os comportamentos que o direito recolhe, no mundo fático, valorando-os como juridicamente pertinentes e atribuindo-lhes a irradiação de consequências jurídicas, destacam-se os atos ilícitos.

Enquanto a conformidade a direito é a pauta em que se inscrevem os fatos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos, os ilícitos *lato sensu*<sup>1</sup>, em que se inserem os atos jurídicos ilícitos, têm como nota dominante a contrariedade a direito. Neles, aponta Nawiasky, "es característica la antijuricidad (Rechtswidrigkeit), la presencia de una conducta reprobada por el derecho". E, ao referir-se especialmente aos atos ilícitos, ajunta:

"Se trata al de la antijuricidad subjetiva, que se distingue de la antijuricidad objetiva — un estado de cosas o un comportamiento que está en contraste con la norma jurídica — en que interviene en ella un elemento interno espiritual, que se llama culpabilidad. Se entiende por culpabilidad la adversidad de una conducta a un deber, que poder ser reprochada a su autor".<sup>2</sup>

Nessa linha, o CCB, abandonando a classificação romanista do delito e quase-delito, acompanha o Código Civil Alemão, erigindo, em lugar da dicotomia apontada, o conceito único do ato ilícito<sup>3</sup>. Este, como observa San Tiago Dantas, constituía "uma criação dos pandectistas do Século XIX e, por conseguinte, o Código de 1897, filho dileto daquela doutrina, não poderia deixar de consagrar as suas principais inovações".<sup>4</sup>

Esboça, assim, o CCB, em seu artigo 159, os contornos do ato ilícito, dispondo, *verbis*:

"Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízos a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Na interpretação do texto legal, firma a doutrina a estrutura conceitual do ato ilícito, resumida por Dantas em três elementos<sup>5</sup>: subjetivo, formal e material. No primeiro, elemento subjetivo, subsume-se a conduta do agente, ou seja, o comportamento omissivo ou comissivo, revestido de culpabilidade, seja na forma branda da culpa leve, seja na forma exasperada do dolo. Ao segundo, elemento formal, corresponde a violação do direito ou a transgressão de um dever jurídico.<sup>6</sup> Já o terceiro, elemento material, consubstancia-se do dano, prejuízo infligido a outrem, como resultado da conduta antijurídica e culposa do agente.

A propósito, o magistério de Larenz, conceituando dano como "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio".<sup>7</sup>

Constitui, dessa sorte, o ilícito civil um ilícito material ou de resultado, porque essencial a sua configuração a intromissão danosa na esfera jurídica alheia. Por essa razão, impensável a transposição ao campo civil, da clássica dicotomia entre delito formal e material desenvolvida na provincia das Ciências Penais.

<sup>1</sup>PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. v.1/6, passim.

<sup>2</sup>NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. Madrid, Rialp, 1962, p. 283-4.

<sup>3</sup>SCHILLING, Arno. *A ilicitude na responsabilidade civil extra-contratual*. Porto Alegre, 1964. Te-se de concurso, p. 63.

<sup>4</sup>DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p. 342.

<sup>5</sup>Idem, passim, p. 341-62. Consulte-se a respeito SHILLING, op. cit. nota 3, supra p. 53 e ss., que examina as diversas posições doutrinárias sobre os elementos conceituais do ato ilícito.

<sup>6</sup>DANTAS, op. cit. p. 345.

<sup>7</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid, ERPD, 1958, v. 1, p. 193.

Por outro lado, impõe-se a distinção entre o ilícito absoluto, que corresponde à previsão do artigo 159, do chamado ilícito relativo, decorrente de inadimplemento ou cumprimento defeituoso de dever oriundo de negócio jurídico. Dentro dessa orientação, Lehmann, quando desdobra a conduta antijurídica em:

"a) Actos ilícitos e delictos, es decir, infracción de una norma general de conducta.

b) Infracción de un derecho personal, es decir, violación de una obligación jurídica que resulta de una relación especial del autor con otra persona determinada".<sup>8, 9</sup>

Esclarece, ainda, o mesmo autor:

"1. El acto ilícito — delito — es la vulneración culposa de una regla general de conducta (norma absoluta de conducta), en virtud de la cual como consecuencia jurídica fundamenta el perjudicado una pretensión de indemnización independiente.

2. La violación de obligaciones (violación de créditos) es la vulneración culposa de una norma especial (relativa) de conducta que la ha sido impuesta al agente a favor del perjudicado a virtud de una relación especial (antijurídica relativa)" (Grifei).<sup>10</sup>

Como corolário da distinção, a obrigação consistente na reparação do dano resultante de ilícito absoluto denomina-se responsabilidade extra-contratual ou aquiliana, reservando-se àquela emergente de ilícito relativo a designação de responsabilidade contratual.<sup>11</sup>

A propósito, oportuna a dvertência de von Thur<sup>12</sup> lembrando que, nos atos proibidos (ilícito absoluto), a reparação do dano é o conteúdo primário do crédito, enquanto

<sup>8</sup>LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*; parte geral. Madrid, ERPD, 1956, v. 1.

<sup>9</sup>Também VON THUR, Andreas, *Derecho civil*; parte general. Buenos Aires, Depalma, 1951, v. 3, t. 1, p. 142-3. "Los actos contrarios a derecho se dividen en dos clases: 1. Lesión de deberes derivados de una relación jurídica que existe entre el agente y el perjudicado, relación contratual especialmente, pero también de distinta especie; por ejemplo, de la tutela, de la gestión de negocios si mandato, de la posesión de cosa ajena. Esos actos pueden reunirse bajo el nombre de ilícito relativo o dependiente, porque no serian contrarios a derecho si el agente no se halase en una relación jurídica especial; con frecuencia, se los define a *potiori* com lesiones contractuales. 2. Forman la segunda clase los 'actos prohibidos' (en el derecho común, delictos). Con este nombre, en el título 25 (arts. 823 y sigs.) la ley se refiere a la lesión de deberes jurídicos generales, que no descansan en una relación jurídica entre el agente y el perjudicado, de suerte que entre ellos la relación jurídica (el credito por la reparación) nace sólo por efecto del acto ilícito".

<sup>10</sup>Idem, *ibidem*, p. 489. No mesmo sentido ver ORGAZ, Alfredo. *El dano resarcible*. Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 11-2.

<sup>11</sup>Melhor seria negocial e extra-negocial, tecnicamente mais abrangente que contratual e extra-contratual, que, a rigor, desconhece a responsabilidade por violação de norma de negócio jurídico unilateral. Esclarecedor, a respeito, PONTES DE MIRANDA. *Tratado*, t. 2, p. 2-3: "Se não há relação jurídica entre o lesante e o lesado ou, se há, os jeitos são totais, o ato é ilícito *stricto sensu*, de modo que o dever de indenizar não surge de relação jurídica relativa (negocial ou oriunda de ato jurídico *stricto sensu*). Fala-se de culpa extra-contratual, porém o nome é inadequado: as responsabilidades pelo exercício do pátrio poder, pela tutela, pela curatela, pela gestão de negócios, não são responsabilidades contratuais, nem responsabilidades pelo ato ilícito *stricto sensu*".

<sup>12</sup>VON THUR, op. cit. nota 9, supra, p. 143, nota 37.

que na lesão contratual, (ilícito relativo), a reparação toma o lugar da pretensão originária de cumprimento. Por isto, diz-se, da obrigação reparatória pertinente ao ilícito relativo, que ela é derivada, conseqüência, sucessiva.

Coerentemente, a distinção se reflete no plano legislativo, com a regulação, em separado, da responsabilidade contratual e da extra-contratual. Assim, o Código Civil Francês (responsabilidade contratual nos artigos 1146 e ss. e extra-contratual nos artigos 1382 e ss.) o Italiano (a partir dos artigos 1218 e 2043, respectivamente) e o Argentino (responsabilidade contratual, no Título VII e ss., do Livro 2<sup>o</sup>, Seção 2<sup>a</sup>, e responsabilidade extra-contratual, no Título III, da Seção 1, do Livro 2<sup>o</sup>).<sup>13</sup> Do mesmo modo, o Código Civil Brasileiro, regrando a responsabilidade derivada do ilícito absoluto nos artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553 e aquela pertinente ao ilícito relativo nos arts. 1056 e ss.

Todavia, a distinção e o tratamento em separado das duas espécies de responsabilidade não impede uma "intercomunicação de princípios ou regras"<sup>14</sup> de uma a outra, como sói acontecer, e.g., com as perdas e danos.

De igual modo, a tratção autônoma não exclui a possibilidade de que um mesmo ato importe em ilicitude absoluta e relativa, violando, simultaneamente, o dever decorrente de relação negocial e a norma absoluta de conduta. Nesse sentido, precisa Pontes de Miranda:

*"Os atos ilícitos, . . . de que se irradia responsabilidade extranegocial, podem, ao mesmo tempo, ser infração negocial, de modo que o suporte fático da responsabilidade extra-negocial e o da responsabilidade negocial coincidem. O depositário, por exemplo, pode responder por violação do contrato de depósito e por ilicitude extra-contratual. A lesão corporal de quem tomou em locação o cavalo pode ser imputável ao locador, como contraente, e ao mesmo tempo ao locador, pelo delito que cometeu, excitando, de propósito, o animal, para que o locatário caísse".*<sup>15</sup>

A circunstância de um único e mesmo suporte fático concreto e suficiente ensejar a tipificação de ilícito absoluto e relativo em nada increpa a distinção apontada, desde que se atente à dupla violação perpetrada, pelo comportamento do agente: infringência da norma absoluta e da norma relativa de conduta.

Esboçados, resumidamente, os aspectos mais significativos do problema conceitual do ilícito civil, registro algumas conclusões de Everardo da Cunha Luna, a propósito do tema, admiravelmente afeiçoadas ao conteúdo do artigo 159, em causa:

*"1. A ilicitude é a relação de contrariedade entre a conduta humana e a norma jurídica.*

*2. A ilicitude nem é formal, nem material, mas, como fenômeno do direito, apresenta um aspecto formal — a contrariedade à norma jurídica, e um aspecto material — a violação do bem jurídico, conteúdo da norma, pelo dano.*

*3. A ilicitude nem é objetiva, nem subjetiva, mas, como fenômeno do direito, apresenta um aspecto objetivo — a ação ou a omissão praticada, e um aspecto subjetivo — o dolo ou a culpa do autor.*<sup>16</sup>

Em linhas gerais, pois pode-se entender o ilícito absoluto como a intromissão culposa, lesiva e contrária ao direito (absoluto), na esfera jurídica de outrem.

<sup>13</sup>Cf. ORGAZ, op. cit. nota 10, supra, p. 12, nota 21.

<sup>14</sup>Idem, ibidem.

<sup>15</sup>PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. v. 53, p. 86. VON THUR, op. cit. nota 9, supra, p. 147, acentua: "Et mismo acto puede implicar lesión de la obligación derivada de una relación jurídica — por ejemplo, lesión contractual — y ser un "acto prohibido", esto es, prohibido aunque no existiese la relación jurídica en que se halla el agente. Por ejemplo, el daño causado por X a una cosa que se le confió puede violar sus obligaciones contractuales y también importar la violación ilícita de la propiedad ajena".

<sup>16</sup>LUNA, Everardo da Cunha, *Abuso de direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 66.

### 3. PRÉ-EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Desde que a integração dos elementos alinhados no artigo 159 do CCB compõe, *in concreto*, suporte fático do ato ilícito, toda intromissão lesiva na esfera jurídica de outrem há de ter-se como proibida.

Não assim.

Em verdade, atentando a circunstâncias especiais, pode a lei autorizar a ingerência danosa, subtraindo-lhe o caráter ilícito através de regra desjuridicizante. Esta supõe a norma infirmadora da ilicitude, precisamente para determinar que em tais ou quais situações, o que é, em princípio, ilícito deixa de sê-lo, ou melhor, não chega a sê-lo, ou, ainda, em outras palavras, para excluir determinadas intervenções do âmbito de incidência do preceito básico.

Trata-se aqui da *exclusão de antijuridicidade*, quando, segundo Lehmann, a intervenção fundamentalmente proibida no direito ou nos bens alheios pode estar permitida por razões especiais.<sup>1</sup>

Na mesma linha, a conclusão do Professor Marco Aurélio Moreira de Oliveira quando, ao investigar a repercussão na órbita do Direito Penal, do exercício regular do direito e do estrito cumprimento de dever legal, afirma:

*"Conforme anteriormente já se salientou, o exercício de direito e o cumprimento de dever, quando decorrem de normas extra-penais, são causas que pré-excluem qualquer ilicitude de conduta, deixando-se de indagar da tipicidade penal".*<sup>2</sup>

Sem discrepância a lição de Von Thur, ao apontar hipóteses de *exclusão de ilicitude* na lesão do direito ou de bens juridicamente protegidos, em virtude de disposição especial da lei<sup>3</sup>, ou o magistério de Pontes de Miranda, no exemplar tratamento das espécies de *pré-exclusão de contrariedade a direito*,<sup>4</sup> arrolando como tipos principais:

- a) A legítima defesa (art. 160, 1<sup>a</sup> parte);
- b) O exercício regular do direito reconhecido (art. 160, I, 2<sup>a</sup> parte);
- c) O estado de necessidade, ou a destruição ou deterioração da coisa alheia a fim de remover perigo iminente (art. 160, II);
- d) A justiça de mão própria, auto-tutela ou desforço (art. 502);
- e) A intromissão, decorrente de prerrogativa de direito público, geralmente por funcionário público;
- f) A intromissão permitida por corresponder vontade do interessado (e.g. gestão de negócios);
- g) A intromissão com consentimento do ofendido (excepcional, quanto a ilícito absoluto).

Heinrich Lehmann, por sua vez, embora citando praticamente as mesmas hipóteses, denuncia propósito sistematizador, ao articulá-las em dois grupos distintos, conforme a an-

<sup>1</sup>LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, parte general; Madrid, ERPD, 1956, v.1.

<sup>2</sup>OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. *Do exercício de direito e cumprimento de dever como causas pré-excludentes de crime*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, 5(14):92, 1978.

<sup>3</sup>VON THUR, Andreas. *Derecho civil*; parte general. Buenos Aires, Depalma, 1951, v.3, t.1, p.149 e ss. Cf. a opinião de ESPÍNDOLA, Eduardo (*Sistema do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977, p.609), não muito claro a respeito, usando indistintamente os termos exclusão de ilicitude irresponsabilidade e exceção liberatória.

<sup>4</sup>PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, 3.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. t.2, p.271-354.

ilicitude se exclua em atenção a "motivos jurídico-privados" ou a "razões jurídico-públicas". No primeiro grupo estariam as espécies das letras a, b, c, d, f e g; no segundo, a da letra e.

Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar do tema nas suas *Instituições de Direito Civil*<sup>6</sup>, desloca para um segundo plano a questão da pré-exclusão de ilicitude, designando a legítima defesa e o estado de necessidade, como "escusativas de responsabilidade". Considere-se, contudo, que no sistema do CCB, a responsabilidade civil (= obrigação de reparar luto) decorre fundamentalmente do ato ilícito e só, excepcionalmente, por disposição expressa, o dano resultante de intromissão autorizada é indenizável (artigos 1519 e 1540, e.g.). Desfalcado o suporte fático do ato ilícito da contrariedade a direito, deixa de incidir a regra do artigo 159, na qual a pretensão reparatória em favor do lesado é mera consequência (eficácia jurídica).

Daí o ser inadequado estimar como escusativa de responsabilidade a regra que, em verdade, é obstativa à própria incidência, impedindo a configuração do ilícito absoluto. A sistemática do CCB, pois, conecta a responsabilidade à ilicitude absoluta ou relativa, e o afastamento do princípio geral com a admissão da responsabilidade por ato conforme a direito assume, como já se acentuou, o caráter de verdadeira exceção.

Dispondo o Código Civil Brasileiro, no Título II, do Livro III, da Parte Geral, sobre os *Atos Ilícitos*, fixou as lindes conceituais da categoria, no artigo 159, para, logo a seguir, no artigo 160, mui apropriadamente, indicar as causas de pré-exclusão de contrariedade a direito, embora não as tenha mencionado todas.

Determina a disposição em apreço:

"Art. 160 — Não constituem atos ilícitos:

I — Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

II — A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1519 e 1520).

Parágrafo único — Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo".

Dessarte, no âmbito da Parte Geral do Código Civil, três são as hipóteses de pré-exclusão de ilicitude: a legítima defesa, o estado de necessidade<sup>7</sup> e o exercício regular de um direito reconhecido. É do último e da sua contra-face, o exercício irregular, anormal ou abusivo, compreendido na teoria do abuso de direito, que se ocupa o presente estudo.

<sup>5</sup> LEHMANN, op. cit. nota 1, supra, p. 492 e ss.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978, t.1 p.578.

<sup>7</sup> Sobre as duas primeiras, consulte-se: BRIGUGLIO, Marcello. *El estado de necesidad en derecho civil*. Madrid, ERP, 1971.

#### 4. DO USO E EXERCÍCIO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Na esteira do pensamento de Savigny, que, à base da filosofia kantiana, propõe o direito subjetivo como espaço da liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros,<sup>1</sup> inscrevem-se as mais renhidas controvérsias<sup>2</sup> sobre o que seja tal direito subjetivo, salientando-lhe uns a natureza de filho dileto do liberalismo, outros, na tentativa de afeiçoá-lo às novas exigências sociais, imprimindo-lhe a nota de direito-função e, assim por diante.

De qualquer sorte, e independente da posição assumida no terreno da fundamentação doutrinária, todo o direito subjetivo, seja qual for a classe a que pertença, é conferido ou reconhecido ao seu titular para que este dela faça uso, entendendo-se como tal, da forma mais abrangente possível, a utilização das diversas faculdades ou prerrogativas que nele se contém, inclusive, e até, a contra-face negativa do exercício do direito, que é a sua abstenção.

Desse sentir não destoa o Professor Alex Weill, da Universidade de Estrasburgo, ao afirmar:

"Mais, *quelle que soit la conception doctrinale du droit subjectif, qu'on y voie une puissance de volonté ou un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique* (WINDSCHEID) ou *'un intérêt juridiquement protégé'* (IHERING), *dès lors que l'existence des droits subjectifs est tenue pour hors de contestation, on constate que tout droit met son titulaire dans une situation de supériorité par rapport à celui ou à ceux de qui il est justifié à exiger quelque chose*"<sup>3</sup>

Nessa linha, impõe-se também compreender que, à unidade conceitual configurada como direito subjetivo, corresponde, via de regra, um feixe de prerrogativas, um conjunto não homogêneo de faculdades, exercitáveis pelo titular, ora em caráter cumulativo, ora em caráter alternativo e excludente.

Esta conclusão pode, *a priori*, alcançar dentre os direitos subjetivos, tanto os direitos de dominação quanto os de formação, e, entre os primeiros, abrange não só os direitos absolutos, como também os relativos.<sup>4</sup>

Dentre os nossos, é Pontes de Miranda quem precisa, com a habitual agudeza, o sentido da expressão *exercício dos direitos*, quando, invocando Enneccerus e Oertmann, adverte que exercício do direito não é só o fazê-lo eficiente perante outro, mas igualmente, toda realização fática do conteúdo do direito, não importando se extrajudicial ou judicialmente.<sup>5</sup>

Enfatizando que os direitos se exercitam com a atividade do poder jurídico contido no direito subjetivo, e de acordo com o conteúdo que lhe seja peculiar, distingue Lehmann

<sup>1</sup> Apud WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 453-717; "A ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o Direito Privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral".

<sup>2</sup> Sobre as controvérsias quanto à noção do direito subjetivo consulte-se Jean DABIN. *El derecho subjetivo*, Madrid, ERP, 1955. Também a excelente relação indicada por Alex WEILL. (*Droit civil*; introduction générale. 3<sup>ème</sup> Ed., Paris, Dalloz, nota 1, p.27).

<sup>3</sup> WEILL, op. cit. nota 2 supra, p.26.

<sup>4</sup> Para a classificação dos direitos subjetivos privados use-se a tábua classificatória de LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, parte general. Madrid, ERP, 1956, v.1, p.125.

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v.3, p.293.

a modalidade de exercício por desfrute<sup>6</sup> da modalidade de exercício por disposição do direito.<sup>7</sup> E, embora se ocupe com certo vagar das questões pertinentes ao modo, aos meios e às formas de exercício do direito, deixa o jurista sinalado filtrar sua preocupação centrada nos limites desse exercício.

Tal preocupação, generalizada entre os autores que cuidaram do tema, permite admitir que o exercício dos direitos tem, como nota dominante, a constante e iterativa referência aos seus limites. Sobre esse ponto estão concordes representantes das mais diversas escolas, divergindo apenas quanto à identificação das limitações ou quanto ao critério escolhido para sua determinação. A propósito, atente-se para a observação de Díez-Picazo e Antonio Gullon:

*"Definido el derecho subjetivo con una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como un cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de la tutela jurídica resulta evidente que este poder tiene que estar de algún modo limitado, pues, sin límites sería la justificación de la absoluta arbitrariedad. Cuáles son estos límites a que debe someterse o entenderse sometido el derecho subjetivo?"<sup>8</sup>*

Nesse contexto, a incisiva opinião de Trabucchi,<sup>9</sup> testemunhando a crescente tendência dos ordenamentos jurídicos modernos em dar maior importância aos limites do direito que às atribuições de seu livre exercício pelos particulares.

O reconhecimento da existência de limitações, na atuação do direito subjetivo por seu titular, traz à tona a teoria da relatividade dos direitos, quanto ao seu exercício, sustentada, entre outros, por Jossierand, e, segundo a qual, os direitos devem ser exercidos dentro de um certo espírito e para um fim legítimo, não podendo ser desviados de seu fim social.<sup>10</sup>

No que toca ao direito positivo pátrio, vale a categórica afirmação de Pontes de Miranda, que, à luz do disposto no artigo 160, I, 2ª parte, do CCB, conclui pela rejeição da tese da absolutividade dos direitos em nosso sistema.<sup>11</sup>

De qualquer sorte, os direitos em geral e, de modo especial, os absolutos, submetem-se, quanto ao seu exercício, a um processo de relativização que tem por escopo conter o respectivo titular dentro de certas lindes.<sup>12</sup>

Dentre os limites que cabe apontar ao exercício dos direitos, alguns podem ser designados como conaturais, porque decorrentes da feição e conteúdo que a norma abstrata empresta ao direito subjetivo na definição legal que dele formula ou na enumeração das prerrogativas que nele se contém.

Também se enquadram como naturais as limitações próprias à classe a que pertence tal ou qual direito subjetivo, visto que há caracteres peculiares inerentes aos direitos absolutos, que falecem aos direitos relativos, e prerrogativas comuns a estes que não se encontram naqueles. De outro lado, entre os direitos classificados como absolutos, distinguem-se os direitos reais dos chamados direitos da personalidade, que, à parte o caráter de exclusão e a oponibilidade com eficácia *erga omnes*, subordinam-se a regime jurídico distinto.

Ao lado dos limites naturais, inscrevem-se, como balizas restritivas ao exercício dos direitos, os chamados conceitos ético-juridicizados a que recorre o legislador, pontuando o esquema legal de previsão dos direitos e das faculdades, com referência à boa fé, aos bons costumes, à correção, à lealdade, à solidariedade, ao justo motivo, aos interesses, à função social, etc.

É significativo que esses conceitos podem se evidenciar pelo seu enunciado claro e direto no texto legal, como diretriz ordenadora da conduta dos sujeitos em relação a um determinado instituto ou a toda uma província do direito positivo, tal como ocorre no artigo 1175 do Código Civil Italiano de 1942, já mencionado, ou com o parágrafo 1º, do artigo 1266, do Projeto de Lei nº 634, de 1975 (Projeto de Código Civil), que preceitua:

*"Art. 1226*

*§ 1º — O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" (Grifei).<sup>13</sup>*

De outras vezes, embora não expressas, nem objetivamente reveladas, essas cláusulas gerais impregnam a regulação de certos institutos ou figuras jurídicas, nelas claramente inspiradas e de que constituem concreta aplicação, como sói ocorrer na lesão (não prevista no Código Civil Brasileiro de 1916, mas acolhida no Projeto de 75, artigo 155), no erro, no dolo, ou na hipótese prevista no artigo 155, do CCB.<sup>14</sup>

Em análoga orientação, indica Castán Tobefias como limites intrínsecos do direito subjetivo:

*"1 — Los derivados de la propia naturaleza de cada derecho;*

*2 — Los derivados de la buena fe;*

*3 — Los impuestos por la función o destino económico y social propio de cada derecho".<sup>15</sup>*

Embora reconhecendo que o prejuízo alheio não constitui, por si só, obstáculo ao exercício dos direitos, Heinrich Lehmann, ensina que tal exercício se condiciona, dentro das fronteiras jurídicas, às limitações especiais decorrentes de *preceitos especiais da lei* (limites naturais), *da boa fé, dos bons costumes e da proibição do abuso de direito*.<sup>16</sup>

<sup>13</sup>BRASIL, Diário do Congresso Nacional, Brasília, 13 jun. 1975, Suplemento B.

<sup>14</sup>"Art. 155 — O menor, entre 16 e 21 anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior".

<sup>15</sup>RODRIGUES-ARIAS, Lino. *El abuso del derecho*. Buenos Aires, EJE, 1971.

<sup>16</sup>LEHMANN, op. cit. nota 4, supra, p. 158-9.

<sup>6</sup>LEHMANN, op. cit. nota 4, supra, p. 158-9. "Exercício por desfrute:

a) Tratándose de derechos absolutos, por ejemplo, la propiedad, mediante toma de posesión, uso, disfrute, eventualmente por destrucción de la cosa, pero también, haciendo valer la propiedad frente al obligado, por ejemplo, exigiendo la entrega de la cosa (§ 985), o la omisión de inquietaciones (§ 1004), etc.; en el derecho al nombre, llevando este, exigiendo la eliminación de cualquier abuso por parte de otros, o la omisión de la continuación de actos lesivos, etc.

b) Tratándose de derechos de crédito (relativos) mediante la exigencia de la prestación al través de requerimiento (envío de la cuenta), o por el cauce de la autosatisfacción ("Selbstbefriedigung") mediante compensación, etc.

c) En los derechos de formación o constitutivos haciendo la oportuna manifestación (denuncia, impugnación) y si fuere necesario interponiendo la demanda, es decir, entablando la acción".

<sup>7</sup>Idem, ibidem, p.165. Quanto ao exercício por disposição do direito, esclarece o autor que a disposição é o exercício do poder jurídico contido no direito subjetivo, por meio de negócio jurídico e, como tal, submetido aos preceitos gerais que regem essa categoria.

<sup>8</sup>DÍEZ-PICAZO & GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid, t.I, 1975, v.1, p.426.

<sup>9</sup>TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, ERPD, 1967, v.2, p.54.

<sup>10</sup>Apud BOULANGER, Ripert. *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 1963, v.1, p.478. Consulte-se também RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo, Saraiva, 1937, p. 227-47.

<sup>11</sup>Op. cit. nota 5, supra, p.293.

<sup>12</sup>Cf. a respeito: PLANIOL & RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*. 11.ed. t.2, p.871.

Em caráter preliminar, pois, e à luz da melhor doutrina, pode-se concluir que todo o direito, ainda que absoluto, é relativo quanto ao seu exercício, sofrendo o seu titular, no uso das prerrogativas, poderes e faculdades que nele se contêm, limitações gerais e especiais, incluída entre as primeiras a proibição do exercício irregular, anormal ou abusivo do direito excogitado.

## 5. O ABUSO DE DIREITO

Quando o titular do direito subjetivo, no uso das prerrogativas que lhe competem, circunscreve sua atuação aos limites naturais vinculados ao conteúdo próprio do direito, respeitando os ditames da boa fé e atentando ao destino econômico e social do direito, diz-se que o exerceu regularmente.

Não obstante, pode acontecer que, em virtude dessa atuação interesses alheios sejam prejudicados. É nesse sentido a afirmação de Lehmann de que, quando o ordenamento jurídico concede um direito subjetivo, decide um conflito de interesses em favor do interesse do titular.<sup>1</sup> Isto ocorre porque o interesse contrariado não configura direito subjetivo — quando então se daria a chamada colisão de direitos —, não alcançando sequer a categoria de interesse merecedor de alguma tutela jurídica. Assim, a eventual lesão há de ser suportada pelo destinatário, sem que lhe assista qualquer pretensão reparatória.

Dessa sorte, o devedor compelido judicialmente ao cumprimento da *res debita*, ou o que viu o título de sua responsabilidade apontado ou protestado em cartório, embora sofra as conseqüências daí derivadas, inclusive o abalo de crédito, não tem pretensão indenizatória contra o credor, porque a frustração de seus interesses decorre de causa lícita e justificada e que, ademais, encontra plena acolhida na consciência jurídica da comunidade. É que, em outras palavras, atuou o credor no *exercício regular de um direito reconhecido*.

A caracterização da regularidade do exercício do direito arrima-se na interpretação das normas que, em abstrato, desenham a figura e os contornos dos direitos e das faculdades, tendo em vista, ainda, a função primordial do direito como estabilizador social e os ideais de justiça e equidade de que deve estar impregnada a regulação jurídica da vida de relações.

Nem por isso se há de subestimar o papel que representam, na avaliação da regularidade do exercício, as circunstâncias particulares que, no caso concreto, qualificam o comportamento dos figurantes, bem como as conseqüências daquele decorrentes.

É nessa moldura que se coloca a concepção de Alex Weill, que, reconhecendo a relatividade dos direitos quanto ao seu exercício, afirma:

*"Les droits ne peuvent être des pouvoirs absolus, souverains, au profit de leur titulaire. Ils se réalisent dans un milieu social; ils trouvent leurs limites dans les droits égaux d'autrui et ne peuvent être exercés à tort et à travers. Même lorsque le titulaire du droit a respecté les conditions que la loi a mises à son exercice, sa conduite ne sera irréprochable que s'il a usé du droit pour une fin légitime et sur le fondement d'un motif légitime. Sinon, les autorités sociales refuseront de reconnaître la régularité de l'exercice du droit: il y aura eu abus du droit".*<sup>2</sup>

Eis aí, identificada, em sua versão francesa, a teoria do abuso de direito, que os autores que se abeberaram na clássica obra de Josserand — *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits* — subordinam sempre ao uso do direito fundado em um motivo ilegítimo.

Com efeito, é do festejado autor a advertência segundo a qual

*"... l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible, nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon, nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons".*<sup>3</sup>

De todo modo, a repulsa ao abuso de direito é uma constante na doutrina e na jurisprudência dos povos cultos, experimentando significativo incremento a partir de alguns códigos, que, de modo direto, lhe franquearam espaço e caminho, como é o caso do Código Civil Suíço, de 1907, que em seu artigo 2º dispôs:

*"Cada um é obrigado a exercer os seus direitos e executar as suas obrigações de acordo com as regras da boa fé. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei".*<sup>4</sup>

É preciso lembrar, no entanto, que a posição das legislações a respeito é bastante variável, identificando-se sistemas que não prevêem o abuso de direito ou só o prevêem muito timidamente. Por isso, a investigação doutrinária sobre o tema — especialmente entre os autores franceses, alemães e italianos que sobre ele versaram — revela, de logo, algumas preocupações fundamentais que merecem ser identificadas.

A primeira delas assenta na própria locução "abuso de direito", posta em cheque por Planiol, que, vendo nela verdadeira logomaquia, afirma que

*"o direito cessa onde o abuso começa e não pode haver o uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável que um só e mesmo ato não pode ser a um tempo conforme e contrário a direito".*<sup>5</sup>

A argumentação de Planiol, no entanto, esbarra na própria dificuldade resultante da feita de precisão dos limites do direito subjetivo, e, embora tenha sido amplamente superada pela doutrina, teve o mérito de alertar para a necessidade de distinguir o ato abusivo praticado no exercício do direito das hipóteses em que se evidencia ato lesivo praticado na ausência de direito.

Uma segunda ordem de preocupação diz respeito às divergências quanto à determinação conceitual da figura, cabendo distinguir as posições conforme a ênfase emprestada ora ao préordenamento volitivo da conduta do titular do direito, ora à própria noção do direito subjetivo, concebido em atenção a um certo destino econômico e social.

<sup>3</sup> JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*. Paris 1932, p.375.

<sup>4</sup> CÓDIGO CIVIL SUÍÇO. Rio de Janeiro, Record, 1971. Mais recentemente, prescreveu o Código Civil Português, de 1967, em seu art. 334: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito".

<sup>5</sup> Apud CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro interpretado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v.3.

<sup>1</sup> LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil; parte general*. Madrid, ERPD, v.1, p.159.

<sup>2</sup> WEILL, Alex. *Droit civil, introduction générale*. 3.ed. Paris, Dalloz, p.29.

No primeiro grupo, das concepções subjetivas, encontram-se aquelas que caracterizam o abuso a partir da investigação das condições psicológicas e circunstâncias peculiares do agente no exercício do direito. Assim, seria abusivo o exercício do direito quando não tivesse outro escopo senão o de causar prejuízo a outrem, sem qualquer proveito para o titular. Eis aí a influência da teoria dos "atos emulativos", que constitui, na opinião de Ugo Gualazzini,<sup>6</sup> o embrião da teoria do abuso de direito.

No segundo grupo inserem-se as concepções objetivas, que assinalam a presença de um destino econômico e social, ou de um fim legítimo, ou de uma função social, em todo o direito subjetivo, que subtrai o seu exercício à discricionariedade ou até ao arbítrio, como querem alguns, de seu titular, para sujeitá-lo à realização daqueles fins em atenção aos quais o ordenamento jurídico o reconhece ou confere.

Uma terceira classe de problemas enfrentados pelos doutrinadores pertine ao tratamento da questão do ponto de vista legal. Em outras palavras, importa em verificar se o sistema jurídico, sob enfoque, dá, ou não, acolhida à proibição do abuso, e em que termos o faz.

A quarta, finalmente, coloca em discussão o problema de saber se a ausência de uma proibição textual inibe a repressão dos atos ou omissões abusivos, ou se a existência, no sistema normativo, de cláusulas gerais ordenadoras da conduta dos sujeitos, ou informadoras da atividade do aplicador da lei, seriam suficientes para ensejar as conseqüências da teoria do abuso de direito e sua cabal aplicação.

Advirta-se, ainda, que a questão se põe em termos gerais, amplos e abrangentes, e que, propositadamente, deixa-se de lado o regramento específico de certos institutos, cujo esquema normativo prevê, expressamente, a vedação do exercício abusivo, detalhando com minúcias, que às vezes descem à exemplificação, o que se entende por abuso deste direito, prerrogativa ou poder, em particular. Assim acontece, e.g., com o *abuso do pátrio poder*<sup>7</sup> e, em menor intensidade, com o *uso nocivo da propriedade*<sup>8</sup>, tal como os regula o Código Civil Brasileiro.

Dentro desse quadro, e afastado o primeiro problema, pertinente à denominação da figura do abuso do direito, reclama exame mais acurado a questão da sua determinação conceitual, ou, de modo singelo, o critério em função do qual se há de identificar o ato abusivo.

<sup>6</sup>GUALLAZZINI, Ugo. In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano, Giuffrè, 1953, t.1. Verbetes "Abuso del diritto", b, Diritto Intermedio, p.163.

<sup>7</sup>Art. 394 — Se o pai, ou mãe, *abusar do seu poder*, faltando aos deveres paternos ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder.

Art. 395 — Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

I — Que castigar imoderadamente o filho.

II — Que o deixar em abandono.

III — Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes".

Note-se que o abuso de pátrio poder, de acordo com as disposições transcritas, caracteriza-se, tanto por comissão, como por omissão, abrangendo os atos pertinentes à pessoa dos filhos e à administração de seus bens e, além das espécies identificadas no art. 395, tipifica-se, também, pela cláusula geral de incumprimento de deveres.

<sup>8</sup>Art. 554 — O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o *mau uso* da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam".

Expostos anteriormente, e de forma breve, o argumento de natureza subjetiva e o discurso desenvolvido pela concepção objetiva, parece que a postura mais equilibrada recomenda a associação de ambos. A valoração da intenção do titular, impregnada de *animus nocendi*, não pode ser afastada, porque a proteção à boa fé e a repressão à malícia constituem verdadeiro imperativo ético-jurídico, e um dos mais sensíveis fundamentos sobre o qual repousa todo o ordenamento jurídico. Parece, também, *de lege ferenda*, que a infirmação de abusiva à conduta do agente, sob esse ângulo, dispensa a prova do dolo, sendo suficiente qualquer modalidade da culpa *lato sensu*.

De outra parte, não pode ser desprezada a pauta teleológica em que se desenha o direito subjetivo exercitado, que, além da satisfação de seu titular, há de cumprir a destinação econômica e social, os fins legítimos, a função, enfim, que as novas concepções do direito subjetivo lhe apontam.

Por esse modo, combinados os dois discursos, obtém-se um esquema mais completo e harmonioso, sob cujo crivo distingue-se o exercício regular do uso abusivo do direito.

Confirmando a conclusão que aqui se propõe, vale lembrar a experiência vivenciada pela doutrina e pela jurisprudência germânicas, na solução de litígios decorrentes de virtual abuso de direito.

Sucedo que o Código Civil alemão dispõe, em seu § 226, que "o exercício de um direito é inadmissível se ele tiver por fim, somente, causar um dano a um outro".<sup>9</sup> Dita regra, afeiçoada à corrente subjetivista, revela-se insuficiente para coibir o exercício abusivo do direito, tal como modernamente se o compreende. É que, exigindo o texto legal o fito exclusivo de prejudicar, torna-se praticamente inócua, porque o interessado sempre poderá invocar a existência, além do *animus nocendi* que lhe é imputado, de um fim qualquer inenunciável.

Por esta razão, Lehmann, Larenz, Ennecerus e outros autores de prestígio demonstram — comentando as decisões mais significativas dos tribunais alemães sobre o tema — que estas têm invariavelmente recorrido às disposições dos parágrafos 242 e 826, que, referenciando o comportamento dos sujeitos à boa fé e aos bons costumes, teceram os sólidos fundamentos em que se arrima a condenação do abuso de direito naquele sistema.

Retomando, com mais vagar, o problema pertinente ao tratamento legal dispensado ao abuso de direito, cabe destacar três grupos de legislações: as que expressamente proíbem o abuso de direito, as que são omissas e as que o penalizam por via reflexa.

No primeiro grupo, são bastante representativos os Códigos suíço, português e argentino (este no art. 1071)<sup>10</sup> que, em disposições já referidas, prescrevem diretrizes gerais para o exercício dos direitos, fornecem os critérios indicadores do exercício anormal e negam, finalmente, legitimidade e conseqüente proteção ao ato abusivo. Embora variem as expressões e formas consignadas nesses Códigos, entre os quais se pode incluir o BGB, resta neles clara a fulminação do abuso.<sup>11</sup>

Entre as legislações omissas, carentes de regra geral a respeito, subressai o vetusto Código Civil da França, paradoxalmente, ou, talvez, até por essa razão, berço da teoria do abuso de direito.

Do último grupo, faz parte o Código Civil brasileiro, e isto porque a vedação do abuso em nosso sistema decorre de interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, que, ao enumerar as hipóteses de pré-exclusão de contrariedade a direito, entre elas menciona "o exercício regular de um direito reconhecido".

É interessante observar-se aqui a última, — mas não a menor, das questões enfrentadas na matéria — que a doutrina e a jurisprudência, embora sempre subordinadas aos padrões

<sup>9</sup>CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. Rio de Janeiro, Record, 1960.

<sup>10</sup>Nova redação resultante da Reforma operada pela Lei nº 17.711, de 26.04.1968, in *Código Civil*. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1970.

<sup>11</sup>Em contrário, quanto ao Código Civil alemão, a opinião ponderável do prof. Antunes Varela, extensiva ao Código Civil italiano, de 1942. (VARELA, Antunes. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1, 1982).

normativos vigentes em cada sistema jurídico, têm desenvolvido e aplicado instrumentos de repressão ao exercício abusivo dos direitos, quer a partir dos textos legais, quer, à mínima desses, socorrendo-se dos conceitos ético-juridicizados, ou, até mesmo, de cláusulas gerais previstas no complexo legislativo vigente, em relação a uma determinada espécie de relações jurídicas. Assim, pode a jurisprudência alemã, nas referências de Larenz e von Thur<sup>12</sup>, estender ao exercício dos direitos, em geral, a recomendação de observância da boa-fé, prevista limitadamente ao campo das reações obrigacionais, no parágrafo 242 do BGB.

Partindo de regras diversas, ou até da falta de disposição expressa, puderam cortes e tribunais de diferentes sistemas jurídicos alcançar, na prática, resultados análogos — como a França, no clássico caso Coquerel x Bayard, decidido em 1913, pela Corte de Amiens, a Espanha,<sup>13</sup> na questão Central Elétrica de San Adrián x Consórcio Zona Franca de Barcelona, através de decisão do Tribunal Supremo, de 14 de fevereiro de 1914, e a Alemanha, por decisão do Tribunal Supremo do Reich, em demanda intentada por um filho, proibido pelo pai de visitar a sepultura da mãe situada no jardim da casa paterna — todos caracterizando o exercício abusivo do direito, com repercussão lesiva na esfera jurídica alheia, para, consoante as peculiaridades de cada caso, fazer cessar o abuso.

No Brasil, conforme já foi acentuado, a proibição do abuso se dá por via reflexa, quando a interpretação *a contrario sensu*, do artigo 160, I, 2ª parte, leva a incluir o exercício irregular, anormal ou abusivo do direito, como o ilícito absoluto, tal como se conceitua este no artigo 159.

Dita conclusão apresenta-se amplamente corroborada pela doutrina, desde Clóvis Beviláqua, que reconhece a proscricção do abuso de direito no artigo citado, a Pontes de Miranda, que afirma:

*"A regra jurídica do art. 159, a que o art. 160, I, 2ª parte, corta, não limita o conteúdo do direito de ninguém, nem o nega; apenas prevê como suporte fáctico de ilícito absoluto o exercício que seja irregular.*

.....

*A inclusão do exercício irregular como ilícito absoluto tem como conseqüências poder o que vai ser lesado defender-se (legítima defesa) e o direito à reparação".<sup>14</sup>*

Com entendimento semelhante, no sentido de que através do dispositivo indicado, repudiou o Código Civil Brasileiro o abuso de direito, pronunciaram-se, entre outros, Pedro B. Martins<sup>15</sup>, Plínio Barreto<sup>16</sup>, Carvalho Santos<sup>17</sup> e Orozimbo Nonato, havendo, por igual, farta jurisprudência sobre o tema.<sup>18</sup>

<sup>12</sup>LARENZ, Karl. *Deracho de obligaciones*. Madrid, ERPD, 1958, v.1. VON THUR, Andreas. *Deracho civil*; parte general. Buenos Aires, Depalma, 1951, v.3. t.1.

<sup>13</sup>Observe-se que, à época, não havia no sistema espanhol qualquer regra geral repressiva do abuso, introduzida muito mais tarde, através do artigo 9º da Lei de Arrendamentos Urbanos (12 de dezembro de 1955) e, portanto, com abrangência parcial, e, posteriormente, com incidência ampla, no artigo 7º, 2, do novo Título Preliminar do Código Civil.

<sup>14</sup>BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1974. t.2, § 184, n.4, p. 293-4

<sup>15</sup>Revista Forense, 68: 745.

<sup>16</sup>Revista dos Tribunais, 79: 506.

<sup>17</sup>CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro comentado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v.3.

<sup>18</sup>Ver, entre os repertórios de jurisprudência: KELLY, Octávio. *Interpretação do Código Civil no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Mauá, 1944. v.1. Itens 468-72.

## 6. CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, é lícito concluir que o abuso de direito pode ser visualizado, no plano prático, sob dupla perspectiva: como princípio diretor da atividade legislativa, inspirando a configuração mais clara dos direitos subjetivos e a definição mais precisa dos limites e fins a que estão, ou devem estar, estes subordinados: e, como preceito de direito positivo, acolhido nos Códigos, de preferência em Título Preliminar ou na Parte Geral, a significar que não se confina a este ou àquele instituto, nem mesmo a esta ou àquela província do direito.

De toda sorte, forçoso é concluir que a teoria em questão vem progressivamente conquistando espaço, abrindo fissuras, em sistemas construídos sob o primado da absolutidade dos direitos e sobre uma concepção no mínimo ultrapassada do direito subjetivo.

Se, de um lado, há os que, como Rotondi<sup>1</sup>, negam a possibilidade de aplicação dos postulados da teoria do abuso de direito, à falta de disposição expressa, também há, e muito mais numerosos, os que, diante da lacuna legal, não hesitam em sustentar a plena positividade dos preceitos condenatórios do ato abusivo, socorrendo-se dos modos e meios de interpretação e integração das normas jurídicas.

Diante do fato inconteste representado pelos notáveis avanços que esta doutrina tem experimentado, é preciso compreender que, à base desse fenômeno, está a identidade entre os seus fundamentos éticos e o sentimento jurídico da comunidade.

Impõe-se à doutrina e à jurisprudência, e termina finalmente por se impor ao legislador, porque nada mais é que a tradução da *recta ratio*, de que falava Cícero, que comove e sensibiliza o homem médio, porque corresponde ao seu "sentimento" de justiça.

Previsto no Código Civil Brasileiro como ilícito absoluto<sup>2</sup>, e sem os foros de autonomia que lhe concedem outros sistemas, nem por isto é menos eficaz, embora, de uma certa maneira, pudesse sofrer as restrições que, via de regra, se opõem às previsões decorrentes de interpretação *a contrario*.

Por fim, resta mencionar que o Projeto de Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional, confirma a caracterização do abuso como ilícito absoluto, agora, porém, de forma direta, aludindo, ainda, os limites impostos ao exercício dos direitos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Cf ROTONDI, Mario; em longo artigo intitulado *L'abuso del diritto*, em 6 fascículos (*Rivista di Diritto Civile* 1923).

<sup>2</sup>Virgilio Giorgianni objeta ao que classifica de confusão entre a figura jurídica cientificamente designada como abuso de direito e aquela do ato ilícito. (*L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Giuffrè, Milano, 1963, p. 324-5).

<sup>3</sup>Projeto cit., arts. 185 e 186.

## BIBLIOGRAFIA

- 1 TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid, ERPD, 1967. v.2.
- 2 AUDORNO, Luís O. Abuso del derecho. *Revista de Direito Civil*, Revista dos Tribunais, 6(19) jan./mar. 1982.
- 3 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1944.
- 4 BOULANGER, Ripert. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires, La Ley, 1963, v.1.
- 5 BRASIL. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 13 jun. 1975, Suplemento B.
- 6 BRIGUGLIO, Marcello. *El estado de necesidad en el derecho civil*. Madrid, ERPD, 1971.
- 7 *El estado de necesidad en el derecho privado*. Murcia, La Orden, 1933.
- 8 CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Lisboa, São Paulo, Ed. Verbo, 1981. v.1.
- 9 CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro interpretado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v.3.
- 10 CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. Rio de Janeiro, Record, 1960.
- 11 CÓDIGO CIVIL SUÍÇO. Rio de Janeiro, Record, 1971.
- 12 DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977.
- 13 DIEZ-PICAZO & GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid, T.J., 1975. v.1.
- 14 ESPÍNDOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977.
- 15 GIORGIANNI, Virgilio. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano, Giuffrè, 1963.
- 16 GUALLAZZINI, Ugo, In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano, Giuffrè, 1958. t.1.
- 17 JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*. Paris, 1932.
- 18 KELLY, Octávio. *Interpretação do Código Civil no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Mauá, 1944, v.1.
- 19 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid, ERPD, 1958, v.1.
- 20 LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil; parte geral*. Madrid, ERPD, 1956, v.1.
- 21 LEOFANTI, Maria Antonia. *Abuso del derecho*. Buenos Aires, 1935.
- 22 LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- 23 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, León. *Leçons de droit civil*. 5.ed. Paris, Ed. Montchrestien, 1973, t.2.
- 24 NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. Madrid, Rialp, 1962.
- 25 NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. Torino, 1968, UTET, v.1, t.1.
- 26 OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. *Do exercício de direito e cumprimento de dever como causas pré-excludentes de crime*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, 5(14):92, 1978.
- 27 ORGAZ, Alfredo. *El dano resarcible*. Buenos Aires, Depalma, 1967.
- 28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- 29 PLANIOL & RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*. 11.ed.
- 30 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. v. 1/6.
- 31 RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo, Saraiva, 1937.
- 32 RODRIGUES-ARIAS, Lino. *El abuso del derecho*. Buenos Aires, EJE, 1971.
- 33 ROTONDI, Mario. *L'abuso del diritto*. Rivista di Diritto Civile, 1923.
- 34 SANTORO-PASSARELLI. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, Atlântida, 1977.
- 35 SCHILLING, Arno. *A ilicitude na responsabilidade civil extra-contratual*. Porto Alegre, 1964. Tese de concurso.
- 36 STARCK, Boris. *Droit civil; introduction*. Paris, Librairies Techniques, 1972.
- 37 VARELA, Antunes. *O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1, 1982.
- 38 VON THUR, Andreas. *Derecho civil; parte general*. Buenos Aires, Depalma, 1951, v.3, t.1.
- 39 WEILL, Alex. *Droit civil; introduction générale*. 3. ed. Paris, Dalloz.
- 40 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

# FORMAÇÃO, EFEITOS E EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS

HEL Y LOPES MEIRELLES  
Advogado e Professor de Direito em São Paulo

## SUMÁRIO

- 1 — Considerações gerais. 2 — A formação dos atos negociais. 3 — Os efeitos dos atos negociais. 4 — A extinção dos atos negociais. 5 — Conclusões.

### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Muito se tem escrito sobre os atos administrativos em geral, mas pouco ou nada se tem dito, especificamente, sobre a formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais, ou seja, daqueles que são expedidos a requerimento do particular interessado na realização de um negócio jurídico ou de uma atividade material dependente da aquiescência da Administração Pública. Tais fatos formam-se, normalmente, através de um processo administrativo adequado e regular, no qual o requerente deve demonstrar a legitimidade de sua pretensão, bem como o atendimento de todas as exigências legais para o deferimento do requerido, a ser consubstanciado num alvará, num termo ou num simples despacho da autoridade competente.

Diversamente dos outros atos administrativos, especialmente dos normativos, o ato negocial gera, em regra, direitos subjetivos para o seu destinatário, e quando isso ocorre não pode ser sumariamente extinto por anulação, cassação ou revogação. Seus efeitos devem ser suportados pela Administração que os expediu, até que, em processo regular e com oportunidade de defesa, o Poder Público demonstre o vício que propicia a sua invalidação ou o interesse público que justifica a cassação de sua operatividade.

O ato negocial pode ser vinculado ou discricionário e definitivo ou precário: será *vinculado* quando a lei dispuser sobre a sua formação; será *discricionário* quando a sua expedição ficar ao alvedrio da autoridade competente; será *definitivo* quando embasar-se em um feito individual do requerente; será *precário* quando provier de uma liberalidade da Administração. Tomemos por exemplo os atos negociais de *licença, autorização e permissão*, por serem os mais freqüentes na prática administrativa.

A *licença*, como ato vinculado e definitivo, é expedida após a verificação do direito subjetivo do requerente e o atendimento de todos os requisitos legais exigidos pelo Poder Público; a *autorização*, como ato discricionário e precário, pode ser deferida, negada ou retirada sumariamente e a qualquer tempo, a juízo da Administração; a *permissão simples* é também discricionária e precária, mas a *permissão condicionada*, tendo condições e prazos estabelecidos pela própria Administração permitente, goza de relativa permanência, enquanto o permissionário cumprir os encargos que lhe foram impostos pelo Poder Público (cf. nosso *Direito Administrativo Brasileiro*, 10<sup>a</sup> ed., RT, São Paulo, 1984, pp. 144 e segs.).

### 2. A FORMAÇÃO DOS ATOS NEGOCIAIS

Os atos negociais formam-se sempre com a participação do particular interessado na sua obtenção, e para tanto há que atender às exigências administrativas estabelecidas para sua expedição, comprovadas em processo regular.

É o que ocorre com a licença para construir ou lotear, embasada no direito de propriedade e nas normas administrativas correspondentes. Em tal caso, a Prefeitura confronta o requerido com os textos legais e regulamentares e examina a documentação oferecida, deferindo obrigatoriamente o pedido, se estiver em conformidade com o direito do postulante e satisfizer as exigências regulamentares, ou dará oportunidade ao interessado para esclarecer dúvidas, complementar a documentação ou retificar o projeto e o plano de exe-

ção. Atendidas essas exigências, a Administração expede o respectivo alvará; se discordante das normas legais, administrativas ou técnicas, a licença é denegada em despacho fundamentado, no qual a autoridade competente deverá indicar, necessariamente, os preceitos infringidos e os motivos do indeferimento, para possibilitar ao interessado o recurso cabível.

O mesmo se verificará num pedido de *permissão condicionada* para qualquer atividade dependente da aquiescência do Poder Público. Quanto à *permissão simples* e à *autorização* sempre discricionárias e precárias, a Administração é livre para deferir-las, indeferir-las ou extingui-las a qualquer tempo e independentemente de motivação.

O que cumpre distinguir para a formação do ato negocial são os requisitos para sua expedição e os efeitos para o seu destinatário, pois ora o pedido esteia-se num direito subjetivo do requerente (direito de construir, por exemplo), ora resulta de uma liberalidade da Administração (a ocupação provisória de um terreno público, por exemplo). No primeiro caso, a Administração é obrigada a deferir, em caráter definitivo, o requerido, desde que o interessado atenda às exigências administrativas; no segundo, não se impõe o atendimento pedido, ainda que o requerente justifique a sua pretensão, e, se atendido, sê-lo-á sempre em caráter provisório, porque o ato negocial precário não gera direito subjetivo para o seu beneficiário mantê-lo indefinidamente.

### 3. OS EFEITOS DOS ATOS NEGOCIAIS

Os atos administrativos negociais produzem efeitos concretos e individuais para os que dele participam, gerando direitos, obrigações e encargos recíprocos para a Administração que os expede e para o particular que os recebe.

Normalmente os atos administrativos negociais são de interesse exclusivo do particular, mas em certos casos atendem a uma conveniência da Administração em obter determinada atividade ou serviço útil à coletividade, e quando isto ocorre o Poder Público estabelece as condições de sua prestação e seleciona os interessados dentre os que se propuserem a realizá-lo.

Embora unilaterais, esses atos impõem às partes — Administração e administrado — a observância de seu conteúdo e o respeito às suas disposições para a execução de seu objeto. Enquanto os atos administrativos normativos são genéricos, os atos negociais são sempre específicos, operando efeitos jurídicos entre as partes.

O que convém distinguir são os efeitos do ato negocial vinculado e definitivo, dos do ato negocial discricionário e precário, principalmente quando se cuidar de sua extinção.

### 4. A EXTINÇÃO DOS ATOS NEGOCIAIS

Expedido o ato negocial vinculado e definitivo, nem por isso fica a Administração impedida de extingui-lo, desde que ocorra *justo motivo* para a sua invalidação. O que a Administração não pode invalidá-lo sumariamente, sem demonstrar, em procedimento regular e com oportunidade de defesa, a causa de sua extinção, pois que, se para a expedição do ato foram exigidos tantos requisitos, não se compreende que possa esse mesmo ato ser suprimido sumariamente e sem justificativa legal para a sua anulação, cassação ou revogação.

*Anula-se* o ato negocial que contiver ilegalidade na sua origem ou formação; *cassa-se* o ato quando ocorrer ilegalidade na sua execução; *revoga-se* o ato quando sobrevier motivo de interesse público para cessação de seus efeitos. Mas — repita-se — em todos esses casos a Administração deve expor os motivos de sua extinção, em procedimento regular e com oportunidade de defesa. É o princípio do *devido processo legal*, que rege toda atuação do Poder Público nos casos em que afeta ou pode afetar direito individual do particular (STF, RDA, 70/139, 70/142, RDP 26/147; TFR, AMS 84.840-RJ, in DJU de 28.11.1979).

Entretanto, nem sempre a Administração obedece aos critérios jurídicos para a invalidação dos atos negociais, pois vem anulando, cassando e revogando licenças e permissões condicionadas, e outros atos dessa espécie, sem comprovação do motivo autorizador da extinção e sem oportunidade de defesa para o interessado na sua manutenção. Essa

prática da Administração merece ser coibida, até mesmo no interesse do Poder Público em evitar demanda, quando a regularidade da extinção do ato poderia ser demonstrada satisfatoriamente no devido processo legal, sem os encargos e a morosidade dos pleitos judiciais.

Bem por isso, o Ministro Victor Nunes Leal, em criterioso voto no Supremo Tribunal Federal, ponderou que: "O elementar princípio de defesa deve ser obrigatório para a Administração. Quando descumprido, no processo penal, declaramos a nulidade, mesmo em benefício de celerados. Entretanto, permitimos que um vultoso patrimônio seja retirado da posse do particular sem atenção ao requisito mínimo da defesa. Parece que estamos necessitando, nessa matéria, de uma construção doutrinária que não institucionalize o arbítrio" (cf. voto no mandado de segurança 18.028-DF, in RDP 7/281).

Realmente, esse salutar princípio vem sendo relegado no âmbito da Administração, permitindo-se que a autoridade invalide atos negociais, regularmente expedidos em favor do particular, sem dar-lhe a mínima oportunidade de defesa, o que estimula o arbítrio, ensejando o abuso de poder e o desvio de finalidade, só corrigíveis na via judicial.

A audiência do interessado é sempre necessária na extinção dos atos negociais vinculados e definitivos, à semelhança do que ocorre nos processos judiciais em que se visa desconstituir situações jurídicas geradoras de direito individual subjetivo, pois, como advertiu Eduardo Couture, "Nunca habrá justicia, si, habiendo dos partes, solo se ha oído la voz de una" (*Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires, 2ª ed., p. 141).

Não se nega à Administração a faculdade de extinguir os seus próprios atos quando ilegais ou contrários ao interesse público. O que se nega é a conduta arbitrária da autoridade que, a pretexto de ilegalidade ou ofensa ao interesse público, invalida ato negocial vinculado e definitivo sem possibilitar ao destinatário a demonstração da sua regularidade e a inexistência de ofensa ao interesse público.

### 5. CONCLUSÕES

Diante dessas considerações de ordem jurídica, concluímos:

- 1º) Os atos administrativos negociais podem ser vinculados e definitivos ou discricionários e precários.
- 2º) Os atos negociais vinculados e definitivos só podem ser extintos por justo motivo, demonstrado em processo regular e com oportunidade de defesa para o seu destinatário.
- 3º) Nula é a extinção dos atos negociais vinculados e definitivos, sem o devido processo legal.
- 4º) Os atos negociais discricionários e precários podem ser extintos sumariamente e a qualquer tempo.

# ACÇÃO RESCISÓRIA CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA  
Catedrático aposentado e Professor Titular em exercício na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas  
Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas

1. *A coisa julgada* é efeito ou, na tese de LIEBMAN, qualidade da sentença de mérito. Pela força de que se reveste, normalmente tem de subsistir. Por isso, é da tradição de nosso direito, em sintonia com ordenamentos estrangeiros, que somente em casos graves e, portanto, de consignação expressa e restrita em lei, a sentença poderá ser desconstituída via acção rescisória ou instituto similar com igual objetivo. Hoje, está superada a idéia de que a sentença *nula* era o alvo da acção rescisória. Se o vício for de tal monta, que a torne nula, nem de acção rescisória precisará o prejudicado para atacar a sentença, sem limite, até, de tempo.

2. Conforme precioso estudo de MOACYR LOBO DA COSTA, o Código de Processo Civil de 1973 embaralhou casos de nulidade com casos de rescindibilidade causando perplexidade ao intérprete, sobretudo pelo curto prazo de dois anos para a propositura da acção extrema. Assim sendo, o biênio fatal (art. 495 do CPC., encurtando o lapso clássico de cinco anos do Código Civil), pelo sistema vigente, abrange a nulidade (que nunca convalence) e as espécies típicas de rescindibilidade, essas, sim, sujeitas àquele prazo de decadência<sup>1</sup>.

3. Um requisito ou pressuposto, contudo, é indispensável para a acção rescisória ser proposta: *sentença de mérito transitada em julgado* (art. 485 do CPC). A sentença de mérito é aquela que decide qualquer das matérias arroladas no art. 269, pois a do art. 267 é a chamada, doutrinariamente, de *terminativa*, porquanto é "sem julgamento do mérito". Contra qualquer sentença — sem julgamento ou com julgamento do mérito — o recurso é sempre e exclusivamente o de apelação (art. 513, com remissão expressa àqueles dispositivos). Ao contrário do regime do CPC de 1939, pelo qual a natureza da decisão importava para o recurso cabível — decisão *definitiva* ou de mérito, apelação; e decisão *terminativa*, sem mérito, agravo de petição (esse agora extinto), no vigorante esse critério não subsiste: contra sentença, sempre apelação. Os arts. 267 e 269, acima citados, têm de ser articulados com o art. 162, § 1º, do CPC, que conceitua o ato do juiz.

Entretanto, no ensinamento de BARBOSA MOREIRA, nem sempre caberá apelar, apesar de o Código referir-se a *sentença*, como ocorre no art. 790, *caput*<sup>2</sup>. Acima, pois, da letra do diploma, tem de ser compreendido o alcance do provimento judicial, para caracterizar o recurso. Se não for apelação, terá de ser agravo de instrumento, com base no art. 522 do CPC embora esse dispositivo não qualifica a decisão como interlocutória, cujo conceito se encontra no art. 162, § 2º.

Artigo destinado, originariamente, ao primeiro número da Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, a ser lançado em 1985.

<sup>1</sup>Reflexões sobre a acção Rescisória — conferência, 1984.

<sup>2</sup>Comentários ao Código de Processo Civil, coleção "Forense", 4ª ed. vol. VI, p. 468, n.233.

4. Pelo fato, porém, de a sentença poder ser impugnada por agravo de instrumento, como no exemplo formulado pelo mestre carioca, pelo sentido do ato judicial, nem por isso fica atendido o pressuposto para acção rescisória. Ser sentença é indispensável para ensejar acção rescisória; mas, mesmo assim, tem de ser "de julgamento do mérito". Logo, sendo de conteúdo interlocutória, mesmo com o rótulo de sentença, a acção rescisória será impertinente, pois falta o requisito básico intrinsecamente: o mérito decidido.

5. Pelo sistema do CPC. de 1973, o silogismo quanto ao cabimento, ou não, de acção rescisória é o seguinte: a) — agravo de instrumento somente é hábil contra decisão interlocutória, que nunca julga o mérito; b) acção rescisória apenas é viável contra sentença de mérito, sujeita a apelação; c) — logo, quando a decisão for atacada por agravo de instrumento, não poderá ser intentada acção rescisória. Mesmo que o agravo de instrumento não fosse interposto, como apelação pode não ser interposta contra sentença, mesmo de mérito, a acção rescisória se tornaria incabível, pela natureza da decisão. A circunstância de ter sido, ou não, o recurso hábil interposto, a situação não influi para a acção rescisória: sendo interlocutória, com ou sem agravo, a acção é inviável; se terminativa, com ou sem agravo, a acção também será inviável; definitiva, ou sentença de mérito, então, sim, a acção rescisória poderá ser tentada, dentro dos limites rígidos do CPC.

6. Entretanto, se esta é a solução conforme o esquema do CPC, nos feitos regulados pelo diploma, o problema deve ser analisado e solvido quanto aos feitos regulados por legislação especial que ainda conserve *agravo de instrumento contra decisão de mérito*, sem ter havido ainda adaptação ao sistema do CPC. Apesar, portanto, de acórdão ter sido proferido em agravo de instrumento, que, no CPC, pressupõe decisão interlocutória (não de mérito), será viável acção rescisória contra o julgado e, não interposto o recurso, tendo transitado em julgado, haverá a mesma possibilidade para ser internada a acção extrema? A forma de recurso torna-se secundária ante a natureza da decisão originária, em face da matéria solvida, que prevalece sobre o tipo de recurso.

7. Exatamente quando a matéria estiver fora do Código de Processo Civil, que, assim, não pode ser invocado subsidiariamente de modo rígido, é que o assunto deve ser estudado e solvido racionalmente, fora daquele raciocínio simplista, que ocasionaria verdadeira heresia jurídica. Pelo sentido ontológico da acção rescisória, o importante é não deixar subsistir uma decisão de mérito, pelo conteúdo e pelos efeitos, infestada de vício relevante, que não pode persistir, apenas pela circunstância de que o recurso hábil é o agravo de instrumento, pela norma especial que reja a causa, em face da legislação respectiva. O interesse jurídico e político da acção rescisória, visando ao mérito, está acima da forma de recurso, embora pelo Código não seja cabível. Se outras são as situações, então deve ser a solução, sempre visando ao objetivo precípuo da acção rescisória. O que vale é estar o mérito em jogo e, não, o fato de o provimento ser considerado sentença, pois a que não for definitiva e, sim, terminativa (sujeita igualmente a apelação) não ensejará acção rescisória. Por conseguinte, não é a forma de recurso — apelação —, que permite a acção rescisória contra o acórdão que o julgue, e, sim, a matéria objeto da sentença. Quando, portanto, o intérprete e aplicador estiver ante uma decisão (termo amplo, como sinônimo de provimento do juiz) com evidente conteúdo de mérito, independentemente do recurso cabível, a acção rescisória será perfeitamente hábil para atacar o acórdão respectivo, ainda que proferido em agravo de instrumento.

8. A Lei de Falências serve como o melhor exemplo para a intrincada questão, porque o agravo de instrumento ainda é recurso pertinente contra decisões que decidem o mérito, mesmo proferidas em incidentes, de vez que fazem coisa julgada, situação inexistente para as decisões interlocutórias e, até, terminativas, que geram somente a preclusão. E, embora de mérito, o recurso não é apelação (como as sentenças de qualquer tipo no sistema do Código de Processo Civil) e, sim, agravo de instrumento. Os arts. 146, que trata da *sentença* que concede, ou não concordata; e 166, § 2º, que dispõe sobre a decretação de falência, frustrada a concordata, mencionam o *agravo de instrumento* como o recurso cabível, fora, portanto, dos moldes do Código de Processo Civil, como bem salienta CARLOS SILVEI-

RA NORONHA<sup>3</sup>. Contra a decisão que nomeia o síndico, cabe agravo de instrumento (art. 60, § 4º, do Dec.-lei nº 7.661), mas PONTES DE MIRANDA considera viável ação rescisória contra o acórdão que o julgue, com a seguinte afirmativa: "trata-se de decisão constitutiva, que transita formalmente em julgado. Não há qualquer fundamento para negar-se a ação rescisória contra essa decisão"<sup>4</sup>.

9. BARBOSA MOREIRA, sempre zeloso na defesa do sistema do Código de Processo Civil, quanto ao direito positivo, embora fazendo crítica, às vezes veemente, do ponto de vista teórico, igualmente sustenta a possibilidade de ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento fora do diploma geral, conforme este seu ensinamento: "tampouco é possível rescindir acórdão que julgue recurso contra decisão interlocutória (art. 162, § 2º), ou final (art. 267) de primeiro grau ou de grau superior sobre matéria estranha ao *meritum causae*: assim, por exemplo acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento, SALVO SE SE TRATAR DE CAUSA SUJEITA A REGRA ESPECIAL, acaso subsistente após a entrada do Código em vigor que preveja tal agravo como recurso cabível contra sentença de mérito"<sup>5</sup>.

10. Abordando, diretamente, o problema, SÉRGIO BERMUDEZ se expressa com clareza e segurança:

"Acréscete-se, *ex-abundantia*, que, na espécie, é absolutamente irrelevante o fato de os acórdãos, cuja rescisão se busca, terem sido proferidos em agravo de instrumento. No processo de falência, que, decidida uma questão de fundo, prossegue para a solução de outras, o agravo de instrumento é o recurso com que se impugnaram decisões de mérito (aliás, tal relevância podem assumir as questões objeto de agravo no processo falimentar, que o legislador, no § 1º, do art. 207, da lei específica, admitiu a sustentação oral na sessão de julgamento desse recurso). NADA OBSTA, POR ISSO, A QUE SE RESCINDAM ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO"<sup>6</sup>.

11. Por sinal que se tem entender que o próprio Código de Processo Civil não é ortodoxo no pressuposto da ação rescisória, quando exige "sentença de mérito", pois admite este remédio extremo contra decisão terminativa (terminologia doutrinária, mas não legal), como acentua ainda PONTES DE MIRANDA:

"No art. 485 do Código de 1973, fala-se da rescindibilidade das sentenças de mérito; mas o próprio Código de 1973, que fez rescindível a sentença que se fundou em *desistência inválida* (art. 485, VIII), ao enumerar as sentenças que extinguem o processo "sem julgamento de mérito", põs a desistência da ação"<sup>7</sup>.

E completando seu pensamento em torno da mesma questão, o inolvidável mestre assim se exprime:

"O art. 485 do Código de Processo Civil diz que pode ser rescindida a sentença, nas espécies que se apontam, se "de mérito"; de modo que se excluíam todas as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito (cfr. art. 267). Ora, a desistência, por exemplo, está no Código, art. 267, VII, como um dos fundamentos para a sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito, de jeito que não se pode dar acolhida inexcetuável ao que

se diz no começo do art. 485 ("a sentença de mérito transitada em julgado"), pois haveria contradição entre os dois trechos"<sup>8</sup>.

12. Mesmo nas causas reguladas pelo Código de Processo Civil, a posição ou sede da sentença não tem importância capital para permitir, ou não, a ação rescisória. Ainda quando a decisão for atacada por agravo de instrumento (v. item n. 3 supra), normalmente cabível apenas contra decisão interlocutória (que não atinge o mérito, portanto), nem por isso fica imune à ação rescisória, desde que o conteúdo seja considerado como mérito pelos efeitos jurídicos que gera dentro e fora do processo. O mérito não decorre apenas de verdadeira sentença definitiva, embora toda a sentença definitiva abranja sempre o mérito. Além disso, pode não existir o mérito no sentido técnico verdadeiro, e a sentença — ou decisão — comportar a ação rescisória. Isso porque, na palavra de PONTES DE MIRANDA, "o que se há de assentar como interpretação razoável é a de abstrair-se da expressão "mérito" que está no art. 485"<sup>9</sup>.

13. A jurisprudência se tem revelado liberal e racional em vários julgados de diferentes tribunais, em consonância com a doutrina menos rígida, ao conhecer de ação rescisória contra acórdãos proferidos em agravo de instrumento, tudo dependendo da matéria solvida pela decisão de primeiro grau, mesmo sem o rótulo de sentença, mas valendo o conteúdo.

Como paradigmas dessa orientação, podemos apontar os seguintes arestos:

"A decisão interlocutória pode ser rescindida fluindo o prazo para seu trânsito em julgado".

2º Grupo de Câmara Cíveis do 2º Eg. Tribunal de Alçada de São Paulo, ac. de 28.04.1977, Ação Rescisória n. 219.833,<sup>10</sup>

"Acórdão que não conheceu de agravo de instrumento. Erro de fato resultante de informação do cartório".

2º Grupo de Câmara Cíveis do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, ac. de 06.02.1975, Ação Rescisória n. 236.734,<sup>11</sup>

"Acórdão proferido em agravo de instrumento, onde se decidiu que o valor considerado na colação é o do tempo da doação e não o do tempo da abertura da sucessão".

2º Grupo Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ac. de 15.10.1982, Ação Rescisória n. 38.189<sup>12</sup>.

Ainda que não acolhendo a ação rescisória, porque não se enquadrava na linha preconizada no voto, vale o magistério de BARBOSA MOREIRA, como relator do feito: "Em se tratando de acórdão, à vista do que dispõe o art. 512 do estatuto processual, faz-se necessário, para tornar admissível a rescisória, que o julgamento do tribunal haja substituído decisão do juízo *a quo* com as características que se acabam de apontar" (isso é, a tipicidade de sentença de mérito)<sup>13</sup>.

14. Por conseguinte, mesmo nas causas sob a égide exclusiva do Código de Processo Civil, a ação rescisória tem sido admitida ou conhecida contra acórdãos proferidos em agravo de instrumento, inclusive quando se trata de aparente decisão interlocutória, mas que abriga matéria de mérito. Se assim o é, muito mais possível quando a causa estiver submetida a

<sup>3</sup>Do Agravo de Instrumento, 1ª ed., p. 221, n. 74.

<sup>4</sup>Tratado da Ação Rescisória, 5ª ed., p. 209, n. 5.

<sup>5</sup>Op. cit., p. 137, n. 70.

<sup>6</sup>Direito Processual Civil, Estudos e Pareceres, p. 265.

<sup>7</sup>Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI, p. 257.

<sup>8</sup>Comentários, cit., p. 264.

<sup>9</sup>loc. cit.

<sup>10</sup>Revista dos Tribunais, v. 502, p. 140.

<sup>11</sup>Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 13 p. 187.

<sup>12</sup>Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 98, p. 242.

<sup>13</sup>Ementário Forense, Agosto de 1982, Ano XXXIV, n. 405.

leis especiais, que ainda conservem o agravo de instrumento como o recurso normal, sem importar a natureza da decisão, como reminiscência de regimes anteriores e obsoletos, que destoam do atual Código de Processo Civil. Mas acima da técnica formal, tem de imperar o sentido até ético, da ação rescisória, que sobrepõe a necessidade de não deixar subsistir sentença profanada por vício grave à força da coisa julgada.

15. Sempre, portanto, que ação rescisória for ajuizada e julgada, o fato de tratar-se de acórdão proferido em agravo de instrumento não deve ser suficiente para, *in limine*, afastar sua viabilidade, devendo ser perscrutado o conteúdo da decisão originária, para verificar se contém, ou não, autêntica matéria de mérito, que caiu sob a égide da coisa julgada material, tornando-se normalmente imutável, pelos efeitos jurídicos gerados para as partes, para terceiros e para o Poder Judiciário. Se somente a ação rescisória se tornou o único meio processual possível para obstar os malefícios decorrentes de um dos vícios, no mínimo, arrolados pelo Código de Processo Civil, que justificam o remédio extremo, em nome do próprio contexto básico da ordem social e jurídica, mesmo derruindo a coisa julgada formada, então a ação deverá ser admitida ou conhecida, independentemente do julgamento final do seu próprio mérito, se atendidos, naturalmente, os demais pressupostos.

## PARECERES

# SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO NA REGIÃO METROPOLITANA DE PORTO ALEGRE

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

PARECER N.º 5786

## REGIÃO METROPOLITANA DE PORTO ALEGRE SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO.

O Conselho Deliberativo da Região Metropolitana não possui personalidade jurídica de direito público que lhe habilite a receber o poder concedente do Estado com referência ao transporte coletivo de passageiros nessa Região.

Necessidade de provimento legal específico para retomar do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem parcela dessa competência, atribuída pela Lei n.º 3.080/85 para outorgá-la dentro da região metropolitana, a outro órgão ou entidade dotada de personalidade jurídica de direito público.

Competência originária do Estado para sua atribuição e conseqüente falta de competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana para outorgar ou receber os serviços de transporte coletivo de passageiros.

Vem a exame, neste Conselho Superior, expediente em que o Secretário-Geral do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre indaga da possibilidade legal de esse órgão colegiado "vir a exercer os poderes discriminados na Lei estadual n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956 e até aqui exercidos pelo DAER, tendo em vista as atribuições referentes ao serviço de transporte coletivo e sistema viário, contidos na Lei Complementar n.º 14, de 1973, e Lei estadual n.º 6.656/73, considerado serviço comum de interesse metropolitano".

A matéria, passagem das atribuições relacionadas com o transporte coletivo, intermunicipal dentro da Região Metropolitana, anteriormente à Fundação Metropolitana de Planejamento - METROPLAN - e agora, ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre, vem sendo tratada na Administração Estadual, através da proposição de soluções administrativas e de instrumentos obrigacionais diversos inclusos nos expedientes 01579-22.00/84 e 60215-13.00/84, apensos a essa consulta, e que não apresentam identidade de providências e mesmo de posicionamentos.

É o relatório.

Em preliminar, cumpre que se destaque, que a questão jurídica fundamental exposta no expediente se cinge à transferência do poder concedente do Estado relativo ao serviço público de transporte coletivo rodoviário intermunicipal, outorgado ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER) pela Lei n.º 3.080/56, ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, no que se refere à região metropolitana. Não se trata de mera descentralização ou delegação de competência para a execução de um serviço, mas do próprio deslocamento da titularidade de um serviço público e do exercício de uma função competencial inerente às pessoas jurídicas de direito público.

Sobre essa matéria muito bem lecionou HELY LOPES MEIRELLES, em seu Direi-

#### “IV. SERVIÇOS DELEGADOS A PARTICULARES

*Já vimos que o Poder Público pode realizar centralizadamente seus próprios serviços, por meio dos órgãos da Administração Direta, ou prestá-los descentralizadamente, através das entidades autárquicas e paraestatais que integram a Administração Indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), ou ainda, por meio de entes paraestatais de cooperação que não compõem a Administração Direta nem a Indireta (funções instituídas pelo Poder Público, serviços sociais autônomos e outros), e, finalmente, por empresas privadas, e particulares individualmente (cessionários, permissionários e autorizados).*

*Quando a Administração Pública executa os seus próprios serviços, o faz como titular dos mesmos; quando os comete a outrem, pode transferir-lhe a titularidade ou simplesmente a execução. A transferência da titularidade do serviço é outorgada por lei e só por lei pode ser retirada ou modificada; a transferência da execução do serviço é delegada por ato administrativo (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo apenas, em certos casos, autorização legislativa. Entre nós, a outorga de serviços público ou de utilidade pública é feita às autarquias e às entidades paraestatais, pois que a lei, quando cria aquelas ou autoriza a criação destas já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços, e, a delegação é utilizada para o traspasse da execução de serviços a particulares mediante regulamentação e controle do Poder Público. A delegação pode ser feita sob as modalidades de: a) concessão, b) permissão ou c) autorização, resultando daí os serviços concedidos, permitidos e autorizados que veremos a seguir.”*

Nesse sentido e no mesmo entendimento, em informação emitida no Processo 00215-13.00, anexa a esse expediente, quando Coordenador da Assessoria Jurídica da Secretaria de Coordenação e Planejamento, já me manifestei pela impossibilidade jurídica e legal de se transferir, através de delegação de competência, as funções já outorgadas ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER, pela Lei nº 3.080/66, à Fundação Metropolitana de Planejamento — METROPLAN.

À época assim escrevi:

*“O Estado, desde 1956, optou pela realização desse serviço de forma descentralizada, situando-o na área de atribuição da Secretaria dos Transportes e investindo e autarquia rodoviária de competência para sua prestação (Lei nº 3.0080/56, artigos 1º e 7º), ou seja, transferiu essa atividade administrativa para pessoa jurídica não integrada na sua Administração Central.”*

*“Por conseguinte, já deferido legalmente o serviço de transporte coletivo intermunicipal a um ente da Administração Estadual Indireta, a retomada desse poder originário pelo Poder Executivo somente poderá ser efetivada através de procedimento da mesma hierarquia jurídica, uma vez que detentor dos poderes da Administração é o Estado, pessoa única, embora constituída de vários órgãos que integram sua estrutura” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 1976 pág. 700).*

Evidenciada a impossibilidade jurídica de se outorgar poder concedente ou funções de serviço público, por outro instrumento normativo que não seja a própria lei, forma única para a retomada e redistribuição dessa competência cuja titularidade última e primeira pertence ao Chefe do Poder Executivo, importa, agora, para a adequada elucidação do problema, proposto no expediente, examinar a natureza jurídica, não só do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, mas do órgão ou entidade da Administração Estadual Direta ou Indireta, que exercerá ou poderá vir a exercer, por outorga, essa competência insita ao Estado e às pessoas jurídicas de direito público.

No entanto, antes de focar especificamente a natureza, função e a composição desse órgão colegiado deliberativo, previsto na Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973, editada por força do artigo 164 da Constituição da República de 1967 com a Emenda Constitucional nº 01/69, importa que se analise sob o ponto de vista constitucional e técnico o que se entende por região metropolitana e as razões que conduziram a sua instituição.

O próprio artigo 164, da nossa Lei Maior, encaminha a resposta a essa indagação ao determinar, verbis:

*“Art. 164 — A União, mediante Lei Complementar, poderá, para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica.”*

Como se observa, se trata de execução de serviço de forma integrada e cooperativa visando o planejamento integrado de várias regiões. A própria colocação do dispositivo do Título III da Constituição Federal, que trata da ordem econômica e social, demonstra a preocupação do legislador constituinte de evitar distorções entre comunidades que, por integrarem um mesmo conglomerado urbano, devem merecer tratamento, planificação e recursos através de critérios uniformes e globais.

Sobre o conceito de região metropolitana interessante é transcrever a própria justificativa do Senador Eurico Rezende a Emenda nº 848, de sua autoria:

*“As regiões metropolitanas constituem hoje em dia uma realidade urbana que não pode ser desconhecida das administrações modernas, nem omitidas do planejamento regional. Por regiões metropolitanas entendem-se aqueles Municípios que gravitam em torno da grande cidade, formando com esta uma unidade sócio-econômica, com recíprocas implicações nos seus serviços urbanos e interurbanos. Assim sendo, tais serviços deixam de ser exclusivo interesse local, por vinculados estarem a toda comunidade metropolitana. Passam a constituir a tessitura intermunicipal daquelas localidades, e, por isso mesmo, devem ser planejadas e executadas em conjunto por uma administração unificada e autônoma, mantida por todos os Municípios da região, na proporção de seus recursos, e se estes forem insuficientes, não que ser complementados pelo Estado e até mesmo pela União, porque os seus benefícios também se estendem aos governos estadual e federal. Eis que a Emenda propõe o reconhecimento constitucional dessa realidade, possibilitando a unificação dos serviços intermunicipais de regiões metropolitanas, subvenção estadual e federal, se necessário, para o pleno atendimento da imensa população que se concentra nessas regiões.”*

Assim, a Lei Complementar nº 14/73, dentro do princípio do federalismo cooperativo e do planejamento integrado, transcendendo o limite político-administrativo do Município, constituiu as regiões metropolitanas dos grandes centros urbanos da federação brasileira (artigo 1º). Determinou ainda (nos artigos 2º a 5º) aos Estados-membros a instituição por lei estadual de órgãos colegiados de natureza deliberativa e consultiva, com atribuições nesse diploma preliminarmente fixadas, e apontou não só o gerenciamento dos serviços comuns metropolitanos pelo Estado, como dispôs o elenco de atividades enquadradas como serviços de interesse metropolitano ou regional.

Sobre essa competência estadual para disciplinar e promover o planejamento e a coordenação da execução dos serviços metropolitanos considerados de interesse comum pela Lei Complementar nº 14/73, discorreu ALAOR CAFÉ ALVES, Procurador do Estado de São Paulo, em artigo publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 19327-49, dezembro 1977:

*“A Lei Complementar Federal nº 14/73, atendendo à disposição programática constitucional (artigo 164), estabeleceu o sistema básico de administração metropolitana, fixando além do mais, os serviços comuns considerados de interesse metropolitano. Porque metropolitanos, tais serviços não*

*mais se inscrevem na órbita dos interesses meramente locais (municipais). Isto significa que, ao serem consignados como metropolitanos, os serviços comuns deverão ser disciplinados e, eventualmente, executados pelos órgãos competentes do Governo estadual. Tais serviços, pela sua natureza, pelas suas peculiaridades prestacionais, pelo âmbito de abrangência de seus efeitos, pelo recurso a serem mobilizados para sua realização, pela mobilização jurídico-institucional que requerem, não podem ser tratados exclusivamente nos limites do "peculiar interesse local". Ao Estado, então, cabe seu provimento, tanto sob o ponto de vista disciplinar, como do ponto de vista do respectivo controle. A execução, essa sim, poderá estar afeta, por outorga do Estado, às unidades operacionais dos Municípios, e mesmo assim de conformidade com as disposições regulamentares expressas nos contratos de concessão de serviços públicos estabelecidos pelo Estado (titular jurídico dos serviços comuns de interesse metropolitano)."*

Destacado que os serviços ligados ao transporte metropolitano não só por se inserirem expressamente no elenco de serviços comuns assim definidos pelo artigo 5º da Lei Complementar nº 14/73, mas pela área de abrangência e de predominância do interesse regional, a competência para discipliná-los e executá-los será do Estado. E essa forma de execução tanto se poderá dar diretamente pelo próprio Estado através de órgãos integrados na sua pessoa matriz ou através de forma descentralizada.

Desenhado técnica e legalmente o esboço da região metropolitana e de sua organização básica, incumbe, agora, examinar a natureza jurídica do seu Conselho Deliberativo, órgão que pretende exercer, dentro da região metropolitana, os poderes outorgados na Lei nº 3.080/56 do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER.

A análise da competência assinalada ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, tal como se apresenta no artigo 4º e parágrafos da Lei nº 6.656, de 12 de dezembro de 1973, e que reproduz em sua integralidade o que vem disposto nos artigos 2º e 3º da Lei Complementar nº 14/73, evidencia que se trata de atuação institucional típica de planejamento e de coordenação da execução de programas e projetos de interesse comum da região metropolitana e restrito àqueles serviços assinalados na lei federal como metropolitanos.

*"Art. 4º — Compete ao Conselho Deliberativo:*

*I — Promover a elaboração do Plano de Desenvolvimento integrado da Região Metropolitana e a programação dos serviços comuns;*

*II — Coordenar a execução de programas e projetos de interesse da região metropolitana e a programação dos serviços comuns.*

*§ 1º — Para os efeitos dessa lei, serviços comuns de interesse metropolitano são os definidos no artigo 5º da Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973.*

*§ 2º — A unificação da execução dos serviços comuns efetuar-se-á quer pela concessão do serviço à entidade estadual, quer pela constituição de empresa de âmbito metropolitano, quer mediante outros processos que, através de convênios, venham a ser estabelecidos.*

*§ 3º — A execução dos serviços comuns e sua unificação, no que se refere ao abastecimento e coleta de esgoto cloacal, será feita através de concessão a empresa estadual.*

*§ 4º — No exercício de sua competência o Conselho Deliberativo poderá celebrar convênios, contratos, protocolos e ajustes com órgãos públicos e privados especializados em planejamento."*

Assim a atividade de "promover a elaboração do Plano de Desenvolvimento Integrado da Região Metropolitana", e a "coordenação de execução de programas e projetos de interesse da região metropolitana", objetivando sempre que possível a unificação dos serviços comuns, nada mais implica do que atribuir a esse órgão colegiado atividade meramente normativa e deliberativa ligada ao posicionamento e a ação do Estado no planejamento

integrado da região metropolitana. Não contém em seu bojo nenhuma atividade de execução ou de operacionalização concreta do serviço pelo órgão colegiado.

Aliás, o parágrafo 2º do artigo 4º da Lei nº 6.656/73, retrotranscrito, encaminha a esse entendimento quando sugere que a execução dos serviços comuns poderá se efetivar ou através de sua concessão a entidade estadual ou pela constituição de empresa de âmbito metropolitano, ou ainda através de outros processos que através de convênios venham a ser estabelecidos.

Não se trata de transferência do poder concedente do Estado, mas de regra dirigida apenas a propiciar dentro da região metropolitana uma melhor forma de execução e coordenação dos serviços comuns através de um único órgão ou entidade.

Se essa competência fosse deferida ao Conselho Deliberativo, e própria Lei Complementar nº 14/73 e a Lei estadual nº 6.656/73 se essa competência fosse deferida ao Conselho Deliberativo, a própria Lei Complementar nº 14/73 e a Lei estadual nº 6.656/79 não sugeririam que a unificação dos serviços comuns fossem realizados através de concessão à entidade estadual ou, ainda, pela outorga à empresa constituída em âmbito metropolitano. E mesmo que assim se entendesse, o que não ocorre na hipótese, essa concessão se efetivaria, não por força desses diplomas legais, mas através de atos jurídicos e próprios concernentes ao instituto da concessão do serviço público e àqueles hábeis a constituírem órgãos estatais ou empresas de âmbito metropolitano. Trata-se de regra programática e indicativa de soluções alternativas para o Poder Público Estadual.

Assim não existe dentro da Lei Complementar nº 14/73 e da Lei nº 6.656/73, nenhuma delegação ou transferência que autorize ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre a ser investido, mesmo dentro da região metropolitana, dos poderes conferidos pela Lei nº 3.080/56 ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER, com referência ao serviço público de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros.

De outro lado, não fora esse impedimento de ordem competencial, o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, como já se afirmou, é um órgão colegiado normativo e deliberativo e de assessoramento direto ao Estado, Poder Executivo, nas decisões que envolvem o Plano de Desenvolvimento Integrado da Região Metropolitana, à programação, coordenação e execução dos serviços comuns, órgão desvestido de personalidade jurídica e, portanto, impedido de receber, ainda que por lei, poderes ligados ao poder concedente do Estado e mesmo àqueles referentes a sua execução, entendido entre esses à prestação e concessão do próprio serviço de transportes.

Nem como concessionário desses serviços poderia se habilitar, quanto mais em se investir do próprio poder concedente, que é ínsito e inerente ao próprio Estado e aos órgãos dotados de personalidade jurídica de direito público.

Sobre a natureza jurídica desse órgão, assim escreveu EURICO ANDRADE AZEVEDO:

*"Nem o Conselho Deliberativo, nem o Conselho Consultivo e nem ambos em conjunto constituem uma pessoa jurídica. São órgãos dotados de certa autonomia, com competência própria, outorgada pela Lei Complementar Federal, mas que devem estar vinculados ao sistema administrativo estadual, mesmo porque devem ser criados por lei do Estado."*

*"Quem outorgará a execução dos serviços comuns? Só pode ser o Estado, por ato do Governador, pois o Conselho Deliberativo, não constituindo pessoa jurídica, não terá capacidade para tanto. Só o Estado terá a titularidade do serviço para transferi-lo a outra entidade que, por isso mesmo, será do próprio Estado, de âmbito metropolitano, ou de algum Município, já com atuação na região, caso em que será necessário convênio." (in Institucionalização das Regiões Metropolitanas, RDA, Fundação Getúlio Vargas, Rio, Jan/março—1975—Vol. 119, p.11/12).*

Do exposto, e respondendo a indagação formulada pelo Secretário-Geral do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, se concluiu que:

I — O Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, dada sua natureza de órgão colegiado, normativo e deliberativo em matéria de planejamento, programação e coordenação da execução dos serviços comuns de transporte dentro da região metropolitana, não possui personalidade jurídica de direito público e, portanto, não se encontra legalmente apto a receber o poder concedente do Estado, mesmo dentro da região metropolitana, com referência ao serviço de transporte coletivo de passageiros.

II — O serviço público de transporte coletivo intermunicipal, outorgado ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER — pela Lei nº 3.080/56, somente poderá ter destacada parcela de sua competência referente à região metropolitana através de provimento legal específico que, retomando desse órgão autárquico o poder concedente relativo aos serviços de transporte, o atribua a outro órgão ou entidade estadual de direito público dotado de poderes condizentes com o recebimento dessa função, e, bem assim, desse serviço de utilidade pública.

É o meu entendimento.

Porto Alegre, 15 de agosto de 1984.

Of. Gab. 928/84

Porto Alegre, 15 de agosto de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Objetiva-se no presente pronunciamento examinar consulta formulada pelo Senhor Secretário-Geral do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre, na qual a questão jurídica fundamental consiste em saber da possibilidade de ser transferido o poder concedente do Estado, relativo ao serviço público de transporte rodoviário intermunicipal — outorgado ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER) pela Lei nº 3.080/56 — para o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.

Como salientado no parecer anexo, não se trata de mera descentralização ou delegação de competência para execução de um serviço, mas do deslocamento da titularidade de um serviço público comum e do exercício de uma função para a qual são competentes tão-somente pessoas jurídicas de direito público.

É essa a linha de orientação do bem fundamentado parecer que evidencia, desde logo, a impossibilidade de, por outro instrumento normativo que não a própria lei, ser retomada da autarquia rodoviária a competência de que foi investida para a prestação do serviço público em matéria de transporte coletivo intermunicipal, competência essa que, originalmente, pertence ao Chefe do Poder Executivo.

No deslinde da questão suscitada visualiza-se outro obstáculo, esse, de ordem competencial, para que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre seja investido dos poderes conferidos pela Lei nº 3.080/56 ao DAER, com referência aos serviços de que aqui se trata.

Reforça esse entendimento a própria natureza jurídica do Conselho Deliberativo da região metropolitana e a função desse órgão colegiado cuja competência vem prevista no artigo 4º e parágrafos, da Lei nº 6.656, de 12 de dezembro de 1973, que reproduz o disposto nos artigos 2º e 3º da Lei Complementar nº 14/73 — na medida em que sua atuação institucional é típica de planejamento e de coordenação da execução de programas e projetos de interesse da região metropolitana, restrita àqueles serviços assinalados na lei federal como metropolitanos.

A interpretação do texto da Lei nº 6.656/73 e, em especial do parágrafo 2º, do artigo 4º quando sugere que a execução dos "serviços comuns efetuar-se-á quer pela concessão do serviço à entidade estadual, quer pela constituição de empresa de âmbito metropolitano, quer mediante outros processos que, através de convênios venham a ser estabelecidos", conduz ao entendimento de que não se trata de transferência do poder concedente

do Estado, mas de regra dirigida apenas a propiciar, dentro da região metropolitana, uma melhor forma de execução e coordenação dos serviços comuns através de um único órgão ou entidade.

Outrossim, não existe dentro da Lei Complementar nº 14/73 delegação ou transferência de competência que autorize o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre a ser investido dos poderes conferidos ao DAER. Tem o órgão colegiado atribuições meramente normativas ou deliberativas e de assessoramento direto, ligadas à ação do Estado no planejamento integrado da região metropolitana.

A par de todos os fundamentos apontados, o acolhimento da solução proposta encontra, ainda, óbice em um argumento conclusivo, o de que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana é órgão desvestido de personalidade jurídica, sem capacidade, portanto, para receber, ainda que por lei, poderes que são ínsitos e inerentes ao próprio Estado e aos órgãos dotados de personalidade jurídica de direito público. Ademais, nem como concessionário poderia o órgão colegiado habilitar-se à prestação dos serviços comuns, quanto mais ser investido do próprio poder concedente do Estado.

Submetido esse pronunciamento à apreciação do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, foi o mesmo aprovado por unanimidade, na sessão do dia 18 de julho do corrente, por mim presidida.

Na oportunidade em que trago este parecer à superior deliberação de Vossa Excelência, reitero-lhe as expressões de meu apreço e distinguida consideração.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

Proc. nº 01579-22.00/84-SDO

Aprovo, nos termos do Ofício nº 928/84, o Parecer nº 5786 da Procuradoria-Geral do Estado, que opina pela impossibilidade legal da outorga, ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, de poder relativo a serviço público de transporte coletivo intermunicipal, posto que foi o mesmo outorgado, por lei, ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, é só mediante lei poderá ser daquela autarquia retirado.

Esse serviço público só poderá ser outorgado a outro órgão ou entidade estadual dotado de personalidade jurídica de direito público e com poderes condizentes ao recebimento daquele serviço.

Em 22-8-84.

JAIR SOARES  
GOVERNADOR DO ESTADO

# INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

MÁRIO BERNARDO SESTA  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 6262

Projeto de emenda constitucional, de origem parlamentar, que inibe a iniciativa da lei de meios, estipulando dotações percentuais obrigatórias para o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, não colide com a reserva de iniciativa prevista no art. 32 da Constituição do Estado, não podendo, sob tal enfoque, ser inquirido de inconstitucionalidade formal.

Padece, porém, do vício de inconstitucionalidade material na medida em que inibe a independência do Poder Executivo em matéria que é de sua competência, bem como fere a anualidade e a unidade orçamentária, tudo constante do modelo federal, indisponível e obrigatório na auto-organização dos Estados.

1. A CASA CIVIL DA GOVERNADORIA pergunta acerca da constitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional n.º 58/84 de iniciativa do nobre Deputado JOSÉ PAULO BISOL. Dito projeto acrescenta, ao artigo 45 da Constituição Estadual, dois parágrafos. O primeiro deles dispõe que as dotações anuais destinadas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário corresponderão a importâncias nunca inferiores a dois e meio por cento e cinco por cento, respectivamente, da receita orçamentária, excluídas as operações de crédito e participações nas transferências da União. O segundo parágrafo proposto ressalva, para os fins do parágrafo anterior, a exclusão, do percentual do Poder Judiciário, a verba necessária ao pagamento dos precatórios judiciais.

Na longa justificativa, que encaminha o projeto reformista ora em exame, ressalta o autor que visa, principalmente, "tornar objetivo e concreto o princípio de ordem constitucional consagrado nos artigos 6.º da Constituição da República e 4.º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, isto é, a real e efetiva independência entre os Poderes do Estado e, num, segundo passo, dotar os Poderes Judiciário e Legislativo de recursos orçamentários adequados à satisfação de suas nobres e reais finalidades". (grifou-se).

Adiante, esclarece ainda o autor que "o Judiciário sofre em todo o País por falta de condições materiais. A carência vem desde as instalações indispensáveis e chega às pequenas necessidades. No Rio Grande do Sul, ao longo de sua existência, tem sido uma constante da vida do Poder Judiciário a falta de recursos adequados, previsíveis e certos, para que pudesse orientar a sua ação administrativa no sentido de aparelhar-se devidamente e, como estão a exigir os seus jurisdicionados, entregar uma prestação jurisdicional pronta, rápida e segura".

E prossegue: "a independência do Judiciário não está apenas em julgar plenamente, mas ainda em exercer a direção política judiciária com recursos suficientes e disponíveis. De fato, a independência do Judiciário nunca se dará completamente sem a indispensável alocação e disposição de recursos financeiros". (grifou-se).

"Assim pensando, a Comissão de Alto Nível da Associação dos Magistrados Brasileiros, instituída pelo VII Congresso Brasileiro de Magistrados, bem como a Comissão da OAB, Seção do Rio Grande do Sul, sem prévia combinação, mas analisando os mesmos dados naturais e racionais, já há algum tempo, vem propondo o destaque de 5% (cinco por cento) do orçamento estatal para o Judiciário. Tal posicionamento, recentemente, foi reiterado no I Encontro Nacional de Presidentes de Tribunais de Justiça. No evento foi elaborada a "Declaração do Recife", que entre as principais conclusões contém a da Autonomia Orçamentária e Financeira, para efeitos de a União, o Distrito Federal, os Territórios

e os Estados destinarem, obrigatoriamente, ao Poder Judiciário, não menos que 5% de sua receita anual, repassada em duodécimos, para assegurar-lhe autogestão". (grifou-se).

E adiante, continua o nobre Deputado: "O Poder Legislativo, considerado por muitos, no esquema da divisão ou "separação" dos poderes estatais, como mais importante, também ao longo dos anos, vem sofrendo, paralelamente a outros males, o problema da falta de autonomia financeira" (grifou-se).

"Por razões que todos sabemos, porém, este Poder de tão importantes funções, sofreu no Brasil nos últimos anos, um grande esvaziamento. Embora seja o único que representa o povo em todas as suas correntes de opinião e em todos os aspectos de vida ficou muito distante de suas funções tradicionais."

E conclui o nobre Deputado enumerando os precedentes já adotados em diversas Unidades da Federação, isto é, o do Paraná que, também mediante emenda constitucional, atribui percentual de seis e meio por cento do orçamento geral do Poder Judiciário; o de Santa Catarina que introduziu idêntica inovação em sua carta constitucional com um percentual de quatro por cento; e o de Rondônia que, ao adotar sua primeira carta constitucional, reserva, no artigo 86 e parágrafo primeiro, os percentuais de três e quatro por cento respectivamente, para o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Isso sem falar no Ceará, onde tramita emenda constitucional na linha do que ora se examina.

É o relatório.

2. Três institutos tradicionalmente presentes no nosso constitucionalismo republicano interessam, de modo particular, à análise, que ora se pretende fazer do projeto de emenda constitucional em exame.

Primeiro deles, o sistema de constituição rígida, adotado invariavelmente por nossa República, e cuja característica essencial reside na distinção hierárquica nítida entre o Poder, o órgão, o momento ou período legiferante constituído e o Poder, o órgão, o momento ou período e a função legiferante constituída, ordinária, reconhecida, sem qualquer dúvida, a ilimitação peculiar ao primeiro, em termos de discurso jurídico, e a subordinação da atividade do segundo aos parâmetros fixados, pelo primeiro, na Constituição.

Essa distinção e essa hierarquia prevaleceram sempre na nossa tradição, mesmo quando, nas ocasiões em que Poder Constituinte se manifestou de forma ortodoxa, isto é, através de Assembleias Nacionais Constituintes, estas, após esgotarem sua função constituinte, prosseguiram, compostas como haviam sido eleitas, transformadas em Poder Legislativo, para desenvolver a atividade legiferante ordinária.

Em outras palavras, segundo os princípios do sistema das constituições rígidas, ao Poder Legislativo, enquanto Poder constituído, não se reconhece legitimidade para editar uma nova Constituição, nem sequer para alterar substancialmente a Constituição em cujo âmbito ele existe e no qual busca o fundamento que convalida sua atividade.

É evidente, porém, que a rigidez constitucional não pode ser levada às últimas consequências, pois, embora, como as leis ordinárias, cada Constituição seja editada com vocação duradoura, a mobilidade social exige que, mesmo ou apesar de sua excelsa posição, sofra adequações que a conservem eficaz enquanto instrumento de institucionalização da sociedade. Assim, é inerente ao próprio sistema das constituições rígidas, a possibilidade de reforma constitucional, sendo a faculdade correspondente normalmente cometida ao Poder Legislativo e denominada, por similitude mas não sem certa impropriedade, de Poder Constituinte Residual e, melhor e mais simplesmente, de Poder de Emenda Constitucional.

Corolário indissolúvel da rigidez constitucional é o princípio da supremacia da Constituição: se ela é obra de um órgão ou de um momento situado, no discurso jurídico, hierarquicamente acima de quaisquer limites, indiscutivelmente acima da ordem jurídica que deles nasce ou que nele busca ou retoma sua validade ou, em outras palavras, da ordem jurídica constituída, aparece, com evidência, que nenhuma das atividades dos poderes constituídos, nem mesmo o Poder Constituinte Residual ou Poder de Emenda à Constituição, se exerce validamente fora do âmbito e dos limites que a própria Constituição fixa.

Cumprir notar que a Constituição Brasileira, neste aspecto com impecável correção técnica, quando define, na Seção V do Capítulo VI, o processo legislativo, inclui, no art. 46, as emendas à Constituição como primeiro modo de atividade legiferante constituída.

das que descumprissem limites formais, entre os quais a reserva de competência acima referida:

Esse é o quadro no qual se há de examinar o projeto de emenda do nobre Deputado Paulo Bisol.

4. Vamos iniciar o exame da matéria em pauta a partir do plano da Constituição Estadual, desprezando, só para argumentar, tanto os limites decorrentes do discurso federativo, quanto a remissão determinada especificamente pelo art. 43 da própria Constituição Estadual.

A Constituição do Estado, seguindo o modelo rígido peculiar ao constitucionalismo republicano brasileiro, dispõe expressamente, nos arts. 40 e 41, os procedimentos especiais, de natureza formal, indispensáveis para a higidez de qualquer procedimento reformista. A esse respeito, sob esse ângulo, não há nenhum reparo a fazer no projeto reformista em exame: até o presente momento, foi proposto nos termos do inciso I do art. 40 e, não tendo sido ainda votado, impossível cogitar de qualquer infringência dos requisitos formais de aprovação, expressos no art. 41.

Portanto, do ponto de vista estritamente procedimental, no que diz respeito à forma peculiar exigida para reforma da Constituição do Estado, não há nenhum defeito, até agora pelo menos, imputável ao projeto em questão.

Ocorre, porém que, em se tratando de limites formais à reforma da Constituição, não há como fugir à questão dos limites de competência decorrentes da incidência ou não dos fatores inibitórios decorrentes da chamada reserva de iniciativa assegurada, no processo legislativo, ao Poder Executivo.

Essa matéria não é nova. Como veremos adiante, de um lado, e muito particularmente em matéria orçamentária a preponderância do Poder Executivo, no que respeita à iniciativa da lei de meios, é, de certo modo, característica tradicional do presidencialismo; de outra parte, o segundo grande conflito mundial determinou, mesmo em democracias tradicionais que adotam o sistema parlamentarista, uma tendência que acabou por se consolidar, no sentido de certa preponderância do Poder Executivo em todo o processo legislativo, exatamente através da técnica da reserva de iniciativa. No Brasil, tanto por razões gerais, quanto por outras específicas, esse processo se tornou visível a partir do Ato Institucional nº 1/64, passando pelo Ato Institucional nº 2/68 e desembocando, com larga expressão, na Constituição de 1967, mantida na Emenda Constitucional de 1969, constituindo-se num fator novo e importantíssimo que redimensionou, no modelo federal, a independência e harmonia de poderes, sendo, assim, obrigatória e indisponível para os Estados, a teor do art. 10, VII, "c", e mais especificamente, do art. 13, III, da Constituição Federal.

Como já se disse, nossa História Constitucional recente, com inúmeros registros na do Rio Grande do Sul, apresenta inúmeros casos de iniciativas parlamentares no sentido de contornar a reserva de iniciativa do Poder Executivo, legislando sobre matérias pertinentes àquela reserva mediante reforma constitucional.

E a orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se, com razoável tranqüilidade, apesar de alguns votos discordantes, no sentido de fulminar essas iniciativas, declarando-as eivadas de vício formal de competência que caracteriza a inconstitucionalidade formal.

Cumprir examinar, pois, se o projeto reformista, de que ora se trata, incide nesse tipo de defeito.

A questão é muito delicada.

É preciso, em primeiro lugar, ter presente que a reserva de iniciativa que, na Constituição do Estado, vem assegurada no art. 32, diz respeito a matérias tradicionalmente afeitas ao âmbito da chamada legislação ordinária.

Tanto o art. 57 da Constituição Federal, quanto o art. 32 da Estadual referem dita reserva à iniciativa das leis, conquanto ambas insiram no processo legislativo outros modos nominadamente distintos de atividade legiferante: emendas, leis, decretos, resoluções (Const. Fed. art. 46; Const. Est. arts. 30 e 39).

Assim, os projetos de emenda Constitucional, segundo a aludida orientação do Supremo Tribunal Federal são nulos quando dispõem, sobre matéria normalmente regulada por lei, através da via reformista.

Longe está nossa tradição constitucional da ascética redução da matéria constitucional às disposições pertinentes ao "BILL OF RIGHTS" e ao "PLAN OF GOVERNMENT": nossos códigos constitucionais estão repletos de normas só formalmente constitucionais.

Outro há de ser, portanto, o descríme; e, ainda que precário, o que nos possibilitasse separar, das normas ordinárias, as de sobre-direito poderia ser de alguma ajuda.

A importância dessa tentativa reside justamente na circunstância de o projeto reformista, ora em exame, versar indiscutivelmente matéria orçamentária, enquanto o art. 32 da Constituição do Estado insere na reserva de iniciativa as leis que "*disponham sobre matéria financeira*" (inciso I) e também as que "*versem sobre matéria orçamentária, autorizem a abertura de crédito ou concedam auxílios, prêmios e subvenções*" (inciso II).

No que respeita ao alcance da expressão "matéria financeira", contida no inciso primeiro do dispositivo constitucional estadual acima referido, poder-se-ia, à primeira vista, tomando-a na acepção mais ampla, entendê-la abrangente da "matéria orçamentária".

Da mesma forma, o inciso segundo, à primeira vista exorbitante se comparado ao elenco federal correspondente à reserva de iniciativa mas confortado à luz do disposto no art. 65 da Constituição Federal, parece constituir-se igualmente em obstáculo formal à higidez do projeto reformista em exame.

Cumprir, porém, ter presente, em segundo lugar, que os textos constitucionais, dada sua peculiar natureza, hão de ser lidos, interpretados e aplicados, tanto segundo os cânones da hermenêutica jurídica quanto segundo os da hermenêutica política.

E hoje, mais claramente que ontem, a reserva de iniciativa é exceção à regra que, em matéria legislativa, é a competência dos corpos de representação popular, não se compadecendo com o melhor entendimento senão o resultante, direta e inequivocamente, dos textos pertinentes, lidos "strictissime" como compete ler as exceções, as normas excepcionais da regra geral histórica e juridicamente consagrada e agora excepcionada.

Segundo esse enfoque, que se nos afigura o único correto, observaremos como mais adequado à determinação da amplitude da abrangência da expressão "matéria financeira", contida no inciso I do elenco estadual da reserva de iniciativa (art. 32), o que nos dá, referido ao modelo federal, a lição inquestionável de PONTES DE MIRANDA (*in* Comentários à Constituição de 1967, RT, S.Paulo, 1967, tomo III, p. 161):

*"Lei que permite a emissão de x de papel-moeda, ou que suspende a incidência da lei de imposto, ou cria ou diminui taxa, ou contribuição de melhoria, é lei de matéria financeira. Lei que dá regras jurídicas sobre como se há de proceder em caso de serem autorizadas emissões, é lei de direito financeiro. A própria regra jurídica que diga como o Congresso Nacional há de fiscalizar, pois a fiscalização pelo Tribunal de Contas é apenas auxiliar, é de direito financeiro."*

*"São leis de matéria financeira, por exemplo, as que criam, alteram ou extinguem impostos ou outros tributos, as que apenas distribuem rendas (não as que regulam distribuição das rendas ou da renda), e as que abrem os créditos ou lançam os impostos do art. 23."* (grifou-se).

Com relação ao segundo inciso do art. 32 da Constituição Estadual, cumpre ter-se presente que, no modelo federal, não está arrolado no elenco das reservas de iniciativa (arts. 57 e 65) e, por outro lado, no contexto onde figura seu sustentáculo federal, se faz distinção entre a iniciativa da lei de meios (art. 66) e a de outras "leis orçamentárias" (art. 65). E a emenda cujo projeto ora se examina diz diretamente com a iniciativa da lei de meios.

Cumprir ainda registrar que a caracterização do orçamento, a cuja iniciativa e cujo conteúdo se refere o projeto reformista ora em exame, como lei é altamente questionada na doutrina, considerando-se mais adequada sua identificação como lei apenas no sentido formal; não lei em sentido próprio. Portanto, sua inclusão no rol das leis, enquanto modo do processo legislativo, parte das quais teria sua iniciativa incluída no elenco da reserva constitucional, não corresponde à melhor técnica, porque, tanto no modelo federal (C.F. Cap. VI, Secção V e VI), quanto no texto constitucional estadual a lei de meios está prevista numa secção à parte daquela que trata do processo legislativo (C.E. Cap. II, Secção IV e V).

Finalmente não se pode deixar de considerar o conteúdo do projeto reformista que ora se examina; trata-se de uma norma que dispõe sobre como fazer a norma orçamentária, assim sendo dispõe a respeito de matéria constitucional. Sobre tratar-se de norma a respeito de matéria financeira ou matéria orçamentária, a que ora se examina, por ser norma de *sobredireito*, reveste características indiscutíveis que conferem a seu conteúdo a qualidade de *matéria constitucional* e, note-se bem, matéria que diz, com as origens do constitucionalismo, porque foi em razão de conter o poder absoluto de tributar e administrativamente de gastar que surgiu o processo constitucional limitativo do Estado Absoluto e criador do Estado Democrático contemporâneo.

Ora, se assim é, considerando que a leitura *strictissime* é a que melhor se compatibiliza com a natureza exceptiva do elenco da reserva de iniciativa; considerando que emenda constitucional é modo do processo legislativo expressamente distinto da lei; considerando que o orçamento não é lei, a não ser em sentido formal; considerando que o conteúdo da emenda em exame é norma do *sobredireito* e mais especificamente, norma de conteúdo nitidamente constitucional, posto que orçamentário, entendemos que não incide a iniciativa, que ora se examina, no desvio da finalidade que o Supremo Tribunal Federal tem encontrado em inúmeros projetos reformistas que procuram regular matéria, tradicionalmente cometida à legislação ordinária, através de reforma, inexistindo, pois, o vício da inconstitucionalidade formal por invasão da reserva de iniciativa do Poder Executivo.

É evidente que, uma vez aprovado o projeto de emenda ora em exame, ele entraria em confronto com uma série de dispositivos da Constituição Estadual atualmente em vigor e referentes a orçamentos tais como a *iniciativa do Governador* e a *anualidade orçamentária* (C.F. art. 44). Ora se nós desconsiderarmos, apenas para argumentar, como estamos fazendo, a incidência das normas no modelo federal, esse confronto resultaria tão-somente numa *adequação* e *parcial revogação* das normas, agora vigentes, que fossem de encontro ao texto novo, eventualmente aprovado.

Então, atendo-nos ao âmbito estadual, não vemos no projeto nem inconstitucionalidade formal, nem inconstitucionalidade material.

5. Se porém, seguindo a indicação remissiva do art. 43 da Constituição do Estado ou descendo segundo a linha do exótico comando do art. 200 da Constituição Federal, passarmos a examinar o projeto em questão sob o crivo próprio do confronto com o plano federal especificamente expresso, limitando-nos, tão-somente, ao disposto no art. 13 e no art. 10, inciso VII, da Constituição da República, a questão adquire contornos bem diversos.

O art. 13 da Constituição Federal relaciona, entre as matérias indisponíveis na auto-organização dos Estados, os princípios referentes ao orçamento. Se formos consultar disposições constitucionais federais sobre matéria orçamentária, sem muito esforço veremos desde logo dois dos princípios clássicos do orçamento expressamente consignados no texto constitucional: a *anualidade* (C.F. arts. 60, 62, 66) e a *universalidade* (C.F. art. 62).

Por outro lado, segundo o art. 10, inciso VII, letra "c", da Constituição Federal, veremos que também é indisponível, na auto-organização dos Estados, o modelo federal referente à *independência* e *harmonia dos Poderes*.

Já tivemos oportunidade, em outro trabalho sobre matéria constitucional, de lembrar que, na sistemática inerente ao modelo federal, obrigatório para os Estados e que é de cunho presidencialista, os Poderes são primeiro independentes para depois serem harmônicos e, nas atribuições peculiares ao Poder Executivo, o modelo federal inclui a iniciativa, sem inibições específicas, do orçamento, revelando na sistemática presidencialista uma de suas características mais nocivas que é a nítida predominância do Poder Executivo justamente através da limitação de sua competência quanto à proposição da lei de meios.

Seja como for, tal característica é tradicional no nosso constitucionalismo tanto a nível federal (C.F. 69, art. 66; C.F. 67, art. 68; C.F. 46, art. 87, XVI; C.F. 37, art. 67, b; C.F. 34, art. 50, § 1º) quanto a nível estadual. No constitucionalismo do nosso Estado, desde a proposição farrroupilha (arts. 110, § 15, e 145), passando pela Constituição de 1891 (arts. 20, 7, 37, § 1º, art. 46, 1), pela de 1892 (art. 17, 6º; art. 38, 1º; art. 39, 1º), pela Constituição de 1935 (art. 33, 2, a; art. 36, 2, art. 44, § 1º), pela de 1945 (art. 39 e art. 44, § 1º), pela de 1947 (artigo 38, II, a e art. 49, I — Parlamentarismo), depois emendada pela Emenda Constitucional nº 1/47 (art. 45, II, a; art. 57, I; art. 87, XVIII), mais a

de 1967 (art. 22, I, art. 35; art. 36 caput § 1º) e, finalmente, na atual, de 1970 (art. 26, I; art. 52, II; art. 43, art. 44) sempre prevaleceu a iniciativa da lei de meios sem condições para o Poder Executivo. É fácil identificar a herança do antigo Estado Absoluto nessa disposição, mas ela é inerente ao sistema presidencialista que é dos aspectos do modelo federal que deve ser necessariamente adotado pelos Estados. Aliás, a evolução constitucional do Rio Grande do Sul mostra quão sensível tem sido ao longo de nossa história essa matéria relativa ao modelo federal. Pois bem, o projeto reformista que ora se examina *inibe*, sem dúvida, a *iniciativa do Poder Executivo*; *retira do Poder Executivo Estadual competências que lhe correspondem segundo o modelo constitucional federal*, que é indispensável para o legislador local, incidindo assim em vício de conteúdo. O seu conteúdo nessa parte é incompatível com o modelo federal, eivando-se portanto de *inconstitucionalidade material*; defeito da mesma natureza também decorre da limitação que a inovação pretendida trará no que respeita à *anualidade orçamentária* e à *universalidade orçamentária*; isso porque a anualidade reforça a hegemonia do Poder Executivo permitindo que esse, a cada ano, de acordo com sua avaliação do comportamento da receita e das necessidades da despesa, redimensione as dotações consignadas no orçamento. Essa análise anual *lhe* é cometida *sem inibições*; é um adinículo do poder de iniciativa que o modelo federal atribui ao Poder Executivo. Ora, a fixação de *quotas obrigatórias, ainda que percentuais, inibirá este reexame anual* do comportamento da receita e da despesa. Portanto, em mais uma passagem, a pretendida emenda vai de encontro a conteúdo indisponível fixado no plano federal, eivando-se mais uma vez de inconstitucionalidade material.

E não só, porque o texto federal, apenas para considerar o que nela vem explícito, comporta também o princípio da *universalidade orçamentária*, que é *corolário da unidade do orçamento*, a qual, segundo os mais modernos autores, tem menos a ver com a unidade documental do que a *unidade de comando* sobre a iniciativa da lei de meios, o que nos leva, mais uma vez, a constatar a harmonia do Poder Executivo em matéria orçamentária. Ora, o conteúdo da emenda em exame, evidentemente, restringe essa unidade do comando, *inibe*, *diminui*, condiciona esse comando e nessa medida ela infringe novamente conteúdo indisponível definido no plano federal revelando-se de novo eivado de inconstitucionalidade material.

Retomando o fio da meada, entendemos defensável a higidez formal do projeto reformista examinado, o qual no entanto se nos afigura irremediavelmente eivado de inconstitucionalidade material na medida em que *inibe* competências do Poder Executivo estadual decorrentes, menos da Constituição do Estado, do que do modelo federal na parte referente aos princípios sobre orçamento e independência e harmonia de Poderes.

É o parecer.

Porto Alegre, 26 de julho de 1985.

Of. Gab. 708/85

Porto Alegre, 26 de julho de 1985.

SENHOR GOVERNADOR:

O estudo que ora tenho a honra de submeter à elevada apreciação de Vossa Excelência teve origem em consulta proposta pelo Senhor Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil acerca da constitucionalidade, ou não, do projeto de Emenda Constitucional nº 58/84, de iniciativa do Senhor Deputado JOSÉ PAULO BISOL, o qual, acrescentando parágrafos ao art. 45 da Carta Estadual, visa "*tornar concreta*" a "*efetiva independência entre os Poderes do Estado*", dotando, para tal fim, os Poderes Judiciário e Legislativo de recursos orçamentários "*adequados à satisfação de suas nobres e reais finalidades*".

Na análise de tão complexa questão, enfoca minudentemente o Parecer nº 6262 os princípios e institutos que, em nosso constitucionalismo republicano regem a matéria, detendo-se, preliminarmente, no exame das características ínsitas ao sistema de constituição rígida invariavelmente adotado na história republicana e no qual ressalta a distinção fun-

damental entre o Poder, o órgão, o momento e a função legiferante *constituente* e o Poder, órgão, momento e função legiferante *constituída*.

Estabelecido o necessário discrimine entre as duas atividades, exsurge claramente o liame de subordinação que ata as atribuições da segunda — aí incluso o Poder Legislativo, enquanto Poder Constituído — aos parâmetros traçados pela primeira, cuja conformação maior, expressa no próprio Poder Constituinte, adquire total ilimitação ao nível de discurso jurídico, conduzindo, por linha de conseqüência, à reafirmação do princípio de supremacia da Constituição, corolário da rigidez constitucional, ao ponto de tornar inválidas todas as atividades exercidas para além dos limites em si mesma traçados.

Nesse sentido cabe registrar, como manifestação dessa distinção e dessa hierarquia, a ilegitimidade que envolve a edição de uma nova Constituição — ou a alteração substancial da Carta vigente — pelo Poder Legislativo enquanto Poder Constituído.

O mesmo registro, no entanto, não vale quando se trata de emendas à Constituição, vez que a própria Constituição Brasileira arrola as emendas à Constituição como primeiro modo de atividade legiferante constituída. Não obstante, por constituir-se o poder de emendar no modo de processo legislativo que mais se aproxima do Poder Constituinte em sentido próprio, está sujeito, por força das características do modelo constitucional rígido, ao acolhimento das limitações constitucionais para tanto especificamente fixadas.

O desenvolvimento deste raciocínio não prescinde de análise atinente à questão federativa: se os Estados-membro constituem-se, em última *ratio*, em produto do Poder Constituinte maior, dele recebendo a faculdade de se auto-organizarem, jamais se exerce, no plano estadual, Poder Constituinte em sentido próprio, pela circunstância de os Estados, desde quando se auto-organizam, já estão exercendo Poder Constituinte Residual.

Importa deixar bem claro, portanto, que os Estados estão permanentemente limitados pelas normas e princípios inseridos na Constituição Federal, restando adstritos ao modelo lá desenhado.

No plano estadual tais limites, por seu turno, refletem-se ao nível formal (arts. 40 e 41 CE), e material (art. 43 CE e arts. 13 e 10, VII, CF) anotando-se, ainda, a existência de limites extraordinários, decorrentes do disposto no art. 200 da Carta Federal.

No quadro assim demarcado, refere o parecer que o projeto em estudo não merece, sob o ângulo estritamente procedimental, reparos a fazer.

E, igualmente, de análise procedida sob o aspecto formal nada parece obstar o prosseguimento do projeto reformista. Inobstante versar sobre matéria orçamentária, a análise da matéria sob o enfoque dado pelas normas constitucionais estaduais, lidas de perspectiva estrita, que melhor se ajusta à natureza exceptiva do elenco da chamada reserva de iniciativa do Poder Executivo, à qual se acrescenta anotação acerca da natureza do processo legislativo de emendar à Constituição, além de considerações sobre o orçamento em si mesmo, lei apenas em sentido formal, e, bem assim, sobre o conteúdo da emenda, norma de sobredireito, levam o parecerista a concluir, num primeiro passo, que a iniciativa examinada não incide no desvio de finalidade encontrado em inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal em projetos que também procuram regular a matéria.

Todavia, conclusão bem diversa será obtida se realizado o necessário exame do projeto sob a angulação proposta pelos arts. 43 da Constituição do Estado e 200 da Constituição Federal.

Com efeito, se a remissão contida no citado artigo 43 conduz ao disposto nos arts. 13 e 10, inciso VII, da Carta Magna, forçoso é considerar que o primeiro daqueles dispositivos relaciona, entre as matérias indisponíveis na auto-organização dos Estados, os princípios referentes ao orçamento. Aliás, análise sistêmica das disposições constitucionais federais sobre matéria orçamentária ilumina a existência de dois princípios clássicos, expressamente consignados nos seus artigos 60, 62, 66: o da anualidade e o da universalidade.

O antes referido art. 10, inciso VII, alínea "c", por seu turno, fixa de sua vez, matéria igualmente indisponível, qual seja, o modelo federal referente à independência e harmonia dos Poderes.

Tais linhas mestras convergem, primeiramente, ao estabelecimento da precedência — inerente ao sistema político presidencialista — da independência entre os Poderes, mais

ainda do que a harmonia. Vale dizer, por isso mesmo, que os Poderes são primeiro *independentes*, para depois serem harmônicos, de onde decorre que, nas atribuições peculiares ao Poder Executivo, inclui o modelo federal a iniciativa, *sem inibições específicas*, do orçamento, a qual se expressa justamente mediante a ilimitação de sua competência quanto à proposição da lei de meios.

Sem esquecer a possibilidade de críticas a tal sistema, o qual desvenda, por óbvio, a nítida predominância do Poder Executivo sobre os outros Poderes do Estado, refere, no entanto o mencionado estudo ser essa característica tradicional ao nosso constitucionalismo.

Assim sendo, incontroversa se mostra a *inconstitucionalidade material* do projeto reformista por inibir a iniciativa do Poder Executivo, retirando-lhe competências que lhe correspondem segundo o modelo constitucional federal.

Importa considerar, mais ainda, que incide o projeto em idêntica *inconstitucionalidade* ao inovar respeitadamente à anualidade e à universalidade orçamentária, porquanto, assim procedendo, limita o Poder Executivo em matéria que lhe é cometida sem inibições, restringindo a unidade de comando sobre a iniciativa da lei de meios.

Fundado, pois nas razões acima assinaladas, as quais se ancoram, antes de tudo, em quadro onde se traçam os princípios referentes ao orçamento e à independência e harmonia dos Poderes de Estado, conclui o parecer pela *inconstitucionalidade material* que vicia o projeto de Emenda Constitucional nº 58/84, de iniciativa do Senhor Deputado JOSÉ PAULO BISOL.

Na oportunidade em que lhe submeto tais considerações, exemplarmente desenvolvidas no pronunciamento em anexo, reitero-lhe, Senhor Governador, as expressões de minha especial estima e distinguida consideração.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

# APOSENTADORIA ESPECIAL DE MEMBRO DO MAGISTÉRIO

JORGE ARTHUR MORSCH  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul  
Professor de Direito Tributário na UNISINOS

PARECER Nº 6054

## APOSENTADORIA. PROFESSOR. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 18.

O período em que o professor ou especialista esteve dispensado de suas funções, nos termos do artigo 153 da Lei nº 6.672/74, para exercer função executiva em entidade de classe, não é tempo de efetivo exercício em funções de magistério, computável para a aposentadoria precoce.

A ASSOCIAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EDUCACIONAIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, a ASSOCIAÇÃO DOS INSPETORES DE ENSINO DO RIO GRANDE DO SUL, a ASSOCIAÇÃO DOS ORIENTADORES EDUCACIONAIS DO RIO GRANDE DO SUL e a ASSOCIAÇÃO DOS SUPERVISORES DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL solicitaram fosse reconsiderado o entendimento adotado pela Secretaria da Administração que exclui — do tempo de efetivo exercício em funções de magistério, para fins de aposentadoria especial trazida pela Emenda Constitucional nº 18 — os períodos em que o membro do magistério esteve dispensado de suas funções nos termos do artigo 153 da Lei nº 6.672, de 1974.

2. Acompanhando volumoso dossiê relativo às atividades desenvolvidas pelas Associações, representantes manifestam inconformidade com a orientação sufragada pela Secretaria da Administração, e desenvolvem considerações em prol da defesa dos interesses dos membros da classe. Em síntese: a) esclarecem que os especialistas que integram as diretorias das Associações acima citadas foram regularmente eleitos para cargos em entidades de classe, que congregam exclusivamente especialistas de educação pertencentes ao Quadro de Carreira do Magistério; b) invocam o texto do artigo 153 da Lei nº 6.672/74, quando dispensa o especialista de suas atividades funcionais, *sem qualquer prejuízo*; c) sustentam que a finalidade das entidades de classe é promover e incentivar o aperfeiçoamento técnico-cultural e técnico-pedagógico do associado, através de cursos de aperfeiçoamento, de especialização e de extenso cultural, procurando sempre a elevação do nível profissional, como preceituado no estatuto de cada uma das entidades; d) as atividades das associações de classe têm como fim último a melhoria da qualidade do ensino; e) a natureza e a exigência das atividades exercidas pelos membros das diretorias eleitas das entidades de classe os faz merecedores de tratamento idêntico ao dos demais membros do magistério.

3. O expediente foi encaminhado à Assessoria Jurídica da Secretaria da Educação e Cultura e posteriormente despachada para esta Casa pelo Senhor Secretário de Estado da Educação e Cultura, com vistas ao estabelecimento de orientação administrativa.

4. Trata-se, na espécie, de esclarecer se o afastamento legal permitido pelo artigo 153 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, pode ser considerado como efetivo exercício em funções de magistério para fins da aposentadoria prevista na Emenda Constitucional nº 18, de 30 de junho de 1981.

5. A Emenda Constitucional mencionada prescreveu:

*"Art. 1º — O item III do artigo 101 da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*III - voluntariamente, após 35 (trinta e cinco) anos de serviço, ressalvado o disposto no artigo 165, item XX.*

*Art. 2º — O artigo 165 da Constituição Federal é acrescido do seguinte dispositivo, passando o atual item XX a vigorar como XII:*

*XX — a aposentadoria para o professor após 30 (trinta) anos e para a professora após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral".*

6. O artigo 153 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974 dispõe:

*"O professor ou especialista de educação que, eleito regularmente, estiver no exercício de função executiva em entidade de classe do magistério, de âmbito estadual ou nacional, poderá, mediante proposta do Sr. Secretário de Educação e Cultura, ser dispensado pelo Chefe do Poder Executivo de suas atividades funcionais, sem qualquer prejuízo".*

7. A orientação jurídica impugnada pelas Associações de classe requerentes foi estabelecida em reiteradas informações elaboradas na Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, devidamente aprovadas pela titular da Pasta. Vale reproduzir os seus fundamentos, como deduzidos na informação nº 281/84:

*"1. O processo vem a esta Assessoria Jurídica para exame do pedido de reconsideração feito pela interessada no sentido de ser contado, para fins da aposentadoria antecipada, o período de afastamento à disposição de entidade de classe (Associação Sul-Riograndense de Professores, de Pelotas) de 20 de agosto de 1981.*

*2. No recurso, a Professora refere que a cedência "sem prejuízo dos vencimentos e vantagens" foi feita com amparo no artigo 153 da Lei nº 6.672/74, que prevê a dispense do professor para exercer função executiva em entidade de classe, sem qualquer prejuízo.*

*Indica, ainda, que uma entidade de classe dá respaldo às atividades ligadas, no plano técnico-pedagógico, ao aperfeiçoamento da educação, de que trata o Parecer nº 4864/PGE.*

*3. Indiscutível que o tempo de afastamento, na situação indicada, deve ser considerado como de serviço público, para todos os efeitos da carreira do magistério. Mas não me parece que o exercício de funções executivas em entidades de classe do magistério — com objetivos principais de realizar atividades culturais, beneficentes e recreativas — possa ser caracterizado como de efetivo exercício em funções de magistério, quando a própria Lei nº 6.672/74 (artigo 153) o define como "afastamento" do exercício do cargo.*

*4. Se no desdobramento de funções executivas em entidade de classe se objetiva algum relacionamento com as atividades docentes, este é apenas indireto e acidental, sem que se possa encontrar elementos suficientes para o seu enquadramento como atividades de magistério indicadas no Parecer nº 4864/PGE.*

*5. Assim, tenho que o período de afastamento, embora sem prejuízo do serviço público, não pode ser contado para os fins da aposentadoria antecipada, aos 25 anos de magistério".*

8. Creio que o entendimento sufragado na Informação não merece reparos, guardando sintonia com a linha interpretativa, estabelecida no Parecer nº 4864, de minha autoria.

9. Preliminarmente, vale esclarecer que as associações de classe do magistério não integram o sistema estadual de ensino. Este é definido no inciso I do artigo 2º da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, por forma a não deixar dúvida a respeito: é o conjunto de instituições e de órgãos que, sob a ação normativa do Estado e coordenação da Secretaria de Educação e Cultura, realiza atividades de educação. Obviamente, não é o caso das Associações requerentes.

10. Ao aprovar o Parecer nº 4864, da Procuradoria-Geral do Estado, o Chefe do Poder Executivo exarou o seguinte despacho, que sintetizou a orientação adotada pela Administração Estadual na aplicação da Emenda Constitucional nº 18/81:

*"Aprovo o Parecer nº 4864, da Procuradoria-Geral do Estado, que conclui ser destinatário da Emenda Constitucional nº 18/81 o professor, assim entendido o detentor de cargo, emprego ou função, cujo conteúdo ocupacional corresponda ao da profissão de professor, o que esteja, pelo prazo de 30 anos, se do sexo masculino, ou de 25 anos, se do sexo feminino, no exercício efetivo (real ou ficto) de atividades docentes, especializadas ou diretamente ligadas, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do sistema estadual de ensino e ao aperfeiçoamento da educação".*

11. No referido parecer, ao buscar definir os limites conceituais da expressão "exercício em funções magistério", escrevi:

*"Em outras palavras, a Constituição (. . .) não concede aposentadoria antecipada de professor ao detentor de outro cargo público que ingresse no magistério, nem ao professor que exerça atividade que não seja de magistério (por exemplo, que esteja no exercício de cargo de chefia fora do sistema estadual de ensino). Nesse sentido se há de entender a expressão "exercício em funções de magistério": o tempo de serviço computável para efeitos de aposentadoria antecipada do professor é somente aquele correspondente ao exercício em funções de magistério".*

12. Como se vê, desde então se sustenta que extravasa dos limites traçados na Emenda Constitucional nº 18, não constituindo tempo de efetivo exercício em funções de magistério, o período em que o professor exerce encargo de chefia (cargo em comissão ou função gratificada) fora do sistema estadual de ensino, embora dentro da órbita do serviço público estadual. Nessa situação, o professor ou especialista tem preservada sua efetividade, vencendo remuneração e computando tempo de serviço, o qual, todavia, não recebe e qualificação de efetivo exercício em funções de magistério.

13. Em situação de características até certo ponto análogas se encontra o professor ou especialista dispensado do exercício de suas funções de magistério para servir aos interesses específicos de sua classe como dirigente de associação. Ambos estão legalmente dispensados do exercício de suas funções próprias no magistério, em consequência da assumpção de outros encargos, num caso dentro do próprio serviço público, e em benefício do interesse público, no outro caso fora do serviço público, e em benefício do interesse de uma classe.

14. Se o professor, dispensado de suas funções de magistério, para exercer encargo de chefia, dentro do serviço público estadual, mas fora do sistema estadual de ensino, não tem este tempo computado para fins da aposentadoria antecipada, como o teria o professor, dispensado do exercício de suas funções de magistério, para exercer encargo de chefia em associação de classe, fora até do serviço público e não apenas fora do sistema estadual de ensino?

15. A cláusula "sem qualquer prejuízo" com que se dá o afastamento do professor ou especialista para servir a entidade de classe constitui o fundamento para a retribuição pecuniária desse servidor público dispensado de prestar serviço público, assim como da contagem desse tempo para efeitos de aposentadoria e vantagens ligadas à carreira. Não fosse a cláusula, o texto legal estaria a prever simplesmente uma *licença não remunerada* do professor.

16. Contudo, a regra da legislação estadual não inclui, nem poderia incluir, a ressalva de direitos, como a contagem de tempo para a aposentadoria precoce da Emenda Constitucional nº 18, não apenas porque a aposentadoria especial do magistério não existia à época da edição da lei estadual, mas sobretudo porque este texto legislativo local não pode regulamentar a Constituição.

17. Assim, por isso que a dispensa das atividades funcionais do magistério é feita sob a cláusula "sem qualquer prejuízo", o período de afastamento é remunerado e considerado como de serviço público. Mas somente até aí vai o texto legal. Além disso, como já disse, o texto estadual não foi, nem poderia ir, sob pena de agressão ao texto da Constituição da República.

18. Da orientação adotada na órbita do Poder Executivo participa o Egrégio Tribunal de

Contas do Estado, cuja Primeira Câmara decidiu, por unanimidade, negar registro a ato de aposentadoria de professor, que teve computado, para efeitos da aposentadoria especial, o período de serviço prestado à Federação do Magistério do Rio Grande do Sul (Processo nº 09807-24.00/82-SEA).

19. Em conclusão, entendo que deve ser mantida orientação administrativa que vem sendo seguida, no sentido de não computar, para fins de aposentadoria privilegiada da Emenda Constitucional nº 18, o período em que o professor ou especialista é dispensado do exercício de suas funções para servir a entidade de classe em função executiva, nos termos do artigo 153 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974.

É o parecer.

Porto Alegre, 29 de janeiro de 1985.

Of. Gab. nº 103/85

Porto Alegre, 29 de janeiro de 1985.

SENHOR GOVERNADOR:

A matéria jurídica contida no expediente epigrafado vincula-se à interpretação da Emenda Constitucional nº 18, de 30 de junho de 1981, especificamente no que tange ao cômputo, ou não, para fins do benefício da aposentadoria precoce, do tempo em que o professor ou especialista em educação esteve dispensado de suas funções, para exercer atividades executivas em entidade de classe.

A análise efetuada nesta Casa mediante o Parecer nº 6054, tomou como ponto de partida postulação da Associação dos Administradores Educacionais, Associação dos Inspectores de Ensino, Associação dos Orientadores Educacionais e Associação dos Supervisores de Educação, todas sediadas e com competência neste Estado, as quais entendem que o período em que professores ou especialistas estão dispensados de suas funções, e exercendo atividades de caráter executivo em suas entidades de classe, constitui "tempo de efetivo exercício em função de magistério", e, como tal, tempo hábil a ensejar a jubilação precoce.

Esta pretensão vem amparada no texto do artigo 153 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, que, efetivamente, possibilita tal afastamento "sem qualquer prejuízo".

Com base nos textos legais referidos, quais sejam, o da Emenda Constitucional assinalada e o da Lei nº 6.672/74, e, bem assim, seguindo linha exegética já bem fundamentada em pronunciamentos da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração e desta Procuradoria-Geral, sustenta, todavia, o Parecer que, não são destinatários da aposentadoria especial apenas os professores que exerçam atividades de magistério. Em outras palavras — e consoante os termos do Parecer nº 4864, já aprovado por Vossa Excelência — "O tempo de serviço computável para efeitos de aposentadoria antecipada do professor é somente aquele correspondente ao exercício em funções de magistério.

Ora, além de o período de dispensa para o exercício de função executiva em entidade de classe não configurar, por óbvio, "função de magistério", impade seja assinalado que tais associações de classe não integram o sistema estadual de ensino, como deflui da conceituação inscrita no artigo 2º da já citada Lei nº 6.672/74. Resta, portanto, seja medido o alcance da expressão "sem prejuízo" com o qual se dá o afastamento legalmente permitido para que o professor ou o especialista sirva sua entidade de classe.

Neste sentido, esclarece o Parecer que ora lhe submeto, alcançar a expressão apenas a retribuição pecuniária do servidor dispensado e a contagem deste tempo para efeitos de aposentadoria e vantagens ligadas à carreira. Maior expressão à cláusula "sem prejuízo" importaria em agressão ao texto constitucional de vez que lei local não pode regulamentar a Carta Magna.

Portanto, conclui o pronunciamento desta Procuradoria-Geral pela manutenção da orientação administrativa já conferida à matéria, descabendo, por via de consequência, o provimento das reivindicações propostas pelas entidades classistas. Sinalo ainda, Senhor

Governador, que o Parecer que ora envio à sua superior consideração foi emitido no Conselho Superior desta Casa em sessão realizada no dia 06 de janeiro próximo passado, sendo aprovado pela unanimidade dos membros daquele colegiado. Cabe-me, pois, na oportunidade, renovar-lhe protestos de elevada estima e especial acatamento.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

## GARANTIA PRESTADA PELO ESTADO À UNIÃO

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 6053

Autorização da Lei estadual n.º 6.585, de 10 de julho de 1973, para a prestação de garantia pelo Executivo: respeitados os fins a que visa, abrange quaisquer formas legais de garantia.

A COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA — CEEE, em fase final de contratação de dois financiamentos internacionais com garantia da União Federal, solicita pronunciamento desta Procuradoria-Geral, a fim de que se confirme ou não a interpretação que sua assessoria jurídica efetuou quanto à contragarantia que o Estado deve oferecer à União, conforme exige a Portaria Interministerial n.º 39, de 8 de março de 1984.

2. De acordo com disposições da indicada Portaria, deveria o Estado dar à União em garantia do aval dado por esta à CEEE, "o direito ao crédito resultante das quotas e parcelas de que é titular", relativas ao Fundo de Participação dos Estados, Território e Distrito Federal (cf. artigo 25, I, da Constituição) e as parcelas de participação no produto da arrecadação dos impostos únicos (cf. artigo 26, I, II e III da Constituição).

3. O oferecimento de garantia por parte do Estado, por ato do Executivo sem dúvida carece de autorização legislativa, dado o comprometimento do patrimônio ou receita pública decorrentes.

4. A questão que se suscita é sobre a necessidade ou não de autorização específica do Poder Legislativo para a realização da operação aventada, em atenção ao disposto no artigo 66, XI, da Constituição Estadual, ou se, a autorização já estaria compreendida no estatuto da Lei estadual n.º 6.585, de 10 de julho de 1973, cujo artigo 1.º dispõe:

*"É o Poder Executivo autorizado a prestar a garantia do Estado, sob forma de fiança, aval, endosso ou outra qualquer, às operações de crédito ou financiamento a serem contratadas pela Companhia Estadual de Energia Elétrica — CEEE, para investimentos de geração, transformação, transmissão e/ou distribuição de energia elétrica do Plano de Eletrificação do Estado."*

5. Em princípio, a locução genérica "ou outra qualquer" empregada, após a enumeração de algumas espécies de garantia, orienta o intérprete a entender que a autorização alcança quaisquer modalidades de garantias.

6. Depois, tem-se como assente que a autorização legislativa para o Executivo não precisa ser específica e singular para cada operação. Certo, a licença absolutamente genérica e ilimitada padeceria de vício caracterizado pelo não-atendimento substancial da necessidade de fiscalização e controle efetivo da atuação administrativa, frustrando os comandos constitucionais e os princípios republicanos que conformam a relação de administração e, em especial, a gestão financeira (cf. GERALDO ATALIBA, in "Extensão do Conceito de Bem Público para Efeitos de Controle Financeiro Interno e Externo", tese apresentada e aprovada no III Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Canela, 1981).

7. Não o caso porém. A autorização é ampla, não ilimitada. Alcançaria — na sua interpretação mais extensiva — todas as formas de garantia admissíveis pela legislação, para as operações de crédito que contrate a CEEE, com a finalidade de investir na "geração,

*transformação, transmissão e/ou distribuição de energia elétrica do Plano de Eletrificação do Estado".*

8. Há, entretanto, um aspecto que parece contrapor-se à interpretação assim posta.

É o artigo 2º da mesma Lei nº 6.585/73. Esse dispositivo contempla — específica e limitadamente — uma única hipótese de prestação de garantia real pelo Estado: a caução de ações de sua propriedade, integrantes do capital da CEEE.

9. Duas vertentes interpretativas aparentemente se opõem: uma ampliativa, decorrente da utilização de enumeração exemplificativa, identificada pela expressão "outra qualquer" e uma restritiva, oriunda da menção a uma específica figura.

10. Para não flagrar-se contradição há que fazer o discrimine: artigo 1º, trata de garantia "in genere" e aqui, o leque de possibilidades é amplo; e o artigo 2º ao tratar de uma garantia especialmente autorizada, a caução de ações em limitado valor, no caso, Cr\$ 250.000.000 (duzentos e cinquenta milhões de cruzeiros) após aumentado para Cr\$ 774.000.000 (setecentos e setenta e quatro milhões de cruzeiros) pela Lei estadual nº 7.050 de 21 de dezembro de 1976, marca uma restrição respeitante a essa peculiar garantia de caução de ações. O motivo, sem dúvida, relevante, é o de não comprometer, por garantias sucessivas, parcela por demais significativa do capital social da Companhia, a ponto de perda do necessário controle diretivo da mesma.

11. Conquanto não cogitado na consulta, um segundo problema merece cuidado. É aquele relativo à proibição constitucional de vinculação da arrecadação tributária.

A disposição do artigo 62, § 2º, da Emenda nº 1/69, expressa:

*"Reservados os impostos mencionados nos itens VIII e IX do artigo 21 e as disposições desta Constituição e de leis complementares, é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa."*

12. Como se vê, a Carta excepciona, de modo explícito, os impostos únicos sobre energia elétrica, sobre lubrificantes e combustíveis e sobre minerais do país, elencados no artigo 21, VIII e IX e de cuja arrecadação participa o Estado, conforme determina o artigo 26, I, II e III do Diploma Maior. O produto da arrecadação de tais impostos pode assim, contrariamente ao que sucede no tocante aos demais, ficar vinculado, ou não, a despesa ou fundo especial. Por isso, embora tal espécie de obtenção de receitas estaduais seja caracterizada como "participação direta na arrecadação" (conf. SAMPAIO DÓRIA, "Discriminação de Rendas Tributárias", JOSÉ BUSHATSKY Editor, 1972, p. 19) a sua pré-destinação não é profligada pela norma do § 2º do artigo 62, ora apreciada.

13. Já a vinculação das quotas a que faz jus o Estado no Fundo de Participação dos Estados, Distrito Federal e Territórios há de ser apreciada sob outro prisma.

Em verdade, aqui, o Estado não participa diretamente da arrecadação, como ocorre nas situações antes analisadas, respeitantes aos impostos únicos especiais, onde o direito da entidade local é o de participar de uma específica receita fiscal, através de uma percentagem na arrecadação (Shared Taxes).

14. No que respeita à participação em fundos "a entidade favorecida tem normalmente apenas uma expectativa de recebimento de quantia proveniente da arrecadação de determinado tributo; inexistente vínculo direto entre a arrecadação e o direito de dela participar, em percentagem definida, tanto que a repartição desses fundos é procedida não segundo critério de vinculação direta da cobrança tributária e órgão federativo participante (laços territoriais ou materiais), mas segundo diretrizes alheias a essa relação, como grau de desenvolvimento econômico, população, superfície, nível de receitas, etc.; técnica adequada, conforme se nota, para efetuar uma redistribuição geográfica das rendas tributárias, carreando-as do local de produção para regiões delas mais necessitadas". (SAMPAIO DÓRIA, ob. cit., p.21).

15. Assim, o comprometimento de quotas do Fundo de Participação não configura vinculação do produto da arrecadação dos impostos sobre a renda e sobre produtos industrializados. Tal produto, representado pelo montante total da arrecadação dos dois impostos referidos tem, num primeiro momento parcelas percentuais destinadas ao Fundo de Participação do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, ao Fundo de Participação dos Municípios e ao Fundo Especial. Ao depois, de acordo com os critérios regu-

lados em lei federal indicada pela Constituição e obedecidas as condições enumeradas nas alíneas "a" a "d" do parágrafo 1º do mesmo artigo 25, é feita a entrega das quotas cabíveis a cada entidade federada.

16. Examinando-se, aliás, as apontadas condições pode-se verificar uma circunstância relevante na apreciação da espécie vertente. É o disposto na alínea "d" segundo a qual a entrega das quotas estaduais fica na dependência "do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de Administração Indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia".

Então, a garantia que ora se cogita venha a ser oferecida pelo Estado à União tem, na verdade, sede e determinação constitucional.

Em conclusão, e, considerando a linha de argumentação até aqui expendida, entendemos que a autorização outorgada pela Lei nº 6.585, de 10 de junho de 1973 é bastante para ensejar a prestação da garantia a ser formalizada pelo Poder Executivo Estadual, nos termos da Portaria Interministerial MF/SE-PLAN nº 039, de 8 de março de 1984.

É o parecer.

Porto Alegre, 29 de janeiro de 1985

Adoto as razões do Parecer nº 6053, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora MERCEDES DE MORAES RODRIGUES.

Encaminhe-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Energia, Minas e Comunicações, com vistas à Companhia Estadual de Energia Elétrica.

Em 29-01-85.

NEY SÁ

Procurador-Geral do Estado

# REVISÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5888

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. Contrato de fiscalização de obra. Revisão de fórmulas de reajuste de preço. Teoria da imprevisão: inaplicabilidade ao caso concreto.

1. Versa o presente acerca de pretensão deduzida perante a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), sociedade de economia mista estadual, no processo abaixo identificado, por MKS E. DE Q. LTDA.
2. Essa empresa fora selecionada através de convites para prestar serviços de inspeção das soldas de campo da Usina Termoelétrica Presidente Médici — Fase B. Vencedora na competição, celebrou com a CEEE o contrato nº CEEE-82/494, cujo objeto são os serviços antes apontados. O prazo para execução dos mesmos, fixado contratualmente, é de vinte e quatro meses, contados a partir de 30 de novembro de 1982 (cláusula 4, itens 4.1 e 4.2). Os preços pactuados são em moeda nacional (cláusula quinta), sujeitos a reajustes mensais, ou seja, por ocasião do pagamento de cada fatura, segundo fórmulas previstas no instrumento, diferenciadas quanto: a) aos preços das gamagrafias e "inspeção com líquido penetrante" e b) das "diárias". Quanto à revisão dos preços do item "a", a cláusula prevê como fator principal de reajuste  $(I - I_0)$  a "Disponibilidade Interna dos Índices Econômicos Nacionais, publicados pela Revista 'Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas', e, quanto aos do item "b" (diárias) o fator  $I_m$ ,  $I_m 0$  ("índice publicado pela ABDIB — 'Evolução do Salário Médio de produção, Coluna Setor ABDIB global, com encargos sociais'").
3. Depois de ser aceito pela CEEE pleito da MKS no sentido de poder esta subcontratar o serviço, vem a empresa, em 20 de julho de 1983, com proposição diversa. Nesta, vazada na correspondência de fls. 249 e seguintes, alega "grandes aumentos de custo dos consumíveis utilizados em nossos trabalhos, aliados às dificuldades inerentes à utilização de equipamento importado em nosso trabalho, somadas as outras mencionadas em nossa correspondência TE/05 483, de 05 de maio de 1983, e que se viram enormemente agravadas no transcurso dos dois últimos meses". Nessa carta, aduz a empreiteira, exemplificando, que, pelo reajuste previsto no contrato, as variações dos preços da gamagrafia revelada e interpretada seriam, no período julho-83/julho-84, de 104,8%; e a diária da equipe radiográfica variaria em 95,4% no mesmo período. Acentua que seus insumos principais (filme radiográfico virgem e fonte radioativa) tiveram custos acrescidos, no mesmo período, da ordem de 142,35% e 223%, respectivamente. Alega que, na data em que se dirige à CEEE, "principalmente no que diz respeito às gamagrafias, os preços atuais não cobrem sequer o valor do filme radiográfico utilizado na sua confecção". Conclui por propor alteração das fórmulas de reajuste dos itens 7.1 e 7.2 do contrato, para que os preços das gamagrafias e das diárias venham a variar, a partir de julho de 1983, tendo como fatores, quanto às gamagrafias, "os valores da coluna 2, Disponibilidade Interna/Fundação Getúlio Vargas", e, quanto às diárias, os valores do dólar. Ainda, como alternativa, a empresa propõe o fornecimento de filmes virgens pela CEEE.
4. A proposição é examinada num primeiro estudo (fls. 264 e seguintes), que conclui serem as fórmulas de reajustamento propostas pela empresa "medida justa". Na mesma linha são manifestações que se seguem, de diversos setores da Companhia (fls. 268, 269 e

seguintes). Destaque-se que, nesta última, a justificativa para a "participação da variação cambial do dólar americano na fórmula de reajustamento das diárias, deve-se ao fato de que o custo da fonte radioativa está inserido nos preços das diárias das equipes". Sucedem-se novos pronunciamentos, um deles subscrito também por advogado (fls. 276 e 277), aliás, o único, que alerta que, à luz do contrato, "nada pode ser deferido por falta de amparo legal".

5. Volta a interessada a manifestar-se às fls. 283 e seguintes, em correspondência datada de 25 de janeiro de 1984. Agora explica que, dada a alta sofrida pelo filme virgem, a participação desse item nos seus custos operacionais, que era de 74% em agosto de 1982, passou a ser de 90% em janeiro de 1984. E propõe novas fórmulas de reajustes, incidentes a cada "mês em que for realizado o serviço" sobre as gamagrafias e sobre as diárias das equipes. Quanto a estas, continua a considerar a variação do dólar americano, asseverando que o item fonte, "por ser também material importado, foge do índice normal da inflação". Não esclarece, todavia, o expediente, o que seja o dito item "fonte". Mas a informação de fls. 288, do Engenheiro D.G., elucida esse ponto, explicando que as "fontes" são fontes radioativas, "material importado que tem seu valor atrelado ao da variação do dólar". Nessa informação sugere-se que a Companhia aceite o reajuste segundo fórmulas alternativas nela contidas. O tema é discutido com a interessada e volta a pronunciar-se o Engenheiro D.G. (fls. 301 e seguintes), concluindo, na informação que exara, por solicitar o encaminhamento, para aprovação pela Diretoria, das seguintes fórmulas de reajuste para o contrato nº CEEE 82/494:

a) Para gamagrafias:

$$R = P_0 \left( 0,7 \times \frac{F - F_0}{F_0} + 0,3 \times \frac{I - I_0}{I_0} \right)$$

F,  $F_0$  = Preço de filme virgem;

I,  $I_0$  = Índices da coluna 2, disponibilidade interna / FGV;

b) Para diárias de equipe:

$$R = P_0 \left( 0,85 \times \frac{I_m - I_m 0}{I_m 0} + 0,15 \times \frac{D - D_0}{D_0} \right)$$

$I_m$ ,  $I_m 0$  = índices publicados pela ABDIB — Evolução do salário médio de produção com encargos sociais

D,  $D_0$  = Valores do dólar."

Ainda: nessa mesma informação "sugere-se a data de 1º de janeiro de 1984 para a vigência das novas fórmulas, o que amenizaria, em parte, os encargos da MKS/.

A "justificativa para emissão de termo aditivo", a fls. 304 e seguintes, depois de acentuar a imperiosa necessidade dos serviços de radiografias de soldas para a obra em causa, examina em gráficos, a repercussão financeira da alteração contratual, de acordo com as conclusões do Engenheiro D. G., com base na fórmula contratual originária. E conclui que ela em janeiro/fevereiro de 1984, totalizaria uma percentagem de 21,05% sobre os custos contratados.

Novo estudo, às fls. 309 e seguintes, aperfeiçoa o exame do tema, elaborando novos cálculos e tabelas. Nestas (fl. 310), conclui que a variação, em janeiro-fevereiro, seria, para mais, num percentual de 20,04%. se adotada a nova fórmula de reajuste.

Consultada a Junta de Coordenação Financeira do Estado, esta opina favoravelmente à alteração das fórmulas de reajustamento do contrato original para atender custos da contratada.

A Presidência da Companhia, no entanto, prefere remeter o processo a esta Procuradoria-Geral para exame jurídico da matéria, antes de decisão final.

É o relatório.

6. Modernamente, atenuando-se o princípio "pacta sunt servanda", vem sendo entendi-

do ser possível a alteração de cláusulas de contratos em que intervém a Administração Pública. A doutrina é majoritária no Brasil, quanto a essa possibilidade, com a aplicação da chamada "teoria da imprevisão". Assim, em tese, no caso sob exame poderia ser deferida a revisão pretendida.

7. Na lição de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR:

*"Consiste a imprevisão na superveniência de um fato inesperado que torna impossível o cumprimento da obrigação assumida. A teoria sobre ela assentada aplica-se aos contratos administrativos e não aos contratos de direito privado da administração.*

*Para que se aplique a teoria da imprevisão é necessário que surjam acontecimentos econômicos, independentes da vontade das partes, e que apresentem triplo característico: 1º, que sejam fatos excepcionais, isto é, que se afastem, por sua natureza ou amplitude, dos fatos normais; 2º, que sejam fatos imprevisíveis, isto é, verdadeiramente impossível que as partes, por ocasião de firmarem o contrato, pudessem prevê-los; 3º, que sejam fatos determinantes de perturbação da situação financeira do concessionário, de tal modo que o coloquem num estado de déficit caracterizado."* (Tratado de Direito Administrativo, v. III, p. 376, 1ª ed., 1967).

Ou, como ensina CAIO TÁCITO, discorrendo sobre a teoria da imprevisão:

*"Reconhecendo a realidade social, essa doutrina jurídica moderna admite a revisão dos contratos quando a superveniência de condições imprevisíveis à época de sua formação, tornando excessivamente onerosa a obrigação, gera a impossibilidade subjetiva de execução do contrato."* (Direito Administrativo, p. 298, ed. Saraiva, 1975).

No caso concreto estão presentes as condições necessárias à aplicação da "teoria da imprevisão"? Ocorreram, após a celebração do contrato entre a CEEE e MKS E. DE Q. LTDA (contrato datado de 30 de dezembro de 1982, cf. fl. 210), acontecimentos imprevisíveis e imprevisíveis, extraordinários, completamente anormais, a justificar a alteração da forma de reajustes de preço, previsto na cláusula sétima do contrato, como postulado?

Como visto no relatório, a empresa MKS fundamenta seu pleito, basicamente, no aumento de preço dos insumos consumíveis utilizados, decorrente da inflação, nos aumentos salariais aos empregados, na máxi-desvalorização do cruzeiro, ocorrida no início do ano de 1983, e no constante aumento do valor do dólar, com o conseqüente encarecimento do material de consumo e equipamentos, ambos importados.

8. A meu juízo, tais fatos, por não serem extraordinários, nem imprevisíveis ou imprevisíveis, não ensejam a aplicação da *teoria da imprevisão*, descabendo, portanto, a revisão contratual solicitada.

Nada mais previsível no Brasil, principalmente após o ano de 1973 (início da chamada "crise mundial do petróleo"), do que a contínua espiral inflacionária, com a natural repercussão sobre os salários e preços; da mesma forma, a ninguém poderia ou pode surpreender a contínua desvalorização do cruzeiro em relação à moeda norte-americana. Igualmente, a máxi-desvalorização do cruzeiro ocorrida em 1983 não era absolutamente imprevisível, eis que outra semelhante ocorrera, poucos anos antes, mais precisamente em dezembro de 1979, ambas com o mesmo índice, ou seja, 30%.

9. A empresa postulante, ao apresentar a sua proposta na licitação, deveria ter previsto, porque previsível, as variações de preços decorrentes da conhecida inflação brasileira, bem como aquelas resultantes das alterações cambiais. As conseqüências da sua imprevisão não podem ser transferidas à CEEE.

10. Ademais, cabe referir que o valor da proposta do 2º colocado na licitação foi 21% superior ao da MKS, e as dos demais apresentantes, respectivamente, 26%, 55% e 56% maior (fl. 165). Tais dados mostram que MKS, talvez no afã de vencer a licitação, não tenha tomado as cautelas necessárias ao formular a sua proposta. O atendimento da pretensão de alteração do contrato, neste caso, bem como em situações semelhantes, poderá importar no desvirtuamento das licitações, porque poderá dar margem a que proponentes, eventualmente apresentem proposta de menor valor, vencendo a disputa, e, posteriormen-

te, solicitem alteração de cláusulas contratuais, o que importaria indiretamente em quebra da igualdade que deve ocorrer em todas as licitações.

11. O parecer, portanto, é pela denegação do pedido.

Porto Alegre, 10 de outubro de 1984.

Of. Gab. nº 1238/84

Porto Alegre, 10 de outubro de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

A questão jurídica suscitada para exame no processo aqui versado deu ensejo a que se apreciasse a possibilidade de aplicação ao caso concreto da "teoria da imprevisão"

Na espécie, MKS E. DE Q. LTDA., tendo sido selecionada pela Companhia Estadual de Engenharia Elétrica, através de convites, para prestar serviços de inspeção das soldas de campo da Usina Termoelétrica Presidente Médici — Fase B, a serem executados no prazo de 24 meses (a contar de 30.11.82), contratou fórmulas de reajuste, incidentes a cada mês, diferenciadas quanto aos preços:

a) das gamagrafias e "inspeção com líquido penetrante, prevendo como fator de reajuste" a "Disponibilidade interna dos Índices Econômicos Nacionais" "Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas"; e

b) das diárias, em que o fator de reajuste seria o "Índice publicado pela ABDIB" Evolução do Salário Médio de produção, Coluna setor ABDIB, com encargos sociais.

Reconhecida pela CEEE a possibilidade de a empresa subcontratar o serviço, vem a mesma, alegando grandes aumentos de custo dos insumos utilizados, as dificuldades inerentes à utilização de equipamento importado e outras causas mais, manifestar sua pretensão de ver alteradas as fórmulas de reajuste dos itens 7.1 e 7.2 do contrato, para que os preços das gamagrafias viessem variar — a partir de julho de 1983 — segundo os "valores da coluna 2, Disponibilidade Interna/Fundação Getúlio Vargas" e as diárias, conforme as variações do dólar.

A proposição examinada por diversos setores da Companhia é considerada justa mas desprovida de amparo legal. Com a reiteração do pedido pela empresa, propondo fórmulas alternativas e, após a manifestação da Junta de Coordenação Financeira do Estado, é solicitado o pronunciamento desta Procuradoria-Geral.

Distribuída a matéria ao seu Conselho Superior, na sessão do dia 18 de julho do corrente ano, foi discutido e aprovado, por maioria de votos, o parecer anexo que, reconhecendo atenuado, modernamente, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, intere a possibilidade de, em tese, o particular invocar a chamada "teoria da imprevisão", objetivando alterar cláusulas de contratos, nas quais a administração pública é parte.

No caso concreto, porém, os fatos apontados pela postulante — aumento de preço dos insumos consumíveis utilizados decorrente da inflação, os aumentos salariais aos seus empregados, a máxi-desvalorização do cruzeiro ocorrida no início do ano de 1983 e o constante aumento do valor do dólar — não atendem aos pressupostos objetivos necessários à revisão contratual: superveniência de fatos extraordinários e imprevisíveis, que tornem excessivamente onerosa a obrigação assumida, com evidente vantagem para o outro contratante.

De sorte que no pronunciamento, ora submetido à elevada consideração de Vossa Excelência, se conclui não ensejar a hipótese sob exame a aplicação da "teoria da imprevisão", descabida, portanto, a revisão contratual solicitada. Como aduzido no parecer, nada mais previsível no Brasil do que a "espiral inflacionária" como a natural repercussão sobre os salários e preços, da mesma forma a contínua desvalorização do cruzeiro em relação à moeda americana. Ao apresentar sua proposta, a empresa postulante devia ter previsto o previsível, sendo oportuno sinalar que o valor da proposta do 2º colocado na licitação foi, apenas, 21% superior ao da M.K.S.

Por essas razões, buscando, outrossim, evitar o desvirtuamento das licitações, acolho

o parecer, apresentando-o a Vossa Excelência com as manifestações de meu apreço e distinguida consideração.

Ney Sá  
Procurador-Geral do Estado

## REVISÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5997

### APOSENTADORIA — PROVENTOS.

O funcionário aposentado com proventos proporcionais faz jus a tê-los revistos para integrais, caso venha a ser acometido, mesmo após a inativação, por uma das doenças enumeradas no artigo 1.º da Lei n.º 7.616, de 5 de janeiro de 1982, se revestidas das características expressas no dito dispositivo.

A. C., funcionária do Instituto Rio-Grandense do Arroz, foi aposentada por invalidez, e com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Vindo a ser posteriormente acometida de neoplasia maligna, requereu fossem seus proventos revistos para se tornarem integrais, com fundamento no estabelecido nos artigos 1.º e 3.º da Lei n.º 7.616, de 5 de janeiro de 1982.

Seu pedido recebeu manifestação favorável na Autarquia, que encaminhou o caso, todavia, através da Secretaria da Agricultura, à Secretaria da Administração, onde mereceu, na Assessoria Jurídica, pronunciamento contrário à concessão. A titular desta última Pasta solicitou, entretanto, parecer desta Procuradoria-Geral.

Dispôs a Lei n.º 7.616, de 5 de janeiro de 1982, nos artigos que respeitam ao caso, o seguinte:

*"Artigo 1.º — Para efeito da fixação dos proventos de aposentadoria, na forma do que prevê o artigo 102, item I, letra "b", da Constituição da República, são consideradas graves, conforme o caso, quando contagiosas ou incuráveis, e, se incapacitantes para a função pública, as seguintes moléstias: cegueira, paralisia, tuberculose ativa, neoplasia maligna, mal de Addison, artrite reumatóide, psicose, neurose, epilepsia, toxicomania, afecções pulmonares e cardiovasculares e do sistema nervoso central ou periférico.*

*Parágrafo único — Às doenças acima referidas é equiparada a grave deformidade física superveniente ao ingresso no serviço estadual."*

*"Artigo 2.º — O disposto no artigo 1.º aplica-se a todas as categorias de servidores do Estado regidas por Estatuto, ainda que próprio ou peculiar."*

*"Artigo 3.º — Os servidores inativados com proventos proporcionais ao tempo de serviço que vierem a se enquadrar em hipótese prevista no artigo 1.º, tê-los-ão revistos para se tornarem integrais".*

A Lei em apreço, como é sabido, teve por objetivo fundamental unificar as normas estatutárias vigentes no Estado para diversas categorias funcionais no que tange à enumeração das moléstias consideradas graves para o efeito de ensejarem proventos integrais na aposentadoria, a teor do artigo 102, item I, letra "b", da Constituição da República.

A divergência entre o Estatuto Geral (Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952) e vários Estatutos próprios vinha, com efeito, ora gerando dificuldades de interpretação e aplicação da regra constitucional, ora consubstanciando situações de iniquidade de tratamento. Daí a regra do artigo 2.º da Lei n.º 7.616, determinando a sua aplicação geral, a todos os servidores sujeitos a regime estatutário, generalidade essa frustrada, entretanto, no que tange aos integrantes da Brigada Militar, por disposição de lei federal competente (Cf. Pareceres n.ºs 4961 e 5126).

Complementando tais disposições o projeto de lei que resultaria na Lei nº 7.616 acolheu, em seu artigo 3º, regra com o mesmo conteúdo do artigo 182, letra "b", do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952), que assim prescreve:

*"O provento da inatividade será revisto:*

*a) sempre que houver modificação geral de vencimentos ou remuneração, não podendo sua elevação ser inferior a dois terços do aumento concedido ao funcionário em atividade;*

*b) quando o funcionário inativo for acometido de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra ou paralisia, positivada em inspeção médica, passará a ter como provento o vencimento ou remuneração que percebia na atividade".*

Esse dispositivo do Estatuto, que data de outubro de 1952, já tinha precedente, aliás, no artigo 1º da Lei federal nº 1.050, de 3 de janeiro de 1950, assim redigido:

*"Os proventos da inatividade dos servidores públicos civis e militares, atingidos de moléstia grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e os dos inválidos em consequência de acidente ocorrido no exercício de suas atribuições, ou de doença adquirida no desempenho da profissão, serão reajustados aos vencimentos da atividade da respectiva categoria, padrão ou posto".*

Na verdade a redação do artigo 1º da Lei federal nº 1.050, acabado de transcrever, como apenas use o particípio, chamado de "passado" (que na língua portuguesa é o único modo de exprimir o passivo: não existe, como em outras, forma verbal diversa para o particípio passivo presente e o futuro) poderia dar margem a dúvidas sobre se a expressão "atingidos" se referia à situação ocorrente como causa da inativação ou a uma situação posterior de "atingido".

A orientação da Administração Federal, todavia, em 1952, foi no sentido de aplicar-se a norma também aos aposentados por doença comum mas atingidos, posteriormente à aposentadoria, por doença grave especificada em lei (Parecer do Diretor da D.P. do DASP, José de Nazaré Teixeira Dias; processo nº 2.809/52; D.O.U. de 3 de junho de 1952 — apud Oliveira, J.E. Abreu. Aposentadoria no Serviço Público, Rio, Freitas Bastos, 1970, p. 248/249). Confirmou-se, nessa oportunidade, embora sem referência formal, pronunciamento anterior do DASP, expresso em Parecer de Consultor Jurídico do Departamento publicado no D.O.U. de 20 de janeiro de 1951:

*"Verificado o estado mórbido, quer tenha sido adquirido ao tempo do exercício, ou após a inatividade, cabe, ao servidor inválido, o benefício do reajustamento.*

*.....*  
*123. Não há, portanto, como exigir-se correlação entre o estado mórbido atual e o que determinou a aposentadoria; o que cumpre indagar é a existência do mal e seu caráter grave." (ibidem, p. 249).*

Editado o Estatuto Federal, discutiu-se, no âmbito da União, se a Lei nº 1.050 havia, ou não, sido revogada pela superveniência da disposição do artigo 182, letra "b", concluindo-se pela negativa. Tal distinção tinha interesse à época, na órbita federal, pela eventual diferença entre o vencimento ou remuneração percebido na atividade e os vencimentos da respectiva categoria, padrão ou posto.

A ausência de menção, pela doutrina, mesmo posterior a 1967, a qualquer alteração nesses critérios, bem como a inexistência de qualquer jurisprudência sobre a matéria parecem indicadores seguros de que, no âmbito federal, as disposições apontadas continuam aplicadas com tranqüilidade.

No âmbito estadual, o artigo 3º da Lei nº 7.616 não reproduz o texto das normas federais, mas mesmo desconhecida a gênese do dispositivo, seu sentido e alcance são perscrutáveis sem maior esforço.

Na Secretaria da Administração adotou-se entendimento no sentido de que o conteúdo da disposição seria a determinação de que se revissem, a partir da data inicial de vigência da Lei nº 7.616, os proventos dos funcionários anteriormente aposentados, quando a moléstia diagnosticada no laudo que houvesse dado margem à aposentadoria agora, e não antes, estivesse enumerada entre as qualificadas como graves.

É bem de ver, entretanto, que, para chegar a tal interpretação, mister se faz, onde a lei escreve *vierem a*, ler *vieram a*. A norma verdadeira é, no momento da edição, para o futuro, e não para o presente (com referência ao passado imediato, concretizado no artigo 1º). E por isso abrange a superveniência, para o inativo, de moléstia grave, sem que por isso deixe de se aplicar também ao inativo cuja moléstia, quer a incapacitante quer outra posteriormente adquirida, passou a ser grave (por qualificação legal, a partir do momento inicial da vigência da Lei nº 7.616).

Também ocorrem, à interpretação correta outras objeções.

A primeira seria a da Súmula 359 do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

*"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários."*

Ora, a Súmula transcrita precisamente afirma que a *fixação dos proventos* dá-se de acordo com a legislação aplicável no momento em que se integraram os requisitos necessários para a inativação, mas ao dizer *"ressalvada a revisão prevista em lei"* reconhece precisamente que lei posterior à inativação pode determinar a revisão dos proventos segundo critérios diversos daqueles aplicados para seu cálculo no momento da integração dos pressupostos para a inativação.

Tal possibilidade já foi afirmada em mais de um pronunciamento desta Casa, mas de modo especial no Parecer nº 4620, de lavra do Procurador do Estado MARISA SOARES GRASSI, aprovado pelo Chefe do Poder Executivo em 7 de julho de 1981, que já na própria ementa coloca o entendimento de que

*" distingue-se o direito aos proventos, atendendo-se aí à lei em vigor no momento em que o servidor implementou os requisitos para requerer a aposentadoria, do direito ao critério legal de revisão dos mesmos, quando a lei aplicável é aquela em vigor na época da revisão".*

Esse parecer transcreve, em seu bojo, excerto de voto proferido no Egrégio Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Professor ELOY JOSÉ DA ROCHA, como segue:

*"O princípio verdadeiro, no entanto, a meu ver, é este: a revisão de proventos se há de realizar segundo a lei atual, e não conforme a lei do tempo da inatividade. Não há direito adquirido à revisão dos proventos, na conformidade da lei vigente no momento da inatividade. A revisão, que é atual, sujeita-se à lei nova." (MS 15.627-DF; RTJ 41/22).*

Note-se que, no caso então examinado, questionava-se concretamente a possibilidade de revisão que resultava em piora da situação do servidor. A possibilidade se dá, entretanto, evidentemente, em ambos os sentidos, desde que compatível com a Constituição.

E precisamente no campo constitucional também são apresentadas objeções à vigência do artigo 3º da Lei nº 7.616 com a amplitude visada.

Mas contrária, o artigo 3º em exame, o disposto no artigo 102, § 1º, da Constituição da República?

Estabelece dito parágrafo que

*"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade".*

Tal disposição — é fácil vê-lo consultando a legislação ordinária e os textos constitucionais antecedentes — é estabelecida em favor do funcionário, no sentido de que não poderá ocorrer *reajuste* (= alteração de valor conseqüente à perda de poder aquisitivo da moeda) de vencimentos sem que paralelamente se dê revisão de proventos dos inativos.

Mas não exclui que, ocorrendo outras causas, entre as quais, pela multiplicidade de ocorrências cabe referir, com exemplos, a reclassificação de cargos e/ou de seus ocupantes ou a nova forma de composição dos vencimentos dos funcionários em atividade, os proventos dos inativos venham a sofrer revisão.

Nesse sentido igualmente já se pronunciou esta Casa em arrazoado de lavra do então Consultor Jurídico JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, transcrito em parte no já referido Parecer n.º 4620 e também no de n.º 1970, cuja conclusão é no mesmo sentido:

*"Não se confunde a lei que rege a aposentadoria com a lei que rege a revisão dos proventos da aposentadoria. A aposentadoria se rege pela lei vigente à data da aposentação, mas a revisão dos proventos de aposentadoria se rege pela lei vigente à data da revisão (não fosse assim, jamais poderiam ser revisados os proventos dos aposentados quando, inexistindo inflação, tampouco existiria previsão legal para a revisão)."*

Não há oposição, portanto, entre o artigo 3.º da Lei n.º 7.616 e o artigo 102, § 1.º, da Constituição da República.

E quanto ao § 2.º do mesmo artigo 102?

Diz ele:

*"Reservado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade".*

Também aqui não há conflito. O que a Lei n.º 7.616 determina, no artigo 3.º, é exatamente que os proventos passem a corresponder ao vencimento percebido na atividade:

esse é o sentido da expressão "proventos integrais".

A regra do artigo 3.º da Lei n.º 7.616, de 5 de janeiro de 1982, é, portanto, constitucional.

Em resumo e conclusão, portanto, sempre que o funcionário aposentado com proventos proporcionais ao seu tempo de serviço vier a ser acometido de moléstia das relacionadas no artigo 1.º da Lei n.º 7.616, de 5 de janeiro de 1982, se essa moléstia, sendo contagiosa ou incurável, for também de tal gravidade (conforme o caso), que incapacitaria para a função pública, tem tal funcionário direito a que se reveja o montante de seus proventos, para que passem a ser integrais.

Tal conclusão não se estende todavia, aos policiais militares, na medida em que impli- que vantagens superiores às estabelecidas para os militares das Forças Armadas.

No caso concreto sobre que versa este expediente vale observar que impõe-se a constatação do tipo e especialmente das características da moléstia, mediante perícia na forma exigida para a concessão de aposentadoria.

É o parecer.

Porto Alegre, 19 de dezembro de 1984.

Of. Gab. n.º 1529/84

Porto Alegre, 19 de dezembro de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Para que bem fosse definido o conteúdo e o alcance de disposições contidas na Lei n.º 7.616, de 5 de janeiro de 1982 — que traz, em seu bojo, os critérios de fixação de proventos de aposentadoria por invalidez — analisou o Conselho Superior desta Casa o presente expediente, oriundo de pedido formulado por A. C., funcionária aposentada do Instituto Rio-Grandense do Arroz.

Tal pedido diz respeito à revisibilidade dos proventos de aposentação, para que se tornem integrais, uma vez que a jubilação fora concedida, por invalidez, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, sendo, todavia, a petionária, acometida posteriormente de neoplasia maligna, enfermidade que, no seu entender, enseja a integralidade prevista nos artigos 1.º e 3.º da Lei n.º 7.616, já referida.

Cuidando de interpretar tais dispositivos, o Parecer n.º 5997, que, no momento, tenho a honra de lhe encaminhar, adota, preliminarmente, os critérios histórico e gramatical, concluindo, como perspectiva inaugural, pela necessidade de indagar-se antes a existência do mal e seu caráter grave, não se limitando na aplicação da lei, a estabelecer, portanto, mera correspondência entre o estado mórbido "atual" e o que determinara a aposentadoria.

Seguindo, em passo posterior, exegese teleológica, sinala o Parecer retrocitado que a norma consubstanciada no artigo 3.º daquela Lei dirige-se para o futuro, e, portanto, abrange a superveniência, para o inativo, de moléstia grave, sem que por isso deixe de se aplicar, também, ao inativo cuja moléstia — quer a incapacitante, quer outra posteriormente adquirida — passou a ser capitulada, legalmente, como grave.

Tal interpretação não colide com jurisprudência firmada acerca da fixação de proventos, uma vez que a Súmula 359, do Egrégio STF, ressalva, expressamente, a revisão prevista em lei. Assim, lei posterior à inativação pode determinar a revisão dos proventos segundo critérios diversos daqueles aplicados para seu cálculo no momento da integração dos pressupostos para a inativação, entendimento, aliás, já manifesto em outros pronunciamentos deste Órgão.

Conclui, portanto, o Parecer n.º 5997 que, sempre que o funcionário aposentado com proventos proporcionais ao seu tempo de serviço vier a ser acometido por alguma, ou algumas, das moléstias arroladas no artigo 1.º da Lei 7.616/82 — e se essa moléstia, ou moléstias, caracterizar-se por gravidade que o incapacitaria para a função pública — tem o funcionário direito a ver revisto o montante de seus proventos, exceção feita apenas aos policiais militares, se a hipótese implicar com concessão de vantagens superiores às estabelecidas para os militares das Forças Armadas.

Sob tal fundamento, preconiza, pois, o estudo mencionado, diante do caso concreto, seja realizada perícia, para que, constatando-se o tipo e as características da moléstia da qual foi acometida A. C., proceda-se, se assim o indicar o laudo médico, à revisão de seus proventos.

Sinalo, por fim, Senhor Governador, que esta orientação, emitida no Conselho Superior em 5 de dezembro do corrente, mereceu minha integral aprovação, e, bem assim, da maioria de seus membros. Cabe-me, por conseguinte, submetê-la à sua superior apreciação, oportunidade em que lhe reitero votos de estima e apreço.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

## FÉRIAS

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 6063

### PROFESSOR CONTRATADO.

Exercício de funções de assistente técnico na SEC.  
Titulação de dois contratos no magistério. Pretensão a férias em períodos distintos pelos dois vínculos.  
Inexistência de direito a reconhecer. Prescrição bienal.

1. O Senhor Secretário da Educação e Cultura encaminha a esta Procuradoria-Geral expediente em que A. V. C. S., ex-professor contratado da SEC, depois nomeado fiscal do ICM, postula "o fornecimento de um atestado que informe o direito que o mesmo tem de, na matrícula n.º 10824820, gozar férias regulamentares relativas ao período de 01 de janeiro de 1978 a 31 de dezembro de 1978, até o fim do presente ano". O requerimento é datado de 22 de agosto de 1979 e foi protocolado no dia seguinte, na SEC. Nele o interessado alega ter "exercido suas atividades profissionais até a data de 29 de julho de 1979" e informa que titulava dois contratos do magistério, matrículas números 1082.4820 e 2032.4823. Na petição diz ter gozado férias regulamentares na função da matrícula de n.º 2082.4823 e que não usufruiu as "correspondentes ao período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 1978, em exercício no núcleo de apoio administrativo da Supervisão de Assessoramento Especial, no corrente ano, matrícula 1082.4820".
2. Instrui a petição apostila onde é declarado que o acréscimo salarial concedido ao requerente, equivalente à FG-6, "enquanto o mesmo permanecer com os encargos correspondentes à função de assistente técnico, na Supervisão de Assessoramento Especial da Secretaria de Educação e Cultura, deverá ser considerado na função de Professor do Ensino Médio II, de Criação de Animais Domésticos, matrícula n.º 1082.4820". Reza a mesma apostila, ainda, quanto ao interessado que ele fica "continuando como Professor do Ensino Médio II, de Técnicas Agrícolas, contratado, naquela Supervisão".
- No processo vem também informação da Equipe de Pessoal do NAA/SAE informando o gozo de férias, relativas à matrícula 2082.4823, correspondente ao ano de 1978.
- Em face de tal informação, manifestando-se o Coordenador da Unidade de Assessoria Jurídica da SEC, que afirma que "o professor que detém duas posições há de ser considerado como duas pessoas distintas", vem a ser expedido o atestado requerido (fl. 10).
3. Todavia, na Diretoria de Pagamento de Pessoal do Tesouro do Estado, para onde o processo é remetido, exara-se manifestação contrária, na qual se invoca o teor do artigo 18 do Decreto n.º 21.112/71 e também o Parecer n.º 24, desta Procuradoria-Geral, que é juntado ao expediente.
4. O Senhor Diretor-Geral do Tesouro do Estado acolhe tal pronunciamento, dele mandando dar ciência ao interessado, que requer reconsideração. Na petição respectiva. (fl. 16), alega que sua função de assistente técnico era vinculada à matrícula n.º 1082.4820 de que correspondentemente não gozara férias. E que, no outro vínculo (matrícula n.º 2082.4823) suas férias seriam de sessenta dias das quais só desfrutara trinta dias, assim mesmo em um turno diário. Conclui, assim, ter ainda direito "residual" dos 30 (trinta) dias restantes intacto".
5. Retornando o processo à SEC, sua Assessoria Jurídica manifesta-se agora de modo inequívoco contrária à pretensão do servidor, sob o argumento de que "uma vez rescindidos os contratos que mantinha com o Estado, extinto resultou o eventual direito ao gozo

de férias" (sic.). Com o acolhimento de tal pronunciamento pelo Senhor Secretário da Educação, retorna o processo à Direção-Geral do Tesouro onde novamente é indeferido, em despacho datado de 8 de abril de 1980, do respectivo Diretor-Geral (fl. 24).

6. Não esmorece o interessado. Pede depois que se certifique que suas férias foram desfrutadas em um só turno, no decorrer de um mês. O certificado definitivo vem, à fl. 30, ratificando a informação de fl. 4, dizendo que foram gozadas férias com relação ao vínculo da matrícula n.º 2082.4823, nada constando quanto ao outro.

7. Em longo arrazoado, volta o pleiteante, desta feita dirigindo-se à Chefe do Serviço Administrativo da Coordenadoria-Geral do ICM, pretendendo manifestação do órgão consultivo do Estado a respeito das questões que, em conclusão, formula (fl. 41). Tais questões, no que interessa ao caso concreto, resumem-se em ter ele, ou não, o direito aos trinta dias de férias "residuais" que pretende, e de tê-los conservado com a extinção de seu vínculo, trabalhista que era, ao assumir cargo público de provimento efetivo. Pede ainda orientação sobre o procedimento a adotar quanto ao seu pretendido direito.

8. Em face de tais dúvidas, é o processo remetido a esta Procuradoria-Geral, para parecer. Encaminhado ao Conselho Superior, coube-me relatá-lo. Solicitei prévia diligência à SEC quanto ao exercício, ou não, no período aquisitivo das férias, de funções de magistério pelo interessado. Em resposta, é informado que o mesmo "exerceu somente a função de assistente técnico, no período de 30 de novembro de 1975 até o ano de 1979, no Núcleo de Assessoramento Especial desta Secretaria, conforme assentamentos de fls. 51 e 52".

É o relatório.

9. Encarada que seja a espécie sob a ótica do Direito do Trabalho, é certo que direito algum assiste ao interessado.

Embora tivesse sido inicialmente contratado para funções de professor, se de regime trabalhista se trata é certo que, desde 30 de novembro de 1975 até o ano de 1979, o interessado, sob o mesmo regime, acumulando os salários dos dois contratos mais uma gratificação equivalente à FG-6, exerceu a de assistente técnico, na SEC.

10. Quanto às férias dos professores nos estabelecimentos particulares de ensino dispõe a legislação federal consolidada (artigo 322 e § 2º) que elas coincidirão com as férias escolares, durante as quais são eles remunerados em quantia correspondente ao que percebem nos períodos de aula. No caso, entretanto, o interessado, embora inicialmente contratado como professor, há muito não exercitava funções docentes e sim as de assistente técnico. A alteração dos contratos de trabalho resultou-lhe em vantagem porquanto, além dos salários peculiares às funções de magistério, passou a perceber acréscimo salarial equivalente à FG-6. Assim, seu regime de férias era o comum do Direito do Trabalho, por não exercer tarefas de professor, ou seja, o período das mesmas era de trinta dias, conforme prescreve o artigo 130, I, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Vistas que fossem a legislação estadual pertinente ao magistério e o estatuto comum como regulamentos de empresa, a determinar tratamento igualitário ao servidor celetista, ainda assim não assistiria o direito invocado pelo interessado pois a Lei estadual n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, em seu artigo 96 e parágrafo único, assegura férias de sessenta dias tão-somente ao pessoal docente e especialista de educação, o que não era o caso do pleiteante. Por outro lado, ocupando emprego com percepção de gratificação equivalente ao valor de função gratificada e só nele trabalhando suas férias seriam de 30 (trinta) dias, se lhe aplicassem o artigo 271 e o artigo 100 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

Nessa linha, embora referindo-se a funcionário, titular de cargo de provimento efetivo, o Parecer n.º 4396, desta Casa, da lavra do Procurador do Estado ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH, cujas conclusões reproduzo, porquanto tenho como aplicáveis, por analogia, ao caso em apreço:

"1º) por estar em regime de acúmulo tolerado, a servidora em questão faz jus a um período de férias em relação a cada cargo que ocupa, sem, é óbvio, que possa se afastar do exercício de um deles enquanto estiver em gozo de férias pelo outro;

2º) em relação ao primeiro cargo em que detém uma função gratificada

*pertencente ao Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, a servidora só tem direito a trinta dias de férias, por estar seu regime aí sujeito à Lei nº 1.751/52 (cf. artigo 271);*

*3º) em relação ao 2º cargo, igualmente, apenas faz jus a trinta dias de férias e não mais, porque apesar de sujeita ao regime da Lei nº 6.672/74, exerce não atividade típica do Magistério, mas função meramente burocrática, sendo, por este motivo, destinatária da disposição contida no "caput" do artigo 96 daquele diploma legal".*

Atente-se, ainda, que no caso, o interessado, nos últimos anos do emprego, como se lê à fl. 52 v., sempre gozou unicamente trinta dias de férias, quanto aos dois contratos simultaneamente. Por que, então, deveria agir diferentemente a Administração no último ano?

11. Ademais, à míngua de provisão legal, servidor contratado nomeado para cargo efetivo não pode levar para o novo regime eventual direito a férias adquirido no regime trabalhista. O acerto dessas, se existente, deveria ter-se dado no momento da rescisão dos contratos de trabalho.

12. Quedou improzada a alegação de ter o interessado desfrutado férias apenas em um turno com relação a um dos contratos, correspondentes ao ano de 1978. As circunstâncias apontadas às fls. 52 v. fazem com que se ponha em dúvida tal alegação, que teria de ser adequadamente veiculada e provada para merecer apreciação administrativa. De qualquer forma, entretanto, repita-se que deveria ter o problema sido objeto de acerto quando da rescisão dos contratos de trabalho, fato que se deu em junho de 1979, termo inicial da prescrição bienal de quaisquer direitos trabalhistas, inclusive reclamação de férias, que beneficia o Estado, a teor do artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O indeferimento administrativo da pretensão deu-se em definitivo a 8 de abril de 1980. No mínimo dessa data, principiou a fluir o prazo prescricional, que já decorreu. Portanto, afora não fazer jus às pretendidas férias "residuais", de que postula reconhecimento, tem o requerente prescrito o direito que eventualmente lhe coubesse de reclamá-las, no juízo trabalhista.

É o parecer. S. M. J.

Porto Alegre, 30 de janeiro de 1985.

Of. Gab. 110/85

Porto Alegre, 30 de janeiro de 1985.

SENHOR GOVERNADOR:

A origem do presente processo reside em postulação feita por A. V. C. S. ex-professor contratado da Secretaria de Educação e Cultura e, posteriormente, nomeado fiscal do ICM, para saber se, efetivamente, é possuidor do direito a trinta dias de férias relativas ao período aquisitivo de 1º de janeiro de 1978 a 31 de dezembro de 1979.

Do expediente, que tramita desde 23 de agosto de 1979, sendo enviado a esta Procuradoria-Geral pelo Senhor Secretário de Educação e Cultura — percebe-se constituir o suporte fático da pretensão, a circunstância de o requerente haver titulado, quando vinculado à Pasta de Educação, dois contratos de magistério, matrículas números 1082.4820 e 2082.4823.

Ligada a essa circunstância, releva notar a afirmativa do ex-professor segundo a qual desempenhou suas atividades profissionais até 29 de julho de 1979, tendo gozado férias regulamentares na matrícula de nº 2082.4823, mas não usufruído as atinentes ao período antes assinalado, quando exercia atividades de assessoramento administrativo na Supervisão de Assessoramento Especial daquela Pasta, às quais correspondia a matrícula de nº 1082.4820.

A questão mereceu análise no Conselho Superior desta Casa que emitiu o Parecer nº 6063, onde, de plano, sinala-se que, sob a ótica do Direito do Trabalho não assiste razão ao postulante.

Isto porque, embora contratado como professor, o interessado efetivamente exerceu, de 30 de novembro de 1975 até 1979, função de Assistente Técnico, acumulando os salários relativos aos dois contratos de trabalho, e ainda recebendo gratificações equivalente à FG-6.

Este particular afasta, segundo entendimento há muito dominante na esfera administrativa, o direito a férias de sessenta dias, assegurado, tão-somente, aos prestadores de função docente, *ex vi* do que estatuem os artigos 322 e § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho e, no plano estadual, a Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, em seu artigo 96 e parágrafo único.

Beneficiava-se, pois, o postulante, apenas do direito a férias de trinta dias, consoante a legislação federal pertinente e — por analogia — os artigos 100 e 271 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul, já que percebia gratificação equivalente ao valor de função gratificada.

Estas férias de trinta dias, assegura o postulante terem sido gozadas apenas em um dos turnos de trabalho. Todavia, além de a assertiva não restar devidamente comprovada, a questão deveria ter sido objeto de acerto entre as partes, requerente e Secretaria de Educação e Cultura, no momento da rescisão contratual, já que atualmente, decorridos mais de dois anos daquele ato, o direito à reclamação encontra-se tolhido pela prescrição de que trata o artigo 11 da CLT.

Resta claro, portanto, que, além de não fazer jus ao período de férias que chama de "residuais" — por não beneficiar-se do lapso de sessenta dias assegurado exclusivamente aos docentes — encontra-se também o requerente impedido, pela prescrição, de reclamar no foro competente o direito que, eventualmente teria, às férias regulamentares de trinta dias.

Tais conclusões, aprovadas à unanimidade pelo Conselho Superior deste Órgão em sessão realizada no dia 9 de janeiro de 1985, mereceram minha integral aprovação. Cabe-me, pois, submetê-las à sua superior consideração, oportunidade em que lhe renovo votos de estima e apreço.

NEY SÁ

Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

# PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

JACQUES TÁVORA ALFONSIN  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul  
Professor de Direito Civil na UNISINOS

PARECER N.º 5979

O crédito tributário do Estado-membro prefere ao crédito não tributário de autarquia interestadual.

O BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, autarquia criada por convênio interestadual firmado pelos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, aprovado, no que toca ao Rio Grande do Sul, pelo Decreto Legislativo n.º 1528, de 21 de agosto de 1961, publicado no Diário Oficial do mesmo Estado em 25 de agosto de 1961, retificado e ratificado por convênios posteriores, encaminha solicitação ao Excelentíssimo Senhor Doutor Procurador-Geral do Estado, visando a obter a concordância do último em relação à seguinte proposta: que, nas execuções fiscais ajuizadas pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra a C.G.I., em que tenham sido penhorados bens hipotecados ao mesmo Banco, consinta o credor dos tributos concorrer, "em igualdade de condições" (fl. 2) com os créditos protegidos por garantia real, executados por aquela autarquia, contra a mesma devedora.

Entre as principais razões de ordem jurídica, para a concordância do Estado, existiam as de que, segundo o Banco interessado, a) "desde 1982 vem ajuizando execuções fiscais, corroborando inclusive entendimento da própria Procuradoria-Geral do Estado, consubstanciado no Parecer n.º 4897 da lavra do douto Procurador Floriano Miller, aprovado pelo então Procurador-Geral Mário Bernardo Sesta b) "... judicialmente, não existe hierarquia entre um ou outro crédito, concorrendo os mesmos em igualdade de condições desde que o produto da venda seja apropriado proporcionalmente aos créditos de cada um" (fl. 1 e fl. 2). Relatamos.

Trata-se, em resumo, de oferecer-se resposta à questão de dever-se dar, ou não, preferência equivalente, em concurso de credores, aos créditos de autarquias, protegidos por garantias reais, com os créditos tributários do Estado, legalmente privilegiados.

Parece conveniente que a solução seja buscada, pois, confrontando-se uns e outros, seja no que concerne à disciplina jurídica do concurso imposta por motivos de ordem subjetiva, tendo em vista os titulares de tais direitos, seja no que respeita à mesma disciplina baixada, objetivamente, pela possível preferência que hierarquize o atendimento de uns em desfavor dos outros:

1. A proteção dos créditos das pessoas jurídicas de Direito Público na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional, e na Lei de Execuções Fiscais.

1.1. Uma interpretação sistemática das leis que regem a espécie já provocou, até, a formulação de um dos verbetes — Súmula 563 do STF:

"O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do artigo 187 do Código Tributário Nacional, é compatível com o disposto no artigo 9.º, inciso I, da Constituição Federal."

1.2. Foi uma tentativa de se encerrar a discussão que se estabeleceu, após o advento da Constituição Federal de 1967, Emenda n.º 1 de 1969, pelo fato de a mesma, em seu artigo 9.º, inciso I, ter previsto:

"À União, aos Estados, ao Distrito Federal é vedado:

I — criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra."

1.3. Emenda Constitucional posterior inclui, aí, também, os Territórios (n.º 16, de 27 de novembro de 1980).

1.4. Era difícil de se compatibilizar tal disposição com o artigo 187 do Código Tributário Nacional, na forma do seu parágrafo único:

"O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I — União;

II — Estados, Distrito Federal e Territórios conjuntamente e pro rata;

III — Municípios, conjuntamente e pro rata."

1.5. A Lei das Execuções Fiscais — 6.830, de 22 de setembro de 1980 — acrescentou a cada um desses incisos "suas autarquias", no artigo 29, parágrafo único e incisos, além de no parágrafo 4.º do seu artigo 4.º ter disposto:

"Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional."

1.6. O artigo 30 da Lei das Execuções Fiscais, por sua vez, substituiu a expressão "pagamento do crédito tributário", por "pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública".

1.7. Que os créditos da Fazenda Pública, então, aí compreendidos os das autarquias (artigo 2.º e § 1.º da Lei das Execuções Fiscais) gozam de preferência, em relação a outros, e são privilegiados, ninguém discute. A dúvida remanesce, porém, como abaixo se verá, quando o concurso de preferência se estabelece entre pessoas jurídicas de direito público, segundo a natureza do crédito de cada uma, habilitado no mesmo concurso.

1.8. À consulta anterior, pela mesma autarquia dirigida à esta Casa, quanto à possibilidade de ela se valer do rito da execução fiscal para cobrar os seus créditos, deu resposta afirmativa o Dr. Floriano Miller Neto, resposta que não ultrapassou, porém, o reconhecimento do rito processual comum, quer para a cobrança dos créditos do Estado, quer para a cobrança dos créditos das autarquias (Parecer n.º 4897, de 09 de fevereiro de 1982).

1.9. Além dos precedentes jurídicos supra-alinhados, deve sustentar, seguramente, a proposta agora feita pelo Banco, o § 1.º do artigo 13 do Convênio interestadual que retificou e ratificou o Convênio constitutivo da autarquia, já acima lembrado. Tal disposição, que figura no Decreto Legislativo n.º 2503, de 3 de janeiro de 1967, publicado no Diário Oficial do Estado em 16 de janeiro de 1967, determina:

"O Banco terá autonomia administrativa e personalidade jurídica própria, sede e foro na cidade de Porto Alegre e Agências nas capitais dos três Estados, podendo manter outras dependências em qualquer parte da Região.

§ 1.º — Como serviço público interestadual, gozará de todas as vantagens e regalias respectivas, inclusive quanto a impostos, taxas, juros moratórios, impenhorabilidade de bens, afora outras prerrogativas que por lei lhe forem conferidas."

1.10. Se, por todo o contexto normativo até agora examinado, o intérprete pode ser induzido a uma atitude de aquiescência com a solicitação da autarquia, algumas dúvidas sérias, a isso se opõem, na medida em outras regras jurídicas, de obrigatoria cogitação em matéria de concurso de credores, são lembradas, e as opiniões dos mais doutos vão sendo analisadas;

1.11. Assim, depois de minucioso exame daquelas disposições da Lei n.º 4.320/64, lembrada no artigo 2.º da L.E.F., para servir de fonte identificadora de todas as dívidas que embora não tributárias, podem ser inscritas como dívidas ativas da Fazenda Pública e, como tais, passíveis de execução fiscal; depois de conceder que "lançamento" não é ato ou procedimento administrativo exclusivo do crédito tributário, afirma MILTON FLACKS (Comentários à lei da execução fiscal, Forense, Rio, 1981, p.280):

"Numa primeira aproximação, poder-se-ia extrair do artigo 29 da LEF o entendimento de que os créditos não tributários do ente político (e suas autarquias) de nível superior preferem aos créditos tributários do ente político

(e suas autarquias) de nível inferior. Isto, entretanto, estaria em desacordo não só com a tradição de primazia dos créditos tributários, como também com os artigos 186 e 187 do CTN, o qual, como lei complementar, não poderia ser derogado por lei ordinária. . . ."

1.12. Com mais razão, esse mesmo argumento pode ser oposto ao § 1º do artigo 13 do Convênio objeto do Decreto Legislativo 2503/67, transcrito em 1º supra, com o adendo de que além de, lá, não se referir "privilégio", tendo-se optado por locuções de aleatório sentido técnico (vantagens, regalias, prerrogativas), estendeu-se ao Banco o gozo de tais direitos, de maneira expressa e, malgrado outra intenção que tivesse o legislador, apenas e tão-somente "Como serviço público interestadual".

1.13. Ora, o que remunera o serviço público, de regra, seja ele autárquico, ou não, é a taxa, receita tributária típica, e não o direito real de garantia. Na mesma linha de raciocínio do Dr. MILTON FLACKS, a propósito, opina o Dr. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em extenso artigo, publicado na Revista *Ajuris*, Porto Alegre, volume 22, página 46 e seguintes: (A execução fiscal segundo a Lei nº 6.830/80):

"... o que me parece é que o artigo 29, da nova Lei das Execuções Fiscais, quis apenas excluir a Fazenda Pública de participação nos juízos universais como o da falência e o do concurso civil de credores, e outros similares. Não entrou, todavia, em linha de cogitação, alterar ou eliminar privilégios instituídos e resguardados pelas leis de direito material em vigor. Mesmo porque não seria aceitável que, em questão substancial como essa, pudesse ocorrer a revogação de uma lei complementar, como é o C.T.N., por uma simples lei ordinária. Tanto é assim que o artigo 30, da Lei nº 6.830, que cuida da responsabilidade patrimonial para efeito da execução fiscal, diz que o devedor responde pelo pagamento da Dívida Ativa com a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, "sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei." (p. 72).

1.14. Escrevendo antes de entrar em vigor a LEF, embora, já dizia ELSON GOTTSCHALK, apoiado em J. CRETELLA JÚNIOR, mas ainda em rigorosa sintonia com a orientação do STF, como adiante se verá:

"Entre as autarquias e empresas públicas deve ser observada a mesma precedência federal, estadual ou municipal, caso concorram os seus interesses sobre o mesmo objeto; mas entre autarquias, empresas públicas e entidades estatais há de prevalecer sempre as prerrogativas destas sobre as daquelas, por superior na ordem constitucional. Essa realidade jurídica impede que qualquer autarquia ou empresa pública dispute preferência com as entidades estatais, ou a elas se sobreponham em direitos e vantagens, ainda que o ente paraestatal pertença a uma esfera estatal superior." (Empresa pública: ponta de lança do dirigismo moderno, in *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Orlando Gomes, Forense*, 1979, p. 488).

1.15. Se se generalizar a opinião deste jurista para todos os créditos públicos, parece claro que sua lição não possa ser recebida sem reservas. Desde que a natureza de tais créditos, porém, seja levada em conta, ela adquire harmonia, até, com o acervo legislativo que a ela sucedeu. Isto está muito claro em outro trecho da obra do Dr. MILTON FLACKS, o qual responde, especificamente, à proposta do B.R.D.E., aqui analisada:

"É possível, entretanto, conciliar o artigo 187 do CTN com o artigo 29 da LEF, desde que se biparta a gradação em duas séries: uma para os créditos tributários e outra para os créditos não tributários. Considerando-se o disposto no artigo 186 do CTN, ao qual o artigo 4º, § 4º, da LEF, faz remissão, bem como no artigo 18 do Decreto-lei nº 195/67, os créditos contra o devedor da Fazenda Pública seriam atendidos segundo a seguinte ordem de precedência:

- a) créditos trabalhistas;
- b) contribuição de melhoria, em relação ao imóvel beneficiado;
- c) créditos tributários da União e de suas autarquias, conjuntamente e pro rata;

- d) créditos tributários dos Estados, do Distrito Federal e os originários dos Territórios, bem como de suas autarquias, conjuntamente e pro rata;
- e) créditos tributários dos Municípios e de suas autarquias, conjuntamente e pro rata;
- f) créditos não tributários da União e de suas autarquias, conjuntamente e pro-rata;
- g) créditos não tributários dos Estados, do Distrito Federal e os originários dos Territórios, bem como de suas autarquias, conjuntamente e pro rata;
- h) créditos não tributários dos Municípios e de suas autarquias, conjuntamente e pro rata; (idem, ob. cit., p. 281).

1.16. Deve-se sublinhar, em toda a posição doutrinária supralembada, que, ao respeito devido aos créditos possivelmente concorrentes, por força dos titulares que os cobram, pessoas jurídicas de direito público, não esquecem os tratadistas de reunir o respeito à própria natureza de cada crédito. Isso é importante para a análise que se fará do problema, a seguir sob outro enfoque:

2. Caráter instrumental do processo. Diferenças entre privilégio e garantia real. Posição do STF, em matéria de concurso de credores envolvendo pessoas jurídicas de direito público.

2.1. Afirma o Banco interessado que a Lei nº 6.830/80 "atribui o poder de ajuizamento de execuções fiscais para recuperação de seus créditos, tributários ou não". No caso da presente proposta, porém, esclarece-se (fl. 1), que o crédito pretensamente em igualdade de condições com o do Estado, é hipotecário (garantia real) e, conseqüentemente, não tributário.

2.2. Parece insuficiente, "data venia", o argumento de que o fato de tal crédito poder inscrever-se em "Dívida Ativa da Fazenda Pública", a ele se estendendo, então, o rito executório previsto pela Lei nº 6.830/80, é bastante para garantir-lhe tratamento igualitário, em concurso de credores, àquele que se dá ao crédito tributário.

2.3. Não bastasse o caráter predominantemente instrumental da LEF, as diferenças materiais entre os privilégios e as garantias reais, objeto de reconhecimento legal bem anterior ao CTN (artigo 1558 do Código Civil), parece não poder obterem superação, justamente em torno das preferências que lhe são próprias, pelo fato de estarem, ocasionalmente, sob a titularidade de diferentes pessoas jurídicas de direito público. Assim, quando o Dr. MILTON FLACKS biparte a gradação das preferências em duas séries, como demonstrado acima, (crédito tributário e crédito não tributário), mais não faz do que respeitar o reflexo processual das diferentes naturezas jurídicas de um e de outro. PONTES DE MIRANDA, já havia esclarecido muito bem o ponto:

"Hoje, já se acentua que o direito real, se tem 'preferência', essa preferência não é privilégio, é o resultado de haver titularidade à parte de direito que incide no bem. O privilégio não é direito, à parte do crédito privilegiado: adjetiva direito, não é direito." (Tratado de Direito Privado, Borsoi, Rio, 1960, XXVII: 146).

Sobre a diferença específica, afirma:

"Se é de direito real de garantia, ele existe como outro direito. Há dois direitos, o de crédito, e o direito real, que garante aquele. Por isso é que aquele tem a sorte desse, não por privilégio, mas sim porque, para se extinguir o direito real, se tem de prestar o que corresponde ao crédito. O crédito garantido com direito real, por esse fato, não se torna privilegiado, torna-se incólume, como é, e porque o é, o direito real de garantia. Tanto que, se o direito real de garantia vem a extinguir-se sem que se extinga o crédito que ele garantia, nenhuma situação especial tem o crédito, se ele mesmo, por outra razão, não era privilegiado." (idem, ibidem, grifos do autor).

2.4. Essa simples relação, entre o direito real de garantia, com a obrigação à qual ele garante (dos direitos, na linguagem do saudoso PONTES DE MIRANDA) que parte da doutrina assemelha à própria "acessoriedade", bem separa a garantia, do privilégio, inclusive nos seus efeitos em matéria concursal.

2.5 No caso específico da presente proposta da autarquia interessada, de outra parte, ainda milita contrariamente a um "placet" outro artigo do Decreto Legislativo nº 2503/67 lembrado em 1.9 supra. Trata-se do artigo 38:

*"Os Estados participantes obrigam-se a contribuir anualmente para o BRDE com quantia equivalente a um por cento de sua receita tributária orçada."*

2.6. *Independente, pois, de outras considerações de ordem jurídica, como as que até agora tentaram oferecer subsídio à resposta pretendida, um simples raciocínio de ordem lógica parece mostrar que, levada a preferência da autarquia em pé de igualdade com o Estado, independentemente do crédito da primeira ser tributário ou não, colabora ela para perder com uma mão, o que ganha com a outra.*

2.7. Deve servir de remate, para a presente opinião, a lembrança de um acórdão do STF que, embora relativo à empresa pública, foi publicado e proferido após a vigência da LEF, mantendo, assim mesmo, a jurisprudência anterior daquela Corte, em matéria de concurso de preferências entre pessoas jurídicas de direito público:

*"Tributário. Preferência do crédito tributário sobre o crédito hipotecário. Lei nº 5.172/66, artigos 183 a 193. O privilégio do crédito tributário, embora estadual, sobre o crédito real, previsto no Código Civil, tem sede no Código Tributário Nacional (artigos 183/193). Assim, tem preferência o crédito hipotecário de que é titular a Caixa Econômica Federal, embora empresa pública." (Acórdão da 2ª Turma, Real. Min. ALDIR PASSARINHO, em 24/06/83, Revista Trimestral de Jurisprudência, 107, março de 1984, p. 1001/1003).*

2.8. No corpo do acórdão, lê-se que o Eminentíssimo Relator se socorre de dois outros acórdãos anteriores do próprio STF, no mesmo sentido.

2.9. Ainda que se trate de julgamento que envolveu empresa pública e não autarquia — repete-se — impossível é deixar-se de reconhecer, aí, a claríssima adesão do Supremo à tese de que, antes mesmo de se considerar os titulares dos créditos concorrentes, o que prevalece, no atendimento das suas preferências, é a natureza jurídica dos mesmos créditos, o tributário privilegiado, e o direito real de garantia dotado de preferência insuficiente para alcançar o primeiro.

Por todo exposto, salvo melhor juízo, o presente parecer se posiciona contrariamente à proposta da autarquia interessada, pelo menos naqueles casos em que ele concorrer com o crédito tributário do Estado, com título protegido, apenas, por garantia real.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5979, da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Fiscais, da lavra do Procurador do Estado JACQUES TÁVORA ALFONSIN, que submetidas à apreciação do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral foram aprovadas, à unanimidade, na sessão do dia 6 de dezembro do corrente ano.

Restitua-se o expediente ao Senhor Secretário da Fazenda com vistas à Presidência do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE.

Em 12-12-84.

NEY SÁ  
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

## TOMADA DE PREÇOS

TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6011

Tomada de preços. Recebimento da obra com ressalva de infração do contratante. Cabimento da multa imposta pela Administração.

A SECRETARIA DO INTERIOR, DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS PÚBLICAS promoveu Tomada de Preços através do Edital nº 004/11ª/83, para execução de serviços de recuperação no Museu Arqueológico do Rio Grande do Sul, no Município de Taquara.

A firma C. e P. N. LTDA. foi a vencedora do certame. O início da obra foi previsto para 24 de dezembro de 1983, ou seja, dez dias após a data da entrega da autorização para o início, e a data marcada para o término seria de sessenta dias após esse termo inicial.

Executava a obra sob regime de empreitada global, com fornecimento de materiais e transportes necessários e mão-de-obra com as respectivas leis sociais, foi expedido o Termo de Recebimento, datado de 30 de março de 1984 (fls. 65).

Havendo atraso de 37 dias na entrega da obra, com base na cláusula IV do Edital (fls. 14) e na Autorização de Serviço nº 014/11ª/83 (fls. 53), a SDO aplicou à empreiteira a multa no valor de Cr\$ 229.807, comunicando tal imposição em 08 de maio de 1984, embora justificando o atraso na comunicação (fls. 7 do Processo nº 01590-22.00-SDO-1984).

A Assessoria Jurídica da SDO manifestou-se pelo descabimento da multa, porque imposta e comunicada após o recebimento definitivo da obra. Endossou o entendimento da Inspeção realizada pela 3ª Supervisão de Controle Externo do Tribunal de Contas.

O Coordenador das Divisões Regionais daquela Secretaria tem entendimento diverso, dizendo que o Termo de Recebimento consigna a conclusão dos serviços fora de prazo, devendo a contratante sujeitar-se à multa prevista no ajuste.

A empreiteira recorreu da imposição da multa.

Houve retenção da última fatura da firma construtora. Houve rejeição do recurso administrativo apresentado por essa.

Face às opiniões contrárias, dentro da SDO, no tocante à imposição da multa, veio o processo a esta PGE para parecer.

É o relatório.

HELY LOPES MEIRELLES, no livro 'Licitação e Contrato Administrativo' preleciona:

*"A empreitada de obra pública, conquanto seja um contrato administrativo, reveste-se dos mesmos caracteres da empreitada civil (Código Civil, artigos 1.237 a 1.247)" (3ª ed., RT, São Paulo, 1977, pág. 287).*

Falando sobre o recebimento do objeto do contrato ensina o mesmo autor:

*"Convertido o recebimento provisório em definitivo, não é lícito à Administração reter cauções e demais garantias da execução ou aplicar multas retroativas ao contratante, sob o pretexto de descumprimento contratual não apenado na oportunidade própria, na fase executória do ajuste.*

*Se assim agir, cometerá abuso de poder, corrigível por via judicial"* (ob. cit., pág. 251).

A seguir, passa o mesmo jurista a elucidar a noção de recebimento definitivo, bem como os meios de que dispõe a Administração para impugnar a execução:

*"Todo objeto de contrato que for recebido sem a ressalva de provisório entende-se definitivo, exonerando o executor dos encargos da execução e liberando a caução e demais garantias contratuais"* (ob. cit., pág. 252).

*"Livre é a Administração para, quando cientificada da conclusão do contrato, mandar inspecionar a obra, o serviço ou o fornecimento, a fim de comprovar a sua perfeição antes do recebimento. O que não pode é receber o objeto do contrato em caráter definitivo, ou sem ressalva de provisoriedade, e, após, impugnar a execução, a pretexto de desconformidade com o projeto ou com as especificações do ajuste. Neste caso está preclusa a oportunidade de impugnação da execução contratual pelo recebimento definitivo de seu objeto"* (ob. cit., pág. 253).

Deixa claro o festejado administrativista que pode haver ressalva de provisoriedade no recebimento do objeto. Tal ressalva poderá ser parcial? Deverá a autoridade usar a palavra 'provisório'?

O mesmo autor nos aponta o caminho ao afirmar a incidência das normas do Código Civil para esta espécie contratual. Dispõe o artigo 1.242:

*"Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, enfeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza".*

Completa-o o artigo 1.243:

*"No caso do artigo antecedente, segunda parte, pode o que encomendou a obra, em vez de enfeitá-la, recebê-la com abatimento no preço".*

Preceito semelhante se encontra no artigo 234 do Código Comercial.

Comentando tais artigos elucidada WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

*"Pode o dono, entretanto, ter justo motivo para a recusa: (...) de se (o empreiteiro) não entregou a obra no tempo contratado. (...) Trata-se de infração... a todas as convenções com o termo certo. Em qualquer dessas eventualidades, o dono pode enfeitar a obra. Faculta-se-lhe, todavia, o direito de recebê-la com redução no preço."*

(...) *"Trata-se, como se vê, da aplicação da mesma teoria dos vícios redibitórios aos contratos de empreitada. "O abatimento tem cabimento sempre que o proprietário ainda não chegou a pagar todo o preço" ("In" Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, t. 2, Saraiva, São Paulo, 1967, pp. 206-207).*

Para essas observações o civilista invoca a lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, Código Civil, 4/426.

Comentando a matéria afirma DIONYSIO GAMA:

*"No caso do n. antecedente, segunda parte, pode o que encomendou a obra, em vez de enfeitá-la, recebê-la com abatimento no preço (Cód. Civil, artigo 1.243; Cód. Com., artigo 234). A aceitação da obra, pura e simplesmente, exclui, por força do artigo 234 do Código Comercial, qualquer reclamação com o fim de abatimento de preço (Câm. Vic. da Corte de Apel. do Distrito Federal, ac. de 28 de outubro de 1898, na Rev. de Jurisprudência, vol. 4º, pág. 100). ("In" "Dos Contratos", Freitas Bastos, 1935, 6ª ed., Rio, página 270).*

Vê-se, portanto, que a Administração pode receber a obra ressaltando a demora na sua entrega. Se há ressalva à aceitação não é pura e simples. As conseqüências da ressalva podem chegar até à redução no preço.

Não se trata, aqui, de norma em branco no Direito Administrativo, mas de integração no objeto desse da lei civil. A melhor interpretação dessa conduz à solução do impasse.

Se é possível ressaltar aspectos como o afastamento, por parte do empreiteiro, das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza; se pode o dono recusar porque houve emprego de materiais de segunda ou de má qualidade; se pode ainda se basear na falta de entrega da obra no tempo contratado, forçoso é reconhecer que a autoridade administrativa pode fazer ressalva parcial quanto ao objeto, prescindindo do uso da palavra 'provisório'.

Falando sobre os deveres do empreiteiro, assevera PONTES DE MIRANDA:

*"Desde que a obra não é a que fora de esperar-se, dentro dos princípios jurídicos, dos usos e da convenção, viciada é. Foi por isso que a lei, em vez de deixar-se invocar o que em geral se estatuiu sobre os vícios do objeto (Código Civil, artigos 1.101-1.106), formulou duas regras jurídicas especiais (Código Civil, arts. 1.242 e 1.243)" ("In" Tratado de Direito Privado, Borsoi, 2 ed., Rio, 1963, t. 44, pág. 401).*

Continua o mestre:

*"O atraso do empreiteiro em entregar a obra dá ensejo à ação de cobrança por inadimplemento, ou à de resolução ou de resilição do contrato. Pode porém acontecer que com a finalidade da obra não seja incompatível a purga da mora pelo empreiteiro. Cumpre ainda frisar-se que vale a cláusula de indenizar por defeitos ou falta de qualidades da obra, além do que seria a indenização por inadimplemento."* (ob. cit., pág. 404).

Concebe-se, assim, duplicidade de indenizações para o empreiteiro faltoso. Basta, portanto, que o recebimento do objeto seja sob reserva:

*"Se o empreitante, ao ter de receber a obra, faz reservas, tem de imediatamente pedir que se lhe verifiquem os defeitos"* (ob. cit., pág. 404).

Dos textos e lições invocados podemos colher conclusão.

O 'Termo de Recebimento de Serviços de Conservação' de fls. 65 do Processo n.º 03766-22.00-SDO-1983, consignou expressamente:

*"Foram recebidos fora do prazo estipulado os serviços objeto da TP n.º 004/11.º/83".* A multa foi imposta imediatamente (fls. 66), sendo justificada a demora na comunicação ao infrator (fls. 7 do Processo n.º 01590-22.00).

Não tinha o administrador por que recusar a obra até receber a multa ou notificar o empreiteiro de sua imposição. A fls. 65 se lê que os serviços estavam de acordo com as condições técnicas exigidas pela SDO.

Não havia por que resolver ou resili o contrato, dado o cumprimento quase integral da obrigação do empreiteiro. Indenização, cobrança ou purga da mora seriam de se cogitar na falta da cláusula cominadora de multa. O contrato, porém, como se viu, é claro a respeito, dando a hipótese e quantificando a multa.

Diante da reserva o recebimento do objeto tornou-se relativo: sim quanto à obra, não quanto à demora na entrega. A multa perdeu o aspecto de retroatividade, sendo possível reter cauções, créditos do contratante e outras garantias da execução para haver o ressarcimento da Administração empreitante.

A norma de Direito Civil enche o espaço do Direito Administrativo e se harmoniza com a idéia de supremacia da coletividade em relação aos interesses particulares. Atende-se ao espírito do contrato e evita-se que interpretação formal do direito permita a uma das partes evasão dos seus comandos.

Deve, pois, a empreiteira sujeitar-se à multa prevista no ajuste.  
É o parecer.

Porto Alegre, 27 de dezembro de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer n.º 6011, da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual, da lavra do Procurador do Estado Doutor TELMO CANDIOTA DA ROSA.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas.  
Em 27-12-84.

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES  
Procurador-Geral Adjunto

## MULTAS EM MATÉRIA SANITÁRIA

VERENA NYGAARD  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul  
Professora de Direito Civil na UNISINOS  
Especialista em Direito Administrativo

PARECER N.º 6000

MULTAS. LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO. DECRETO FEDERAL N.º 88.351/83, ARTIGO 45.

H. D. A. LTDA., autuada pelo Departamento do Meio Ambiente por descumprir o dever de cadastrar seus produtos, imposto pela Lei n.º 7.477/82 e, recentemente, notificada para efetuar o pagamento de multa diária no valor global de Cr\$ 88.098.218,00, em decorrência do indeferimento do recurso hierárquico interposto contra o Auto de Infração, dirige-se ao Diretor deste mesmo Departamento, solicitando a "reconsideração" das sanções aplicadas.

Para tanto, argumenta a empresa não haver cumprido a determinação legal pelas seguintes razões principais:

1ª) a impossibilidade de atender algumas exigências, pertinentes ao relatório técnico previsto no artigo 3.º, item C, da Lei n.º 7.477, conforme comprova através de documentos em que diversos laboratórios, consultado acerca da possibilidade de procederem aos estudos toxicológicos e análises de defensivos agrícolas, esclarecem a dificuldade dos testes seja por estarem equipados apenas para alguns deles, seja por disporem das cobaias ou, ainda, pela demora da sua realização.

2ª) o elevado custo desses estudos, se realizados com organismos internacionais, inviabilizando a comercialização dos produtos e eliminando os formuladores nacionais desse ramo de atividade;

3ª) a dependência em que se encontra o formulador nacional do fornecimento, pelos fabricantes, dos dados toxicológicos relativos aos ingredientes ativos, de modo que a lei somente poderia ser cumprida na medida em que tais dados estivessem à disposição do poder público e este complementasse as informações prestadas pelo formulador nacional, já que os fabricantes, alegando normas internas de proteção, se negam a fornecê-los.

Face a essas dificuldades e não obstante o risco de sofrer onerosas conseqüências, dentre as quais a provável suspensão de fornecimento de matérias-primas pelos fabricantes, a diretoria da empresa deliberou formalizar o pedido de cadastramento, desde que possa fazê-lo com os dados de que dispõe.

2. Do ponto de vista jurídico, o aspecto central que a-nós compete examinar, diz respeito à possibilidade de vir a ser atendido o pedido de "reconsideração" do valor da multa objeto da notificação para pagamento expedida à H.

3. Preliminarmente, a este propósito, cumpre esclarecer que o procedimento administrativo instaurado através da impugnação do Auto de Infração se encerrou com o indeferimento do recurso hierárquico pelo Governador do Estado. Na esfera administrativa, à empresa nada mais resta, senão recolher a multa, uma vez que, nos termos da legislação que disciplina a matéria — Lei federal n.º 6.437/77 — esgotaram-se todos os remédios disponíveis para a defesa da autuada.

E, de fato, não se trata, no presente caso, de defesa ou impugnação, nem de recurso, mas de um simples pedido, enquadrável no direito de petição aos órgãos públicos, assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 153, § 3.º.

4. Todavia, conquanto não deduzido expressamente na solicitação em exame, há na Lei n.º 6.437, um preceito que merece ser considerado, porque ampara o pedido feito.

Trata-se da regra contemplada no artigo 2.º, § 2.º da referida Lei, segundo a qual "na aplicação da penalidade de multa, a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator".

Com efeito, na condição de empresa nacional, de pequeno a médio porte, H. pode beneficiar-se de uma redução do valor da multa, uma vez que a quase totalidade das demais empresas penalizadas com multa de igual valor, é de grande porte e multinacional.

Nesse passo surge, entretanto, a dificuldade de determinar-se o "quantum" a ser reduzido, já que a lei não indica quaisquer critérios ou parâmetros que permitam ao administrador avaliar a capacidade econômica do infrator e, pois, fixar a multa em valor consentâneo.

Assim sendo, a questão fica submetida ao prudente juízo da autoridade.

5. Entretanto, paralelamente àquela regra, outra norma existe, cuja aplicação possivelmente satisfaça à solicitação da empresa com maior benefício para a proteção do meio ambiente do que a simples redução da multa com vista a adaptá-la à capacidade econômica da peticionária.

Referimo-nos ao artigo 45 do Decreto federal n.º 88.351, de 01 de junho de 1983, que regulamenta a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981 a qual, por sua vez, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação:

*"Art. 45 — As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar a degradação ambiental.*

*Parágrafo único — Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa terá uma redução de 90% (noventa por cento) do seu valor original."*

6. A aplicabilidade deste preceito ao caso em tela requer algumas considerações; uma vez que a Lei n.º 7.477 remete a matéria relativa às sanções apenas à Lei n.º 6.437. Ao administrador não é, pois, facultado qualquer juízo discricionário, no sentido de que pudesse optar pela aplicação da legislação que lhe parecesse mais adequada.

Assim é que, de fato, a Lei n.º 6.437 foi rigorosamente observada, tanto pela peticionária e todas as demais empresas atuadas, que esgotaram a via recursal, como pelo Poder Público, desde a lavratura do Auto de Infração até a decisão final pelo Governador do Estado e a conseqüente notificação para pagamento da multa.

Por igual, uma vez constatada a infração, tampouco é facultado à autoridade aplicar ou não a sanção cabível: a penalização é um dever do administrador.

7. Todavia, não é a sanção um fim em si mesmo, um objetivo a ser perseguido enquanto tal — nem constitui a multa, serão indiretamente, uma fonte de recursos para o Estado — mas sim, o instrumento legal de coerção destinado a obter, do particular, um comportamento adequado à lei.

Este resultado positivo assume extraordinária importância em matéria de saúde pública. À lei sanitária, a qual, por força do texto da Constituição, se equipara à lei de proteção ambiental, mais do que a qualquer outra, interessa ser cumprida, porque tutela bem jurídico fundamental, como é a própria vida e, também, porque as infrações podem, facilmente, produzir conseqüências irreparáveis, haja vista as intoxicações e mortes por agrotóxicos, por exemplo.

Tal parece ser fundamento bastante para lançar-se mão do mecanismo previsto no artigo 45 do Decreto n.º 88.351/83, para os efeitos de suspender a exigibilidade da multa, desde que a empresa se obrigue à "adoção de medidas específicas para cessar a degradação ambiental", medidas estas que, no caso consistem no cadastramento dos produtos agrotóxicos.

Note-se que a multa fica apenas suspensa, vale dizer, não cumprida a obrigação de cadastramento, ela se torna imediatamente exigível. Se, todavia, a obrigação for satisfeita, a multa sofre redução de 90% de seu valor original.

8. De outra parte, em abono à aplicabilidade, no caso, da medida preconizada pelo citado artigo 45, há de se levar em conta ainda dois aspectos.

O primeiro deles consiste em que o Decreto federal é posterior, tanto à Lei n.º 6.437/77, quanto à Lei n.º 7.747/82, trazendo inovações importantes em matéria de tutela legal ao meio ambiente.

Na verdade, a lei que regulamenta — Lei n.º 6.938/81 — ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, assume como que a natureza de norma geral de direito ambiental. Isso é corroborado por preceito desta lei — a rigor, criticável, do ponto de vista constitucional, uma vez que extravasa as lides da competência da União exercitável por via de lei ordinária — assim redigido:

*"Art. 6.º —*

*§ 1.º — Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA" (Conselho Nacional do Meio Ambiente).*

Além disso, os Estados integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente na qualidade de Órgãos Seccionais, através de seus órgãos ou entidades responsáveis pela execução de programas e projetos de controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental (Lei n.º 6.938, artigo 6.º, IV).

Outrossim, também o CONAMA conta, dentre seus integrantes, com representantes dos Governos dos Estados (artigo 7.º, parágrafo único, letra a).

9. O segundo aspecto a merecer destaque diz respeito à compatibilidade da medida tendente a suspender a exigibilidade da multa, facultada nos termos do artigo 45 do Decreto n.º 88.351, com as regras da legislação anterior, federal e estadual: não só, em momento algum, as contraria, como, em realidade, as complementa. E isso faz, como já salientamos, com notória vantagem para o efetivo cumprimento dos deveres e obrigações instituídos em prol da defesa do meio ambiente e da saúde pública.

10. Assim sendo, opinamos pela suspensão da exigibilidade da multa até que a empresa efetue o cadastramento dos seus produtos, com a conseqüente redução de 90% do valor originalmente devido.

Cumpra advertir que a adoção desta medida há de ser submetida à decisão do Governador do Estado, já que foi a autoridade que, em última instância, julgou o recurso cujo indeferimento originou a imposição da multa.

É o parecer.

Porto Alegre, 26 de dezembro de 1984

Acolho as conclusões do Parecer n.º 6000, da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual, da lavra do Procurador do Estado Doutora VERENA NYGAARD.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Saúde e Meio Ambiente.

Em 26-12-84.

NEY SÁ

Procurador-Geral do Estado

# REGIÃO METROPOLITANA. CONVÊNIOS

ADNOR GOULART  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 6068

## CONSELHO DELIBERATIVO DA REGIÃO METROPOLITANA DE PORTO ALEGRE.

Impossibilidade de firmar convênios e outros instrumentos com órgãos públicos e privados, face aos termos do artigo 66. da Carta Maior do Estado.

Existência de óbice constitucional à delegação de poderes, pelo Chefe do Executivo Estadual, ao Secretário-Geral de dito Órgão, para firmar ditos convênios (artigo 66, parágrafo único, da Carta Maior do Estado). Inconstitucionalidade do parágrafo 4.º do artigo 4.º da Lei estadual n.º 6.656, de 12 de dezembro de 1973. Análise da matéria, à luz da Constituição, da legislação ordinária e da doutrina.

Através do Ofício n.º 078/84-CD, dirigido ao Senhor Procurador-Geral do Estado, o Secretário-Geral do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre consulta sobre a possibilidade de aquele Órgão firmar convênios, contratos, protocolos e outros ajustes com entidades da Administração Pública, usando da faculdade que lhe confere o artigo 4.º § 4.º da Lei estadual n.º 6.656, de 12 de dezembro de 1973, sem a necessidade de os submeter à aprovação da Assembléia Legislativa, face o que preceitua o artigo 27, item XV, da Carta Estadual.

É o relatório.

Releve-se, prefacialmente, que a Lei estadual n.º 6.656, de 12 de dezembro de 1973, atendendo aos termos dos artigos 2.º e 3.º da Lei Complementar n.º 14/73, criou o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre e, após estabelecer a competência do mesmo (artigo 4.º, I e II), determinou, no parágrafo 4.º, da mesma disposição legal que,

*"No exercício de sua competência, o Conselho Deliberativo poderá celebrar convênios, contratos, protocolos e ajustes com órgãos públicos e privados especializados em planejamento."*

De outro lado, dispõe o artigo 27, XV, da Constituição do Estado:

*"Art. 27 — É da competência exclusiva da Assembléia:*

*XV — aprovar os convênios em que o Estado for parte."*

Face ao que foi estabelecido no regramento constitucional acima trazido a lume, impõe-se ou não a obrigatoriedade da aprovação, pela Assembléia Legislativa, dos instrumentos a que fez menção o dispositivo legal antes transcrito? O desate da questão remete-nos, de início, a indagar sobre a natureza jurídica de prefalado Conselho.

Parece não remanescerem dúvidas de que se trata de órgão integrante da Administração Direta, encontrando-se vinculado ao Chefe do Executivo Estadual.

Nossa afirmação encontra ressonância em SÉRGIO FERRAZ que, a esse respeito, deixa a seguinte lição:

*"Já afirmamos, precedentemente, que a região metropolitana configura um instrumento meramente administrativo, sem poder político. Cabe indagar, portanto: a quem competem as diretrizes e diretivas políticas e governamentais, pertinentes à região? NECESSARIAMENTE AO ESTADO—MEMBRO (grifei) em que localizados os Municípios integrantes. Não poderiam caber a qualquer Município, sob pena de ferimento à autonomia dos demais. Nem, tampouco, a todos os municípios, sob risco de ofensa à autonomia estadual (artigo 13, § 1.º, da Constituição Federal). Pelos mesmos motivos não estão eles atribuídos à União."*

*A Lei Complementar n.º 14 traçou algumas orientações claras sobre a matéria, em seus artigos 2.º e 4.º. Deles decorrem três tipos de atuação institucional: a) consultiva — através de um Conselho Consultivo; b) de planejamento, programação e coordenação da execução de serviços comuns — através de um Conselho Deliberativo; c) executiva — através de qualquer das fórmulas jurídicas de prestação de serviços públicos: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações, etc."*

**EM TODAS ELAS, A COMPETÊNCIA NORMATIVA E DIRETIVA É DO ESTADO** (grifei). A própria lei complementar o assegura, pois: a) determina que lei estadual crie os Conselhos acima referidos; b) reserva ao Governador do Estado a faculdade de nomear os membros do Conselho' (in "As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro", RDP, 37/38, jan/junho, 1976, pág. 23).

Também EROS ROBERTO GRAU ("Regiões Metropolitanas — Regime Jurídico", José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974, pág. 184) que, ao discorrer sobre a matéria, faz as seguintes considerações:

*"Definem-se ambos os Conselhos — criados por lei estadual, cujos membros são nomeados pelo Governador do Estado — COMO ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (grifei). Daí determinar a lei complementar, no parágrafo 3.º do seu artigo 2.º, que ao Estado incumbe prover, a expensas próprias, as suas despesas de manutenção. Nada mais óbvio, visto que os serviços comuns de interesse metropolitano são definidos como de competência privativa estadual."*

Diz, ainda, mais adiante, o mesmo autor:

*"... — são compulsórios os efeitos da atribuição de competência privativa do Estado, relativamente às atividades discriminadas pelo artigo 5.º da lei complementar: apenas será permitido aos Municípios nelas intervir QUANDO OBSERVADAS AS DETERMINAÇÕES EMANADAS DO ESTADO, ATRAVÉS DO CONSELHO DELIBERATIVO (grifei), como manifestação instrumental daquela competência." (op. cit., pág. 193 usque 194).*

Os ensinamentos colhidos em TOSCHIO MUKAY também deixam invidiosa a vinculação direta do aludido Conselho Deliberativo ao Executivo Estadual.

Com efeito, ao comentar o artigo 2.º, da Lei Complementar n.º 14/73, doutrina o citado autor:

*"O art. 2.º prevê a existência, em cada região, de um Conselho Deliberativo e um Conselho Consultivo, criados por lei estadual. A lei complementar deu proeminência ao Estado, no comando do planejamento e da execução dos serviços de interesse metropolitano, não porque deu competência ao Estado para criar os órgãos, MAS PORQUE O PRINCIPAL ÓRGÃO, O CONSELHO DELIBERATIVO, SERÁ COMPOSTO DE 3 (TRÊS) MEM-*

**BROS DO GOVERNO ESTADUAL (grifei).."** (in "O Regime Jurídico Municipal e as Regiões Metropolitanas". Sugestões Literárias S.A., São Paulo, 1ª edição, 1976, pág. 102).

Ensina, no mesmo sentido, EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, *verbis*:

*"Nem o Conselho Deliberativo, nem o Conselho Consultivo e nem ambos em conjunto constituem uma pessoa jurídica. São órgãos dotados de certa autonomia, com competência própria, outorgada pela lei complementar federal, MAS QUE DEVEM ESTAR VINCULADOS AO SISTEMA ADMINISTRATIVO ESTADUAL, MESMO PORQUE DEVEM SER CRIADOS POR LEI DO ESTADO"* (grifei) (op. cit. pág. 11/12).

Definida assim a natureza jurídica do Órgão de que se cogita, resta agora analisar a matéria à luz dos artigos 66, XII e 27, XV, ambos do Estatuto Maior do Estado. Consoante o primeiro dos mandamentos citados:

*"Compete ao Governador do Estado, privativamente:*

*XII - celebrar convênios para execução de obras ou serviços de interesse do Estado."*

O conteúdo do tal preceito constitucional aponta para a impossibilidade de outra autoridade, senão o Chefe do Poder Executivo, praticar, *"proprio jure"*, os atos arrolados no inciso XII, até porque é extrema de dúvida o fato de tal dispositivo cogitar, na hipótese, de competência privativa daquele. Como corolário lógico, é de se ressaltar que a legislação infra-constitucional que atribua a outrem a prática de quaisquer dos atos elencados nos diversos incisos da disposição em exame, padecerá do vício de inconstitucionalidade.

Nessa situação se encontra, portanto, o já citado parágrafo 4º, do artigo 4º da Lei estadual nº 6.656/73, vez que está a atribuir competência a quem constitucionalmente não a tem.

A seu turno o artigo 27, XV, já transcrito no início deste pronunciamento, impõe a obrigatoriedade da aprovação, pela Assembléia Legislativa, dos Convênios sem que o Estado for parte, como forma de controle dos atos do Poder Executivo pelo Legislativo.

A dizer: mesmo que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana fosse titular de competência para firmar ditos convênios — o que, *in casu*, já se viu, inócua — ainda assim, tal fato não elidiria a necessidade de aprovação dos mesmos pela Assembléia Legislativa, face à disposição constitucional em exame.

De outra parte, com o intuito de dinamizar a atividade administrativa, cuidou a Constituição Estadual de conceder ao Dirigente Máximo do Estado autorização para delegar diversas atribuições, dentre elas, a que consta do já citado inciso XII, do artigo 66.

Assim, soa o parágrafo único do mandamento em causa, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 5:

*"O Governador do Estado poderá delegar as atribuições de que trata o item VI, no que diz respeito ao provimento de cargos, as constantes do item VII, E, AINDA, CASO A CASO, A ATRIBUIÇÃO EXPRESSA NO ITEM XII DO PRESENTE ARTIGO (grifei) ao Vice-Governador, aos Secretários de Estado e Dirigentes dos Órgãos integrantes do Gabinete do Governador."*

Ao comentar disposição de conteúdo semelhante, inserida na Constituição de 1967 e citando SARAZATE, diz MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("Comentários à Constituição Brasileira", 2º Vol., artigos 46 a 129, Saraiva, 1977, 2ª edição, revista e atualizada, p. 125/126):

*"Trata-se de medida utilíssima, descentralizadora, e que retirará do Presidente a prática de atos materiais que lhe roubam precioso tempo e que podem ser confiados, sem perigo, aos Ministros de Estado. Já vêm retardadas essas delegações."*

Saliente-se que o instituto da delegação, tal como foi contemplado na Carta Estadual reveste-se, dentre outras, das seguintes características: facultatividade, discricionariedade e especificidade (esta última, exclusivamente para a hipótese contida no inciso XII do artigo 66).

No que concerne à primeira, deflui ela dos próprios termos do preceito *sub examine*, quando é utilizada a expressão "poderá".

Óbvio que a utilização de tal faculdade envolve juízo de conveniência e oportunidade.

Quanto à discricionariedade, exurge da ausência de qualquer dispositivo constitucional que a condicione à autorização legislativa.

Bem a esse propósito, invocamos novamente a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *verbis*:

*"Competência Discricionária do Presidente da República. Outra alteração significativa está em que, no texto promulgado em 1967, a delegação, que era a única permitida, estava condicionada à lei. Era preciso que a lei autorizasse o Presidente da República a delegar competência privativa.*

*É certo que, do que rezava o artigo 83, parágrafo único, se poderia inferir que a lei não era necessária para cada delegação. Ou seja, parecia decorrer do texto a necessidade de lei que dispusesse em que casos era lícita a delegação que então se operaria por meio de decreto presidencial e não que o instrumento da delegação haveria de ser, em cada oportunidade, uma lei.*

*A Emenda nº 1, de 1969, suprimiu esse condicionamento. A atribuição para outorgar ou delegar competência privativa é discricionária. O Presidente da República é o único juiz da oportunidade e da conveniência de outorgar ou delegar poder relativamente a competências privativas que versam a matéria prevista na Constituição."* (op. cit., pág. 126).

No que diz respeito à especificidade que, consoante já salientado, aplica-se somente ao item XII do artigo 66, também o já citado parágrafo único a contempla ao dispor que, na hipótese daquele item, a delegação deverá ser outorgada, "caso a caso".

Daí, resulta a impossibilidade de ato dessa natureza, com caráter de generalidade. Ademais, tal delegação só poderá ser outorgada às pessoas expressamente enumeradas no já citado parágrafo único do artigo 66, do Estatuto Maior do Estado.

Como o Secretário-Geral do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana não se enquadra em nenhuma daquelas hipóteses, a ele não é dado receber aludida delegação.

Apenas poderá recebê-la, na qualidade de Secretário de Estado se coincidentemente, o for, mas, frise-se ainda uma vez, como Secretário-Geral do Conselho Deliberativo. É o parecer, sub censura.

Porto Alegre, 20 de fevereiro de 1985.

Acolho as conclusões do Parecer nº 6068, da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual, da lavra do Procurador do Estado Doutor ADNOR GOULART.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário para os Assuntos da Grande Porto Alegre. Em 20.02.85.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

# APOSENTADORIA DE JUIZ DE PAZ

EUNICE ROTTA BERGESCH  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5878

APOSENTADORIA. JUIZ DE PAZ.  
Concessão de aposentadoria por invalidez de Juiz de Paz na forma do artigo 177, IV, da Lei n.º 1.751/52. Aplicação analógica do artigo 424 da Lei n.º 3.119/57.

W. L., Juiz de Paz da Comarca de Jaguari, requereu ao Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado a concessão de aposentadoria por invalidez.

Certifica o Cartório Judicial daquela Comarca (fls. 3 e 4) que o peticionário foi efetivo nas funções de Juiz de Paz, de 7 de junho de 1956 a 31 de agosto de 1983, mantendo-se em exercício mesmo nos períodos em que aguardava a recondução por ato do Senhor Governador do Estado, perfazendo um total de vinte e sete anos, três meses e dois dias de efetivo serviço público (fl. 20).

Encontram-se anexados ao processo comprovantes de recolhimento de contribuição ao Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, dos atos de nomeação e recondução ao "cargo" de Juiz de Paz, atestado de médico particular de que o peticionário encontra-se impossibilitado de exercer suas atividades profissionais e laudo do Departamento de Perícia Médica, que opina pela aposentadoria por invalidez para o serviço público em geral (Cid: 362.0 + 369.1 — Classificação Internacional de Doenças: trezentos e sessenta e dois ponto zero e trezentos e sessenta e nove ponto um).

Tendo a Diretoria de Magistrados opinado pelo deferimento da pretensão (fl. 21), o Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça encaminhou o expediente à deliberação do Senhor Governador do Estado, através da Secretaria da Justiça.

Naquela Pasta o pedido teve acolhida, sendo elaborada a minuta de ato inativatório, de conformidade com os artigos 103, item I, 104, item I, letra "b", da Constituição Estadual, de 27 de janeiro de 1970, e nos termos do artigo 424 da Lei n.º 3.119, de 14 de fevereiro de 1957, combinado com a Lei n.º 7.856, de 14 de dezembro de 1983, que, antes de ser levada à deliberação do Senhor Titular do Poder Executivo, mereceu exame da Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos, que entendeu de submeter a questão a esta Procuradoria-Geral.

É o relatório.

O artigo 424 da Lei n.º 3.119, de 14 de fevereiro de 1957, Código de Organização Judiciária, previu expressamente apenas a aposentadoria dos juízes de paz por tempo de serviço, com 60% (sessenta por cento) dos vencimentos conferidos aos escrivães distritais.

O Código de Organização Judiciária posterior ao de 1957, ou seja, o aprovado pela Lei n.º 5.256, de 2 de agosto de 1966, estendeu o benefício também à hipótese de implementação da idade-limite (artigo 46). Esse dispositivo, no entanto, deve decretada a sua inconstitucionalidade, passando a gerar dúvidas sobre a vigência do antes citado artigo 424.

Através do Parecer n.º 306/67-PGE, e outros que o seguiram, cristalizou-se a orientação de que o artigo 461 da Lei n.º 5.256, em razão de sua declarada inconstitucionalidade, não revogou o artigo 424 do anterior Código (Lei n.º 3.119/57), mesmo porque não continha dispositivo expresso sobre a revogação.

A Lei n.º 6.929, de 2 de dezembro de 1975, Estatuto da Magistratura do Estado do

Rio Grande do Sul, por sua vez, apenas acena com a possibilidade de inativação por limite de idade e invalidez, assegurando o direito sem regular a sua concessão.

Já a Lei Orgânica da Magistratura Nacional — LOMAN, não tratou da aposentadoria dos juízes temporários, dispondo, no parágrafo único do artigo 74, que lei ordinária regularia a matéria.

Ora, o Código Judiciário posterior à edição da LOMAN (Lei n.º 7.356, de 1.º de fevereiro de 1980) silenciou acerca da inativação dos juízes de paz, apenas regulando a sua competência.

Assim é que, mesmo não sendo pacífica a tese de vigência do artigo 424 da Lei n.º 3.119/57, tem ela sido adotada por esta Procuradoria-Geral, segundo pondera o signatário do Parecer n.º 4505, Procurador do Estado JOSÉ QUADROS PIRES, porque, se considerado revogado, "os Juízes de Paz, embora destinatários da Lei n.º 1.751/52 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado) ficarão, em razão de não perceberem vencimentos, sem padrão para a fixação dos seus proventos".

A afirmação de que são destinatários da Lei n.º 1.751/52 decorre do disposto no artigo 154 do vigente Estatuto da Magistratura do Rio Grande do Sul, que determinou a aplicação aos magistrados e outros juízes (e, aí, se incluem os juízes de paz) das normas contidas no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado e da legislação que lhe é complementar, "no que couber e não estiver regulado" na Lei n.º 6.929/75. Inexistindo, pois, norma expressa regulando a aposentadoria compulsória por limite de idade e invalidez dos juízes de paz, apesar de assegurado o direito (artigo 56 da Lei n.º 6.929/75), forçoso é concluir, então, pela aplicabilidade das normas referentes à aposentadoria do funcionário público em geral.

Matéria idêntica a que ora se examina já foi objeto de manifestação desta Casa, através do Parecer n.º 4664, do Procurador do Estado JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, que assinalou serem os juízes de paz considerados juízes temporários (artigo 2.º parágrafo único, da Lei n.º 6.929/75), e, como tal, encontram nesta mesma Lei os fundamentos legais a assegurar pretensão como a do ora requerente, citando o artigo 56, que prevê a concessão de aposentadoria compulsória a essa categoria de agentes públicos, por limite de idade ou invalidez.

De forma que, previsto o direito no Estatuto da Magistratura do Estado, que por sua vez remete ao Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, aplicável o Capítulo XIV, que regula a concessão da aposentadoria, nos socorremos do já comentado artigo 424 (pela aplicação analógica defendida no Parecer n.º 4505), que vai nos fornecer, como base de cálculo para a fixação dos proventos, o valor remuneratório atribuído aos escrivães distritais, na razão de 60% dos mesmos, quando a aposentadoria for invalidez nos casos em que são assegurados proventos integrais.

Reconduzido por ato do Senhor Governador do Estado, datado de junho de 1982, por um período de mais de três anos, o peticionário encontrava-se, efetivamente no exercício das funções de Juiz de Paz quando considerado inválido para o serviço público em geral, através de laudo expedido pelo Departamento de Perícia Médica, a 3 de janeiro do corrente ano, em razão de retinopatia diabética (Cid: 362.0), portador de cegueira em um olho e visão subnormal em outro (Cid: 369.1).

A Lei n.º 7.616, de 5 de janeiro de 1982, especificando as doenças de que trata o artigo 102, item I, letra "b", da Constituição da República, ao assegurar proventos integrais, prevê, especificamente, a cegueira.

Pelo que, é de se lhe deferir a aposentadoria com base na lei estatutária geral (artigo 177, IV, da Lei n.º 1.751/52), com proventos integrais (artigos 1.º e 102, I, "b", da Constituição Federal e artigo 1.º da Lei n.º 7.616/82), calculados na razão de 60% dos vencimentos dos escrivães distritais (artigo 424 da Lei n.º 3.119/57).

É, salvo melhor juízo, o parecer.

Porto Alegre, 10 de outubro de 1984.

Porto Alegre, 11 de outubro de 1984

SENHOR GOVERNADOR:

Versa o expediente sobre pedido de aposentadoria formulado por W.L., Juiz de Paz da Comarca de Jaguari, em decorrência de invalidez atestada pelo Departamento de Perícia Médica do Estado.

Examinados os elementos trazidos à colação, manifestaram-se pelo deferimento da pretensão os setores competentes do Tribunal de Justiça sendo o processo encaminhado à Secretaria da Justiça onde, acolhida a solicitação, elaborou-se minuta do ato inativatório, com fundamento nos artigos 103, I, 104, letra b, da Constituição Estadual de 1970 e, nos termos do artigo 424 da Lei n.º 3.119/57, combinado com a Lei n.º 7.856/83.

Entendeu-se, todavia, na Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos que, antes de ser submetido o expediente à deliberação de Vossa Excelência, fosse submetida a matéria a esta Casa para exame e parecer.

Em atenção à solicitação daquele Órgão, analisaram-se os aspectos legais pertinentes, fazendo-se estudo comparativo dos textos legais que, versando sobre a matéria, se sucederam.

Manifestou-se então, no parecer anexo, entendimento no sentido de que, tendo o vigente Estatuto da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul — Lei n.º 6.929/75 — apenas acenado com a possibilidade de inativação por limite de idade e invalidez, aplicam-se aos magistrados e outros juizes as normas da Lei n.º 1.751/52 e legislação complementar, "no que couber e não estiver regulado" como determina o artigo 154 daquela Lei.

Ora, não contemplando a Lei Orgânica da Magistratura Nacional — LOMAN — qualquer disposição relativa à aposentadoria dos juizes temporários, deixando sua regulamentação à lei ordinária (artigo 74, parágrafo único) e tendo o Código de Organização Judiciária, posterior a sua edição — Lei n.º 7.356/80 — silenciado quanto à inativação dos juizes de paz, correto o entendimento manifestado.

Destarte, como salientado no pronunciamento desta Casa, matéria idêntica foi objeto de exame em o Parecer n.º 4664 que conclui estarem os juizes de paz amparados, no que se refere à aposentadoria por limite de idade e invalidez, pelas disposições da Lei n.º 6.929/75, eis que, considerados juizes temporários, são destinatários da norma que se contém no artigo 56 dessa Lei, que prevê a aposentadoria compulsória a essa categoria de agentes públicos.

Assim sendo, previsto o direito no Estatuto da Magistratura do Estado, aplicável aos juizes de paz as normas da Lei n.º 1.751/52 que regulam a concessão da aposentadoria aos funcionários públicos, devem ser fixados os proventos a que faz jus o requerente.

Nesse sentido, embora controversa a vigência ou não do artigo 424 da Lei n.º 3.119/57 — que previu expressamente a aposentadoria dos juizes de paz com proventos fixados em 60% dos vencimentos conferidos aos escrivães distritais — face à declarada inconstitucionalidade do artigo 461, da Lei n.º 5.256/66, cristalizou-se, nesta Casa a orientação de que o supracitado dispositivo não foi revogado (Parecer n.º 4505), devendo ser aplicado aos juizes de paz, nas hipóteses em que a aposentadoria por invalidez são assegurados proventos integrais (art. 102, I, letra b, da Constituição Federal vigente, combinado com a Lei n.º 7.616/82).

Face ao exposto, concordo com as conclusões do anexo parecer, no sentido do deferimento do pedido de aposentadoria nos termos da Lei Estatutária vigente, fazendo jus o requerente a proventos integrais calculados na razão de 60% dos vencimentos dos escrivães distritais, a teor do que dispõe o artigo 424 da Lei n.º 3.119/57, aplicado analogicamente.

Ao submeter à deliberação de Vossa Excelência essas conclusões, reitero-lhe a segurança de minha estima e distinguida consideração.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

## PERÍODO PRÉ E PÓS-ELEITORAL

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

PARECER Nº 6276

LEI (FEDERAL) Nº 7.332, de 1º de julho de 1985.  
Eleições de 15 de novembro de 1985.  
Aspectos relativos a pessoal no período pré e pós-eleitoral: 1º de julho de 1985 a 1º de janeiro de 1986.

Com a recente edição da Lei (federal) nº 7.332, de 1º de julho de 1985, o Senhor SECRETÁRIO DE ESTADO EXTRAORDINÁRIO PARA ASSUNTOS DA CASA CIVIL formula consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado, buscando orientação a ser dada à Administração Estadual, quanto à interpretação do artigo 16, especialmente no tocante às seguintes situações:

- 1) *exoneração, a pedido, demissão decorrente de inquérito administrativo, decisão judicial, inclusive de cargos em comissão;*
- 2) *designação e dispensa de FG e AS;*
- 3) *atribuição e cessação de gratificações e equivalentes, inclusive para AS;*
- 4) *admissão de estagiários nos termos da Lei federal nº 6.494/77, regulamentada pelo Decreto federal nº 87.497/82;*
- 5) *promoções;*
- 6) *nomeações, inclusive para cargos em comissão;*
- 7) *designação de servidores e de não-servidores para integrarem Conselhos, Junta, Comissões Especiais, tais como Conselho de Cultura, Comissões recentemente criadas por lei (p.ex. Lei nº 8.012/85), Junta Administrativa de Recursos e Infrações (DAER E DETRAN), Conselhos Fiscais, etc., levantando-se, também em consideração as decorrentes de término de mandato previamente estabelecido em lei."*

A matéria é remetida a esta Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal para pronunciamento, com nota de urgência.

É o relatório.

1. Inicialmente merece trazer à consideração que o legislador federal vem, sistematicamente, adotando orientação no sentido de, em período pré-eleitoral e pós-eleitoral, impor a todas ou a algumas órbitas administrativas restrições à admissão de pessoal, com vistas a impedir antiga praxe conhecida como "testamento", quando os quadros funcionais eram preenchidos de afogadilho, sem atendimento a critérios de conveniência e de moralidade.

Entre outros diplomas, a Lei (federal) nº 6.091, de 15 de agosto de 1974 (artigo 13), a Lei (federal) nº 6.534, de 26 de maio de 1976 (artigo 12) impossibilitava novas contratações antes do pleito de 15 de novembro; a Lei (federal) nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982 (artigo 9º) impôs as mesmas vedações no período compreendido entre os noventa dias anteriores à data das eleições de 15 de novembro e o término do mandato do Governador do Estado.

2. A atual Lei (federal) nº 7.332, de 1º de julho de 1985, persegue igual escopo e, com certos matizes, observa os princípios gerais de suas antecessoras, notadamente quando prescreve no texto de seu artigo 16:

"Art. 16 — Ficam vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem

nenhum direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre 15 de julho de 1985 a 1º de janeiro de 1986, importarem em nomear, contratar, exonerar ou transferir, designar, readaptar servidor público, regido por Estatuto ou pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, ou proceder a quaisquer outras formas de provimento na Administração Direta e nas autarquias, nas sociedades de economia mista, e empresas públicas dos Estados e Municípios.

§ 1º — Excluem-se do disposto neste artigo:

I — nomeação de aprovados em concurso público homologado até 15 de agosto de 1985;

II — nomeação para cargos em comissão e da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas."

3. Um dos aspectos inovadores da legislação epígrafada, em relação ao sistema de suas precedentes, diz respeito à obstaculização de "exoneração" de servidor, englobando a categoria dos estatutários, bem assim a dos celetistas, conquanto, em relação à última, o termo utilizado não tenha a merecida adequação técnica.

Daí a procedente dúvida exposta na consulta — item 1).

Parece-me evidente que a vedação legal, quanto a tal aspecto, deve ser visualizada dentro do contexto específico de cada caso.

4. Assim, a "exoneração" a pedido, tanto do titular de cargo de provimento efetivo, quanto do de cargo em comissão, bem assim a dispensa a pedido do servidor regido pelo Direito do Trabalho, constituem o exercício de direito subjetivo próprio do funcionário ou do empregado.

Sendo, pois, "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão", nos termos do § 23 do artigo 153 da Constituição da República, na redação vigente, não poderia o legislador ordinário, e nem a tanto o texto legal examinado se propõe, impedir o exercício do direito de desligar-se da função pública, a qualquer tempo, mesmo que no período pré e pós-eleitoral ora demarcado.

5. Indaga-se, ainda no item 1), sobre a possibilidade de "demissão decorrente de inquérito administrativo ou de decisão judicial".

6. Tal questionamento necessita, por igual, interpretação consonante com as disposições constitucionais e legais regentes da matéria.

7. Com efeito, o artigo 105, item II, da Constituição da República, prevê que a demissão somente será aplicada ao funcionário estável, em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. Destarte, a aplicação da pena expulsiva para o funcionário público provém do reconhecimento administrativo ou judicial do cometimento de falta funcional ou de ilícito penal de gravidade que impeça a sua permanência no serviço público.

Não pode, pois, a legislação ordinária, como é o caso do artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332, afrontar a Carta Maior criando uma alternativa de permanência no serviço, com o descumprimento de decisão administrativa ou judicial resultante de processo regular, para resguardar a relação jurídica até 1º de janeiro de 1986.

8. No que concerne ao pessoal contratado sob o vínculo justralhista, necessária se faz a distinção entre a situação do estável (decenal) e a do optante pelo sistema de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, bem como a do servidor que, embora não optante, ainda não atingiu o decênio para a aquisição da garantia da estabilidade.

9. O estável (decenal), analogamente ao funcionário estável, está protegido por norma inserta no artigo 165, item XIII, da Carta Política Federal, e somente poderá ser desligado do emprego "por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas" em inquérito judicial, a teor dos artigos 492 e 494 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em conseqüência, tendo havido processo regular e judicial para apuração da falta grave imputada ao empregado estável, a sentença que determinar a medida expulsiva deve ser cumprida no período pré e pós-eleitoral aqui tratado.

10. Relativamente à situação do optante do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, bem assim do servidor não-detentor do decênio da estabilidade, tanto quanto a

do ocupante de AS na modalidade prevista no § 4º do artigo 49 da Lei RS nº 4.937 por contrato de trabalho, criou a Lei (federal) nº 7.332 uma forma de estabilidade especial e transitória, cujo termo inicial passou a fluir a 1º de julho de 1985 e cujo final se encerrará a 1º de janeiro de 1986. Essa garantia transitória decorre da vedação trazida no aludido Diploma relativamente à edição de atos de "exoneração" (dispensa) de servidor regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Evidentemente, atingido o lapso final demarcado na Lei epígrafada, os contratos retomam as características originais, isto é, desaparece a garantia da estabilidade especial, podendo ser rescindidos, segundo ditarem os princípios de conveniência e oportunidade administrativas.

11. Cumpre ter presente, sempre, porém, que a Lei federal em foco tem o intuito de moralizar, de sorte que, quando utiliza o termo "exoneração", nele compreendida a dispensa, tem por pressuposto lógico a ruptura imotivada do vínculo, a cessação sem justa causa da relação institucional ou laboral privada.

Veda-se, no período eleitoral ora corrente e até 1º de janeiro de 1986, o desfazimento imotivado da relação funcional, ou, ainda, o desfazimento da relação funcional por motivo alheio ao serviço.

12. Quando, no entanto, for constatado que o servidor celetista, não-detentor da garantia da estabilidade ordinária, houver cometido falta grave, antes ou durante a vigência da proibição ora examinada, incumbe à Administração Pública exercer a pretensão punitiva, observando sempre o princípio da imediatidade entre o cometimento da falta e a aplicação da sanção correspondente, pena de ver-se privada de executá-la, posteriormente, reputando-se perdão tácito.

Faz-se ainda necessária, nessa circunstância, uma atuação cuidadosa do administrador público, sopesando as hipóteses dentro de critérios funcionais e cercando-se de cautelas na coleta de provas e manutenção do registro da ocorrência.

Demais disso, presente a caracterização da estabilidade provisória do empregado público, no período de 1º de julho de 1985 a 1º de janeiro de 1986, haverá a indispensabilidade da formalização de inquérito judicial, nos termos do artigo 543, § 3º, combinado com o artigo 494 da Consolidação das Leis do Trabalho.

13. Entretanto, não é demais repetir, nas hipóteses em que estiver caracterizada a falta grave, seja pela apuração em processo administrativo ou judicial, para o estatutário, ou em processo judicial, tanto para o celetista que goze da estabilidade ordinária quanto para aquele protegido pela provisória, a averiguação da existência da falta funcional e o exercício da pretensão punitiva são dever e direito da Administração Pública.

14. Igualmente é dever da Administração Pública, como se adiantou, correlato do direito do servidor, expedir os respectivos atos de exoneração, a pedido, dos ocupantes de cargo de provimento efetivo ou em comissão, assim como os de rescisão contratual de iniciativa do empregado.

15. Cabe ainda acrescentar, quanto aos cargos em comissão, aspectos ligados à dispensa e à nomeação de seus titulares (item 1 combinado com o item 6 da consulta).

16. Ao acolher o princípio da livre acessibilidade aos cargos públicos, a Constituição da República, no § 2º do artigo 97, prescreveu que prescindiria de concurso "a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração".

É insita à natureza dos cargos em comissão, consequentemente, a livre indicação e dispensa de seus titulares, perdurando a situação se e enquanto persiste o elemento fiduciário que liga o designante ao nomeado.

17. Destarte, a exoneração do ocupante de cargo em comissão tampouco está vedada no texto do artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332, uma vez que o livre desligamento do titular está compreendido na criação e concepção constitucional e legal da função de confiança (CC e FG).

A exacerbação do elemento fiduciário é o que determina que certos postos sejam declarados, no ato legislativo de sua criação, como de confiança do administrador, e este princípio tem sede constitucional. Não pode o legislador ordinário, pelo primado da Carta Maior de consequência, alterar a natureza do cargo de confiança, suspendendo, mesmo que por tempo certo, a livre demissibilidade que o distingue dos demais postos públicos.

18. Quanto ao preenchimento dos cargos em comissão, no período pré e pós-eleitoral demarcado no Diploma em tela, segue-se ainda a regra geral do artigo 97, § 2º, da Carta Política da União (livre nomeação), e igualmente o item II do § 1º do indicado artigo 16, que os excluem expressamente da vedação consignada no cabeçalho do preceito.

19. No período de 1º de julho de 1985 a 1º de janeiro de 1986, pois, tem o administrador total liberdade para nomear titulares de cargos em comissão, e para exonerá-los, mesmo que não "a pedido" do ocupante.

20. Outro aspecto ligado ao provimento de cargos em comissão diz respeito à modalidade de investidura, que pode recair em pessoas estranhas ao serviço público ou em pessoas detentoras da condição de funcionário público.

21. Tocantemente ao estranho que ingressa na função de confiança, vem preencher um cargo do quadro dos cargos em comissão e das funções gratificadas do respectivo órgão em que se inserem.

22. Relativamente aos que precedentemente sejam funcionários públicos, a investidura em comissão é plenamente compatível com o estado anterior, mas lhes incumbe optar entre o vencimento da posição efetiva ou o do cargo em comissão, nos termos do artigo 190 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

23. Outrossim, o preenchimento dos cargos em comissão e das funções gratificadas será feito optativamente, considerando o interesse da Administração, a teor do artigo 54 da Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1954, caso em que o funcionário perceberá o vencimento do cargo efetivo e o padrão da função gratificada correspondente.

24. Consequentemente, quer seja nomeado para cargo em comissão, quer seja designado para a função gratificada correspondente, o ocupante de cargo efetivo, nessa situação, é detentor de função de confiança para a qual pode ser nomeado (ou designado) a qualquer tempo, e da qual pode ser despojado ao nuto do administrador, inclusivamente dentro do indicado período eleitoral.

25. Com fulcro ainda no artigo 97, § 2º, da Constituição da República e no artigo 16, § 1º, item II da Lei (federal) nº 7.332, outra situação há que legalmente sob certos aspectos se encontra equiparada a dos cargos em comissão em sentido amplo: trata-se do Assessoramento (AS), como tal regulado no artigo 49, §§ 1º a 3º, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, combinado com o artigo 2º, da Lei nº 7.872, de 26 de dezembro de 1983.

26. Para o exercício de suas atribuições constitucionais, diz o artigo 49 da Lei nº 4.937, o Governador e os Secretários de Estado poderão ser assistidos por especialistas, designados assessores, escolhidos livremente entre os servidores ou pessoas estranhas ao serviço público estadual, percebendo uma retribuição variável, no mínimo correspondente ao padrão da FG-8 e no máximo a seis vezes o valor deste padrão.

27. Prescrevem os parágrafos do preceito citado que, quando a designação recair em funcionário estadual, a remuneração adquirirá a forma de gratificação de natureza especial a ser somada aos vencimentos do cargo de provimento efetivo (§ 3º); se recair em pessoa estranha ao serviço público adquirirá a forma de contrato (§ 4º), considerando-se tal situação submetida aos preceitos do Direito do Trabalho e a respectiva contraprestação, como salário, segundo orientação dominante na jurisprudência administrativa do Estado.

28. Como se depreende, quando o designado para as funções de assessoramento (AS) for funcionário estadual, considera-se que o mesmo foi guindado a um posto de confiança da autoridade administrativa, razão pela qual perceberá uma gratificação que se acresce aos seus vencimentos.

29. Tanto a designação do *funcionário*, quanto a sua dispensa do AS, obedece aos mesmos critérios e princípios consagrados para a designação e dispensa da função gratificada; a remuneração, por igual, tem a modalidade de gratificação pelo exercício de função de confiança, eis que a ela se equipara, sem restrições, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.872 (incorporação de gratificação aos vencimentos em atividade), no curso de idênticos pressupostos.

Assim, pelas características de que hoje legalmente se reveste, a designação do funcionário efetivo para AS inquestionavelmente se encontra resguardada no item II do § 1º da Lei (federal) nº 7.332, podendo ser concedida ou retirada do nuto do administrador, ainda que no período pré e pós-eleitoral, quando houver o fator confiança ou quando dele puder.

30. No tangente, entretanto, a pessoa estranha aos quadros do serviço público estadual, como se disse, a lei reputa tal situação contratual e a jurisprudência estadual lhe confere matiz juslaboralista.

Nesta hipótese particular, portanto, a situação recai sob a proibição genérica inserida no cabeçalho do artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332, quando veda e considera nulos de pleno direito atos que importem em contratar servidor público para a Administração do Estado.

31. Logo, no período de 1º de julho de 1985 a 1º de janeiro de 1986, está o dirigente impedido de contratar, sob a modalidade de AS (artigo 49, § 4º, da Lei RS nº 4.937,) pessoa estranha aos quadros do serviço público estadual (item 2, parte final da consulta).

32. No mesmo sentido, aliás, já concluíra o Parecer nº 5115/82, firmado pelo Procurador do Estado Doutora ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS.

33. Quanto ao item 4) da consulta, que se refere à admissão de estagiários, vale ponderar que tal questionamento foi igualmente enfrentado no Parecer nº 5115/82, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS, entendendo-se possível a sua realização, no período de vedação eleitoral, por não se constituir relação de emprego, segundo fundamentos assim expostos:

*"Ao tratar dos estagiários, o aludido trabalho conclui pela possibilidade de sua aceitação durante o período eleitoral por não haver, no caso, celebração de contrato. Também sou da mesma opinião, pois a Lei nº 6.494/77 é expressa quando, no seu artigo 4º, estabelece que 'o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza'. De acordo com a legislação que lhe é aplicável, tem o estágio aspecto meramente profissionalizante, direto e específico, podendo assumir a forma de atividades de extensão, mediante a participação do estudante em empreendimentos ou projetos de interesse social. Realiza-se mediante simples termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte concedente, com interveniência obrigatória da instituição de ensino, tendo por finalidade precípua possibilitar a formação e o aperfeiçoamento técnico-profissional do aluno, não estando vedada a percepção, por este, de bolsa, ou outra forma de contraprestação, que venha a ser acordada, podendo, assim, ser celebrados, no Estado, contratos onerosos entre uma Secretaria e a Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos, destinados à concessão de bolsas de aprendizagem. Existe contrato de trabalho somente quando descaracterizado o estágio, pela inobservância das disposições legais que lhe são pertinentes (vide Parecer PGE nº 4960). Neste caso, se celebrado durante o período eleitoral, será nulo de pleno direito, não gerando obrigações de qualquer espécie para a pessoa jurídica interessada, nem nenhum direito para o beneficiário."*

34. Respeitantemente ao item 3) da consulta, que versa sobre a atribuição e cessação de gratificações equivalentes, inclusive ao valor do AS, fazem-se necessários certos esclarecimentos.

A teor do artigo 5º da Lei nº 6.417, de 22 de setembro de 1972, passaram a ser aplicáveis a todos os servidores em exercício no Gabinete do Governador o disposto na parte primeira do parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 2.331, de 16 de janeiro de 1954, quer dizer, tais servidores tornaram-se possíveis destinatários da gratificação inominada de padrão arbitrado pelo titular do Poder Executivo, mediante ato individual.

Tal modalidade de retribuição tem, como se depreende da leitura dos textos que a preveem, a natureza de gratificação pela prestação de tarefas específicas a servidores em exercício no Gabinete do Governador.

Pressupõe, obviamente, que o seu destinatário seja, precedentemente, detentor da condição jurídica de servidor, posto que legalmente tem a natureza jurídica de um acréscimo estipendiário pelo desempenho de um serviço especial no Gabinete do Governador.

Saliente-se que a condição jurídica de ser o seu possível destinatário servidor público é obrigatória, eis que se trata de gratificação e, portanto, revestida de caráter acessório e transitório, subsistindo se e enquanto mantida a situação objetiva e subjetiva em que se embasa.

Não se entendesse assim, aliás, como mera gratificação, e não fosse o seu beneficiário detentor da condição jurídica de servidor, estar-se-ia, não apenas violando a legislação que a regula, senão também mascarando uma relação contratual em frontal colisão com o preceito contido no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Esclarecidos os seus pressupostos, tem-se que a gratificação equivalente ou inominada, quer tenha por parâmetro os padrões dos cargos em comissão, funções gratificadas ou de assessoramento, pode ser concedida a qualquer tempo pelo Chefe do Poder Executivo, mesmo no período pré e pós-eleitoral de que se cogita, eis que não vedada no artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332.

35. Relativamente ao item 6), parte inicial, da consulta em tela (nomeações), o artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332, somente a admite em casos excepcionais, devidamente arrolados nos itens I e II de seu § 1º.

Destarte, no período pré-eleitoral e até 1º de janeiro de 1986, somente estão permitidas as nomeações decorrentes da aprovação em concurso público homologado até 15 de agosto de 1985. Face ao sentido técnico da expressão grifada, evidentemente nela não se incluem as provas de habilitação ou outras modalidades de seleção interna de categorias.

Admite ainda a citada legislação a nomeação para cargos da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, estritamente, devendo os respectivos atos ser publicados no Diário Oficial do Estado, com a respectiva fundamentação (§ 2º).

36. Perquire-se, ademais, sobre a possibilidade da designação de servidores ou não-servidores públicos, para conselhos e comissões em geral (item 7).

Cumpr, primeiramente, ter presente que a designação de servidores ou de pessoas estranhas ao serviço público para integrar conselhos, comissões e assemelhados, não configura relação de emprego, assim como a eventual retribuição é feita usualmente sob a modalidade de "jeton" de presença, passível de percepção no lapso de duração do mandato.

Aliás, não fora dessa maneira, já se veriam os servidores públicos apanhados pela regra constitucional da inacumulabilidade de cargos e funções públicas (artigo 99 da Carta Política Federal).

Exemplificativamente, no Conselho Estadual de Trânsito (CETRA-RS) os membros são nomeados pelo Governador do Estado, com mandato de dois anos, dentre especialistas em trânsito, percebendo "jeton" por sessão a que comparecerem (Decreto RS nº 19.906, de 7 de outubro de 1969); nas Juntas Administrativas de Recursos de Infrações (JARI-DETRAN), os membros são nomeados pelo Governador do Estado, dentre pessoas com conhecimentos de trânsito, percebendo gratificação por sessão a que comparecerem (Decreto nº 22.318, de 30 de dezembro de 1972); as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações (JARI-DAER-RS) compõem-se de especialistas em assuntos de trânsito, nomeados pelo Governador, percebendo gratificação por sessão a que comparecerem (Decreto nº 25.360, de 4 de março de 1977).

Ainda exemplificativamente, os membros dos órgãos de deliberação coletiva, isto é, órgãos que integram a estrutura básica de Secretaria de Estado, do Gabinete do Governador, autarquia ou fundação estabelecida ou aprovada por lei ou decreto, percebem uma gratificação por sessão a que comparecerem, de acordo com a respectiva classificação em 1º, 2º ou 3º grau, como ocorre com os componentes do Conselho Estadual de Educação, Estadual de Cultura, Penitenciário, Superior de Polícia, Estadual de Trânsito e Regional de Desportos, entre tantos outros (Lei RS nº 7.369, de 18 de abril de 1980 Lei RS nº 7.454, de 17 de dezembro de 1980 e Lei RS nº 7.723, de 9 de dezembro de 1982).

37. Não há, importante repisar, nestes casos, relação de emprego ou pagamento de salários, mas mera gratificação ou "jeton" por comparecimento às sessões dos órgãos colegiados de deliberação.

38. Assim sendo, os mandatos porventura expirados no período eleitoral podem ser renovados, bem como designados ou reconduzidos os seus integrantes por serem as funções tais, em sentido amplo, de confiança da autoridade designante, embora inconfundíveis com os cargos em comissão, funções gratificadas ou de assessoramento (CC, FG, AS).

39. Concernentemente, aos "Conselhos Fiscais" referidos no item 7) da consulta, anote-se que têm a sua composição e remuneração estabelecidas na Lei (federal) nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (artigos 161 a 165), não sendo os seus componentes, à evidência, agentes públicos.

Em decorrência, os Conselheiros Fiscais das sociedades de economia mista, por força da Lei federal citada, não estão abrangidos na vedação do artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332.

40. No mesmo item da formulação indaga-se quanto à comissão recentemente criada pela Lei RS nº 8.012, de 8 de julho de 1985.

A predita Lei autorizou o Poder Executivo a constituir uma sociedade anônima de economia mista, sob a denominação de Companhia de Promoções do Estado do Rio Grande do Sul (PROMOSUL) e, em seu artigo 12, prescreveu a nomeação de uma "Comissão, composta de cinco (05) incorporadores" destinada "a promover e ultimar todas as providências necessárias à constituição da PROMOSUL, em noventa (90) dias, a contar da data da publicação do ato de nomeação de seus membros".

Verifica-se, desde logo, que a Comissão de Incorporação ali tratada não participa da natureza dos órgãos de deliberação coletiva, eis que certamente não integra a estrutura básica de Secretaria de Estado, Gabinete do Governador, autarquia ou fundação.

Desta maneira, os seus integrantes não podem perceber gratificação ou "jeton" de presença assegurado aos partícipes daqueles órgãos.

Tampouco consta do texto legal autorização para que a acenada Comissão perceba, pela tarefa a executar, qualquer modalidade de remuneração.

41. Despiciente salientar que os integrantes da Comissão não manterão, pelo fato de nela participarem, relação de emprego com o Estado do Rio Grande do Sul, e, menos, com a ainda não constituída PROMOSUL.

Logo, e em princípio, a designação de seus membros não colide com a proibição trazida no texto do artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332, podendo os respectivos atos de designação ser alterados na vigência do aludido preceito (vez que foram baixados antes da vedação eleitoral).

Vale ponderar, porém, que, se de um lado forem designados funcionários públicos para o cumprimento da tarefa, não poderão os mesmos perceber qualquer vantagem pecuniária pela sua execução, à falta de previsão no artigo 67 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, ou em norma que o complementa; se, de outra parte, forem designados servidores estaduais contratados ou pessoas estranhas ao serviço público, tampouco poderão obter compensação pecuniária, à falta de norma legal que autorize a realização da despesa.

É pertinente, outrossim, deixar consignado que a Comissão de Incorporação não é beneficiária do artigo 9º da Lei RS nº 8.012, no que este dispositivo admite a cessão de servidores da Administração Direta e Indireta do Estado enquanto não forem organizados os serviços e o respectivo quadro de pessoal da PROMOSUL, eis que a mesma *precede a constituição da Companhia*.

42. Indaga-se, demais disso, no item 5) da formulação, sobre a viabilidade de se efetuem "promoções" no indicado período de vedação eleitoral.

O aludido questionamento reveste-se de singeleza apenas aparente, eis que dá margem a outras indagações.

43. Efetivamente, como apontado no início deste trabalho, todas as leis federais aplicáveis aos administradores das esferas políticas, como as de nº 6.091/74 (artigo 13), nº 6.534/78 (artigo 12), 6.978/82 (artigo 9º) e a atual nº 7.332/85 (artigo 16) — dirigida aos Estados e Municípios, tiveram, na sua edição, o intuito de moralizar os períodos de mobilização eleitoral e da passagem dos elevados postos da Administração a novos condutores políticos, refrendo liberalidades e exagêros, como o inchaço dos quadros funcionais. No presente Diploma, entre outras peculiaridades, cuidou-se de estender medidas tendentes a impedir a coação de servidores públicos, vedando a sua exoneração ou dispensa, quando não solicitada ou imotivada.

44. Outrossim, seguindo a trilha das antecedentes, a Lei (federal) nº 7.332, na parte final da cabeça do artigo 16, vada "quaisquer outras formas de provimento", dando a indicação de que a enumeração anterior — nomear, contrafar — é meramente enunciativa, abrangendo, consequentemente, outras modalidades de ingresso no serviço público, mesmo que sob designação diversa daquelas nominadas na lei.

45. No que condiz, especificamente com as promoções, silenciou o dispositivo, deixando ao intérprete a tarefa de identificar o alcance do preceito quanto a tal aspecto.

Compulsando o texto do artigo 10 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, lê-se que, dentre outras formas, os cargos públicos serão *providos* mediante promoção.

"Chama-se *promoção*", ensina CRETELLA JUNIOR, "o provimento pelo acesso regular do funcionário a lugar de categoria superior do quadro a que já pertence" ("*Dicionário de Direito Administrativo*", Forense, 1978, p.422).

Destarte, numa exegese restritiva, pode-se afirmar que, implicando o preenchimento de cargo público, mesmo por pessoas já detentoras de efetividade e de um posto alocado em carreira peculiar, as promoções estariam englobadas na proibição genérica constante do cabeçalho do artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332.

46. Entretanto o questionado artigo 16 está voltado para adscrever a atuação do administrador público dentro de parâmetros legais, não participando da intenção do legislador, quando de sua edição, tolher legítima expectativa do funcionário.

Ademais, quando se perquire sobre as modalidades de provimento, verifica-se que podem ser exógenas, isto é, o ingresso de pessoas estranhas aos quadros funcionais, ou endógenas, ou seja, derivadas de uma situação anterior de quem já está integrado na função pública.

Na hipótese em tela, parte-se do pressuposto de que a promoção é modalidade derivada ou endógena de provimento de cargo, a cujo acesso somente estão habilitados os detentores de posto de provimento efetivo, organizado em carreira, cumprindo refletir se a ascensão funcional, no caso, encontraria resistência na vedação da Lei (federal) nº 7.332.

Parece-me que, quando se trata de cargos organizados em carreira, cuja escalada ascensionai dá-se única e exclusivamente pela alteração do padrão remuneratório, referenciado a letras — "A, B, C" (v.g. o Quadro de Carreira do Magistério, conforme artigo 5º da Lei RS nº 6.672, de 22 de abril de 1974, o Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado, conforme artigos 2º e 28 da Lei RS nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980) ou *seriação*, "1º, 2º, 3º" (Delegado de Polícia), sem modificação do conteúdo ocupacional (atribuições ou competência), sem alterações hierárquicas ou de denominação da posição funcional, a assim dita "promoção derivada" não está obstaculizada pela Lei (federal) nº 7.332.

A distinção ora proposta, aliás, não destoa da orientação, por exemplo, adotada no artigo 28 da Lei RS nº 7.357 ("*Reclassificação*"), quando define a promoção como "ato pelo qual o funcionário detentor de cargo de provimento efetivo ascende à classe imediatamente superior da categoria funcional a que pertence".

Tampouco tal distinção é estranha à doutrina, pois, como refere CRETELLA JUNIOR, na obra citada, p.422, "os autores franceses e italianos estabelecem dois tipos distintos de promoção: a promoção de grau e a promoção de classe. A promoção de grau ou promoção hierárquica é a passagem a cargo superior e, portanto, com melhoria de estípeúdo. Promoção de classe é apenas melhoria de estípeúdo, conservando-se o funcionário no mesmo cargo".

A diferença apontada pelo administrativista nacional, com efeito, é encontrada na doutrina de MARCEL WALINE, quando distingue "*l'avancement de grade*" que confere "àquele que é beneficiado, além de uma melhora na situação financeira, um novo título e poderes (tanto quanto responsabilidades) mais extensos" do mero "*l'avancement d'échelon*", que "não confere ao funcionário nenhum título novo, nenhuma nova prerrogativa: somente sua situação material se vê melhorada" ("*Précis de Droit Administratif*", Éditions Montchrestien, 1970, v.II, p.90). A mesma noção é exposta na doutrina de ANDRÉ DE LAUBADÈRE ("*Traité de Droit Administratif*", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, v.II, p.66).

Destarte, se uma modalidade de promoção for caracterizada como de "classe", cujo único reflexo funcional é o aumento dos estípeúdos, conservando-se o funcionário em cargo idêntico, embora em outra "classe", rigorosamente não se poderá argumentar com o obstáculo colocado no artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332, no que condiz com as formas de provimento, eis que o mesmo preceito não coloca qualquer empecilho a melhoria remuneratória, admitindo a concessão de gratificações (CC, FG, AS, "equivalência", "jeton"), inclusive aquelas passíveis de incorporação permanente aos vencimentos do funcionário, como nas alternativas da Lei RS nº 7.872/83.

Entretanto, se no exame de situações particulares, determinada modalidade de promoção ficar caracterizada como de "hierarquia", com a passagem a cargo superior, de diferente conteúdo ocupacional (atribuições ou competência), ou hierárquico e diferente denominação, mesmo que o provimento se faça dentre pessoas já detentoras de cargo efetivo, e, obviamente, não estranhas aos quadros do serviço público, estará sem dúvida caracterizado o novo provimento ou provimento de novo posto, o que nitidamente está vedado no artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332.

Não sendo, pois, manifesta a intenção do legislador federal de vedar no período eleitoral a ascensão funcional regular na carreira, como nas hipóteses de promoção de "classe", a interpretação restritiva da vedação contida no preceito parece ser a mais recomendável.

47. Cabe mencionar, demais disso, à guisa de complementação, reproduzindo os argumentos arrolados no Parecer nº 5021/82, subscrito pelo Procurador do Estado JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, que "constitui tradição legislativa a exclusão das fundações do rol das pessoas jurídicas impossibilitadas de admitir ou movimentar seus servidores no período nas sinaldas, desde que se cogitem de entidades de direito privado, criadas na forma prevista no Código Civil".

E ainda:

"... tal como se verifica com as hipóteses permissivas de acumulação, em que a vedação se estende às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (artigo 99, § 2º, da Constituição Federal), quis também o legislador ordinário não contemplar as fundações de direito privado na incidência das normas da legislação federal antes reproduzidas".

À vista de tal orientação, pacífica nesta Procuradoria-Geral do Estado, opino que também a presente Lei (federal) nº 7.332 não impede a admissão de pessoal nas fundações instituídas pelo Estado e reguladas pelo sistema do Direito Privado.

48. EM CONCLUSÃO, pelos motivos antes aduzidos, respondo à consulta, sinteticamente, no sentido de que:

"1) exoneração a pedido, demissão decorrente de inquérito administrativo, decisão judicial, inclusive cargos em comissão", podem ser realizadas no período de vedação eleitoral;

"2) designação e dispensa de FG e AS" podem ser realizadas no período de vedação eleitoral, salvo se o AS estiver anteriormente revestido da modalidade de contrato de trabalho (artigo 49, § 4º, da Lei RS nº 4.937);

"3) atribuição e cessação de gratificações equivalentes, inclusive para AS", podem ser realizadas no período de vedação eleitoral, desde que para os já detentores da condição jurídica de servidor público;

"4) admissão de estagiários nos termos da Lei (federal) nº 6.494/77, regulamentada pelo Decreto federal nº 87.497/82" pode ser realizada no período eleitoral, observadas as cautelas para que se não configure relação empregatícia;

"5) promoções" não estão vedadas no artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332, desde que caracterizadas como de "classe", sem alterações na denominação, conteúdo, atribuições e competências do cargo;

"6) nomeações, inclusive para cargos em comissão": somente poderão realizar-se, no período de vedação eleitoral, se forem para cargos em comissão, ou em virtude de aprovação em concurso público homologado até 15 de agosto de 1985, ou para cargos de Magistratura, Ministério Público ou Tribunal de Contas;

"7) designação de servidores e não-servidores para integrar conselhos, juntas, comissões especiais, conselhos fiscais" pode ser realizada no período de vedação eleitoral, por não constituir relação empregatícia.

49. E, finalmente: as fundações de Direito Privado instituídas pelo Estado não estão incluídas na proibição constante do artigo 16 da Lei (federal) nº 7.332.

Nesse sentido é o parecer.

PORTO ALEGRE, 31 de julho de 1985.

SENHOR GOVERNADOR:

A matéria objeto de consulta encaminhada pelo Senhor Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil versa acerca de orientação a ser cumprida pela Administração Estadual, relativamente à exegese do artigo 16 da recente Lei federal nº 7.332, de 1º de julho de 1985, que trata de aspectos relativos a pessoal no período pré e pós-eleitoral.

Cabe observar, preliminarmente, que, na matéria, vem o legislador federal, sistematicamente, adotando orientação no sentido de, em período pré-eleitoral e pós-eleitoral, impor às órbitas administrativas estadual e municipal, restrições à admissão de pessoal, com vistas a impedir que seus quadros funcionais sejam preenchidos de afogadinho, por pressões de índole eminentemente político-eleitoral, sem atendimento aos adequados critérios de conveniência e de moralidade administrativa.

A atual Lei nº 7.332/85 persegue igual escopo e, com certos matizes, observa os princípios gerais de preceitos normativos antecessores.

Todavia, um dos aspectos inovadores da legislação epigrafada, em relação ao sistema de suas precedentes, diz respeito à obstaculização de "exoneração" de servidor, englobando a categoria dos estatutários, e bem assim, a dos celetistas, conquanto, em relação à última, o termo utilizado não tenha a merecida adequação técnica.

Neste aspecto, cabe considerar, à vista das minudentes considerações aduzidas no anexo Parecer nº 6276 que, tratando-se de exoneração a pedido, demissão decorrente de inquérito administrativo, ou decisão judicial, inclusive cargos em comissão, nada obsta sua implementação no período de vedação eleitoral.

Esta conclusão mereceu, aliás, aprovação por maioria no Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, sendo, naquela oportunidade, objeto de votação específica.

De igual modo, aprovou o colegiado, por maioria, o que preconiza o pronunciamento respeitadamente à realização de designação e dispensa de FG e AS, no citado período, salvo se o AS estiver anteriormente revestido da modalidade de contrato de trabalho (artigo 49, § 4º, da Lei RS nº 4.937/65).

As demais conclusões obtidas e que, cabe referir, mereceram acolhimento no Conselho Superior em 24 de julho próximo passado, dizem respeito:

a) a atribuição e a cessação de gratificações equivalentes, inclusive para AS, podem ser realizadas no período de vedação eleitoral, desde que para os já detentores da condição jurídica de servidor público;

b) a admissão de estagiários nos termos da Lei nº 6.494/77, regulamentada pelo Decreto federal nº 87.497/82 pode ser realizada no período eleitoral, observadas as cautelas para que se não configure relação empregatícia;

c) não veda, também, o citado artigo 16 da Lei nº 7.332/85, as promoções, desde que caracterizadas como de "classe", sem alterações na denominação, conteúdo, atribuições e competências do cargo;

d) as nomeações, inclusive para cargos em comissão, somente poderão realizar-se, no citado período, se forem para cargos em comissão, ou em virtude de aprovação em concurso público homologado até 15 de agosto de 1985, ou para cargos de Magistratura, Ministério Público ou Tribunal de Contas;

e) a designação de servidores e não-servidores para integrar conselhos, juntas, comissões especiais e conselhos fiscais, pode ser realizada no período de vedação eleitoral, por não constituir relação empregatícia.

Cabe, por fim, assinalar que, em sessão do dia 31 de julho próximo passado, acolheu ainda o Conselho Superior desta Casa conclusão relativa às fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, as quais restam isentas do obediência às restrições ali apostas vez que a lei federal — cuja exegese, por sua excepcionalidade, deve ser restrita — não as refere.

Com essas considerações, submeto este parecer à superior consideração de Vossa Excelência, ao tempo em que lhe manifesto expressões de consideração e apreço.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

Processo nº 03528-10.00/85-PGE

Acolho, nos termos do Of. nº 721/85, o Parecer nº 6276, da Procuradoria-Geral do Estado, aprovado pelo Conselho Superior daquele órgão em 24 de julho de 1985, que, efetuando a exegese da Lei federal nº 7.332, de 1º de julho de 1985, notadamente nos aspectos relativos a pessoal no período pré e pós-eleitoral, conclui:

a) "exoneração a pedido, demissão decorrente de inquérito administrativo, decisão judicial, inclusive cargos em comissão", podem ser realizadas no período de vedação eleitoral;

2) "designação e dispensa de FG e AS" podem ser realizadas no período de vedação eleitoral, salvo se o AS estiver anteriormente revestido da modalidade de contrato de trabalho (artigo 49, § 4º, da Lei RS nº 4.937);

3) "atribuição e cessação de gratificações equivalentes, inclusive para AS", podem ser realizadas no período de vedação eleitoral, desde que para os já detentores de condição jurídica de servidor público;

4) "admissão de estagiários nos termos da Lei (federal) nº 6.494/77, regulamentada pelo Decreto federal nº 87.497/82" pode ser realizada no período eleitoral, observadas as cautelas para que se não configure relação empregatícia;

5) "promoções" não estão vedadas no artigo 16 da referida Lei, desde que caracterizadas como de "classe", sem alterações na denominação, conteúdo, atribuições e competências do cargo;

6) "nomeações, inclusive para cargos em comissão", somente poderão realizar-se, no período de vedação eleitoral, se forem provimento de cargos em comissão, ou em virtude de aprovação em concurso público homologado até 15 de agosto de 1985, ou para cargos de Magistratura, Ministério Público ou Tribunal de Contas;

7) "designação de servidores e não-servidores para integrar conselhos, juntas, comissões especiais, conselhos fiscais", pode ser realizada no período de vedação eleitoral, por não constituir relação empregatícia.

Àquele Órgão, para as anotações de estilo e, após, à Casa Civil.  
Em 05-8-85.

JAIR SOARES  
GOVERNADOR DO ESTADO

## CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL PARA SINDICATO

EUNICE NEQUETE MACHADO  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6118

CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL PARA SINDICATO.

Não são devidas as contribuições assistenciais estabelecidas em favor do sindicato se contra elas se tenham oposto expressamente os trabalhadores.

O presente expediente tem por objeto reivindicação do SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS GRÁFICAS DE PORTO ALEGRE de recolhimento por parte da CORAG das contribuições assistenciais versadas em dissídio coletivo, contra as quais expressamente se opuseram alguns trabalhadores. Pede ainda a entidade providências quanto aos funcionários aposentados que permanecem em atividade na Companhia e que seja outorgada estabilidade no emprego aos servidores em questão a partir do segundo ano de contrato.

Da Casa Civil do Gabinete do Governador, vem o expediente para exame e parecer relativamente ao recolhimento daquelas contribuições.

É o relatório.

2. Ficará estabelecido pela sentença proferida no dissídio coletivo de 1982 o valor das contribuições assistenciais do sindicato dos trabalhadores e a forma de proceder seu recolhimento:

*"Cláusula 19ª — Deverá ser descontado, para a manutenção de assistência social, de todos os integrantes da categoria profissional, a favor dos cofres do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de Porto Alegre, em sua base territorial, DOIS dias de salário, sendo um do salário do mês de abril de 1982, já devidamente reajustado, com recolhimento até 31 de maio de 1982, e outro do mês de outubro de 1982, com recolhimento até 30 de novembro de 1982."*

A empresa, entretanto, deixou de dar cumprimento a tal pacto, consoante os dados trazidos ao processo e ao que foi apurado junto a ela, relativamente aos empregados que, expressamente e por escrito, opuseram-se ao pagamento da contribuição.

MOZART VICTOR RUSSOMANO, ao comentar o artigo 513, alínea e, da Consolidação das Leis do Trabalho afirma que "a par da contribuição sindical (antigo imposto sindical), que tem caráter genérico e é obrigatório para a totalidade dos trabalhadores, e da mensalidade sindical, paga, apenas, pelos associados do sindicato — surgem essas contribuições "sui generis" e ocasionais, impostas, não pela lei, como no caso da contribuição sindical, mas pela vontade do sindicato, com caráter geral, o que a distingue das mensaisidades". (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, vol. II, José Konfino, Rio, 8ª edição, 1973, p. 855).

Seria, pois, forma de exercício da prerrogativa de o sindicato, a teor do já mencionado artigo 513, alínea e, impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas, que têm gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, tendo sido bastante corrente o entendimento restritivo de que só se poderia referir aos associados.

Todavia, o texto do dispositivo é gramatical e expressamente contrário a tal exegese, dele resultando mais fluentemente que a sobredita contribuição seja paga indistintamente por associados e não associados do sindicato.

No entanto, é aquele mesmo autor que noticia a orientação jurisprudencial que então reconhecia "cada dia mais vitoriosa no Tribunal Superior do Trabalho — consistente em se admitir o desconto, desde que, expressa e previamente, seja autorizado pelos trabalhadores". (ob. cit., p. 856).

Ao que adjuntamos igualmente parecer razoável, *ad argumentandum*, admitir-se a anuência tácita do trabalhador, dada a longa praxe do estabelecimento de tais contribuições em dissídios coletivos que já não o toma de surpresa nem relativamente do seu quantum, nem relativamente à oportunidade de efetivação de seu desconto.

Entretanto, ressalta desde logo que a expressão que está a exigir mais acurada interpretação no texto legal em tela é a de "impor contribuições", a qual não nos parece integrar-se de forma harmoniosa com nosso ordenamento jurídico, como um todo, e sequer com outros dispositivos da própria Consolidação que lhe são conflitantes.

Com efeito. Se o sindicato efetivamente gozasse de tal prerrogativa, poderia exercê-la diretamente, sem necessidade de propô-la através de dissídio coletivo. De outra parte, se fosse admitida tal prerrogativa sem quaisquer restrições, depararíamos com a possibilidade, altamente discutível, de possuir tal contribuição caráter de verdadeiro tributo, pelo que a entidade sindical, em verdade, exerceria, por pretensa delegação de poder, a imposição de tal contribuição, incorrendo no que também é absolutamente vedado: a bitributação.

Por seu turno, é a própria Consolidação das Leis do Trabalho que dispõe:

"Art. 546 — Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados (grifei), as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificadas, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades." (com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 926, de 10 de outubro de 1969).

Parece-nos que o argumento doutrinário que poderia dar esteio a que tais descontos fossem procedidos sem tal autorização seria fundado em outro texto legal: seja, a anterior redação deste dispositivo, na qual não havia exigência de autorização. Assim entendia o já citado MOZART VÍCTOR RUSSOMANO que, tendo o sindicato representação exclusiva de uma categoria econômica ou profissional, "fazendo inclusive despesas para defender os interesses gerais e abstratos dessa categoria, nada mais plausível (...) do que a imposição de contribuições para cobertura de despesas realizadas com o ajuizamento de dissídios coletivos que beneficiarão a categoria toda e, não, somente, os trabalhadores ou empregados sindicalizados". (Ob. cit., p. 900, a qual, embora editada em 1973, e fazendo referência ao Decreto-lei n.º 925, não consignou a redação que por este foi dada ao mencionado artigo 545).

Desconsiderada, pois, a posterior alteração do artigo consolidado que determinou fossem todos os descontos em favor do sindicato consentidos pelo trabalhador, salvo, evidentemente, o relativo à contribuição sindical que, enquanto tributo é compulsório e imposto por lei.

Assim, bem fundadas nos parecem as inúmeras decisões nas quais se estampa a exigência, ao menos, de não-oposição expressa por parte do assalariado ao desconto em favor da entidade sindical, como se vê, dentre em outras, da que resultou assim ementada:

"O desconto para a entidade sindical, destinado ao atendimento da assistência social, obrigatoriamente deverá estar condicionado a não-oposição do trabalhador, que poderá manifestá-la até 10 (dez) dias antes do primeiro pagamento reajustado." (Ac. TST, 3ª Turma, Proc. RQ DC 342/81, Relator Ministro BARATA E SILVA, proferido em 21 de outubro de 1981, in "Dicionário de Decisões Trabalhistas", B. Calheiros Bomfim e Silvério dos Santos, Edições Trabalhistas S/A, 13ª edição, 1982, págs. 184 e 1985).

De outra parte, dispõe o artigo 462 consolidado:

"Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou convenção coletiva."

E, em que pese a menção a descontos resultantes de convenção coletiva, já que se tem em mente que matéria lhe serve de objeto, isto é, há que se ter presente que constitui convenção coletiva de trabalho, a teor do artigo 611 e de todo o Título VI da Consolidação "o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho", dentre as quais não se pode compreender a estipulação de descontos em favor do sindicato, por não dizer respeito a qualquer condição de trabalho, nem integrar o conteúdo da relação individual de emprego e sim o de outra relação, havida entre o trabalhador e órgão sindical.

Tanto assim que, tendo o artigo 625 da CLT determinado que os conflitos resultantes da aplicação de Convenção ou de Acordo, celebrado nos termos do Título IV, seriam dirimidos pela Justiça do Trabalho, deu margem à controvérsia jurisprudencial acerca da competência para dirimir os conflitos resultantes das cláusulas que fossem pertinentes às relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e entidade sindical, tal como se vê, v.g., da decisão proferida no RE 94593, pelo Tribunal Pleno do STF, de que foi Relator o Ministro CUNHA PEIXOTO:

"Ação movida por sindicato de empregados contra empregador, objetivando a cobrança de percentagem fixada a seu favor em dissídio coletivo movido por seus associados. Tratando-se de lide estabelecida entre entidades de direito privado, objetivando direito próprio que somente indiretamente decorre de relações de trabalho, inexistindo qualquer vínculo empregatício entre demandante e demandado, não é a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar a ação, já que a sua competência é limitada pela Constituição Federal, não podendo ser prorrogada." (idem, p. 184).

Enquanto, de outra parte, se encontram decisões como a que foi proferida no RO 1905, relatado pelo Juiz JOSÉ GUEDES GOMDIM FILHO, em 7 de janeiro de 1981, do TRT da 6ª Região, em sentido exatamente inverso:

"Competente a Justiça do Trabalho para apreciar o direito aos descontos, em favor do sindicato, estabelecidos em dissídio coletivo. Ação de cumprimento de sentença normativa: indispensável em relação aos não sindicalizados, a outorga de poderes ao sindicato e a individualização dos representados." (idem, p. 185).

Resulta, pois, incontestável a divergência acerca do tema, tanto que outros julgados chegam mesmo a afirmar a inoperância de qualquer oposição individual do empregado perante o empregador, relativamente ao desconto em pauta, como se vê estampado na ementa do Acórdão proferido no Proc. TRT 3880/80, da 1ª Turma, em que foi relator o Juiz ERMES PEDRASSANI:

"Desconto nos salários dos empregados destinado aos cofres do sindicato. Aprovação pela assembléa geral da categoria profissional. Imposição em decisão normativa transitada em julgado, sem reservas. Ineficácia da oposição individual do empregado perante o empregador."

E, em cuja fundamentação afirma:

"O desconto ao sindicato correspondente a um dia de salário dos empregados é determinado pelas decisões normativas de fls., transitadas em julgado, relativas aos anos de 1976 e 1979. Trata-se, pois, de ação de cumprimento de decisão normativa transitada em julgado, não podendo a recorrente, em que pese sua argumentação, pretender modificar o julgado que não condiciona o desconto do salário dos empregados da categoria profissional à ausência de oposição direta perante o empregador, porque deliberada em assembléa geral da categoria profissional."

A oposição expressa dos empregados contida nos documentos de fls. referentes aos descontos determinados pelas decisões normativas é de nenhuma eficácia.

*A alegação de inconstitucionalidade do desconto, por ausência de origem legal, não tem relevância, porque foi aprovada pela assembléia geral da categoria profissional e qualquer oposição deveria ter sido manifestada na oportunidade de sua aprovação pelos integrantes. É imperioso que se considere a deliberação no âmbito do direito coletivo do trabalho, e o exercício pelo sindicato das prerrogativas que lhe são asseguradas na alínea e do artigo 513 da CLT. Acolher-se o recurso importaria em sobrepor-se o interesse particular ao coletivo e social e em ofensa à coisa julgada." (in Revista do TRT — 4ª Região — 1981, p. 166).*

Pelo que opinamos pelo improvimento da postulação de recolhimento das contribuições assistenciais ao Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de Porto Alegre, relativamente aos que o tenham expressamente desautorizado, em obediência ao disposto no artigo 545, da CLT, recomendando, todavia, que, doravante, a CORAG efetue o recolhimento das referidas contribuições assistenciais sempre. E, em havendo oposição de empregados ao desconto, promova a consignação em pagamento do mesmo, em juízo, apenas quanto aos trabalhadores insurgentes, para que a Justiça do Trabalho decida a respeito, evitando, assim, tornar-se alvo de ações judiciais movidas pelo sindicato.

É o parecer.

Porto Alegre, 10 de abril de 1985

Of. Gab. 281/85

Porto Alegre, 10 de abril de 1985.

SENHOR GOVERNADOR:

Questiona-se, no presente expediente, reivindicação formulada pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS GRÁFICAS DE PORTO ALEGRE para que a CORAG recolha contribuições sindicais objeto de cláusula constante em Acordo proferido em dissídio coletivo devidamente homologado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, contra a qual se opõem, expressamente, alguns empregados.

Analisando a matéria, relata o Parecer nº 6118 que, efetivamente, a sentença proferida no supra-referido acordo estabeleceu a obrigatoriedade do desconto "para a manutenção de assistência social", a ser voltado a todos os integrantes da categoria profissional em favor dos cofres do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de Porto Alegre.

Destarte — muito embora a eficácia do pacto resultasse de sentença transitada em julgado — deixou a CORAG de recolher a contribuição relativamente aos empregados que, expressamente, se opunham a tal pagamento, o que, por conseqüência, gerou a polêmica ora examinada.

De posse desses elementos fáticos detém-se o Parecer retromencionado em ampla análise dos dispositivos legais pertinentes, voltando-se, igualmente, às divergências doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem a matéria.

Com efeito, há corrente, com manifestação inclusive no Tribunal Superior do Trabalho que entende válido o desconto apenas quanto aos associados do sindicato, restando sujeita sua admissibilidade à prévia e expressa autorização por parte dos trabalhadores, forte no que dispõe o artigo 545 consolidado.

Todavia, também é ponderável entendimento jurisprudencial contrário, pelo qual é ineficaz a oposição individual do empregado, perante o empregador, se a cláusula impositiva do desconto aos cofres do Sindicato emergiu de aprovação em Assembléia Geral da categoria profissional resultando, sua eficácia, pela imposição em sentença normativa transitada em julgado.

A assertiva, endossada por inúmeros juslaboralistas fundamenta-se na natureza de deliberação tomada no âmbito do direito coletivo do trabalho, haja vista que a sentença

normativa in casu homologa decisão já aprovada em Assembléia Geral da categoria profissional onde não foi manifestada qualquer contrariedade por parte de seus integrantes.

Fundado nesta nítida divergência jurisprudencial, opina, pois o Parecer pelo improvimento da postulação formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de Porto Alegre, liberando-se, por assim dizer, a CORAG, de efetuar os aludidos descontos em relação aos empregados que o tenham expressamente desautorizado.

Todavia, pelos mesmos fundamentos, recomenda que, para o futuro, efetue a CORAG o recolhimento, promovendo a consignação em pagamento do mesmo em juízo, na hipótese de haver oposição dos empregados e apenas relativamente à parcela devida por esses empregados insurgentes, remetendo-se, desta forma, a decisão, à Justiça do Trabalho.

Por concordar com as conclusões acima aduzidas, submeto o assunto à sua superior aprovação, na oportunidade em que lhe reitero, Senhor Governador, votos de estima e especial acatamento.

NEY SÁ  
Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES  
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul  
PALÁCIO PIRATINI

Processo nº 5688-84/CC

Aprovo a manifestação do Senhor Procurador-Geral do Estado, expressa no Ofício nº 281/85, e aprovo o Parecer nº 6118 que conclui, diante do requerimento formulado pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS GRÁFICAS DE PORTO ALEGRE não serem devidas as contribuições assistenciais estabelecidas em favor da entidade sindical relativamente aos empregados que contra elas se opuseram expressamente, consoante o disposto no artigo 545 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Providencie a CORAG na adoção das medidas recomendatórias expressas no Parecer. Àquela Procuradoria-Geral, para as anotações de praxe, e após, à Casa Civil.  
Em 15.04.85.

JAIR SOARES  
GOVERNADOR DO ESTADO

# DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA AÇÃO POPULAR

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro  
Professor Catedrático na Faculdade de Direito  
da Universidade do Rio de Janeiro

A ação popular só é cabível para decretar a nulidade ou anular atos administrativos ilegais e lesivos praticados por entidades públicas (artigo 153, § 31, da Emenda Constitucional nº 1).

Não tem legitimidade passiva, na ação popular, a sociedade de economia mista, que se rege pelas normas gerais do direito societário (artigo 235, § 2º, da Lei nº 6.404/76).

Não constituindo, *a fortiori*, entidade pública (artigo 153, § 31, da Emenda Constitucional nº 1), a sociedade de economia mista não pode ser ré em ação popular.

Com a nova redação dada ao texto constitucional, que não se referiu ao cabimento da ação popular contra as sociedades de economia mista (artigo 153, § 31, da Emenda Constitucional nº 1), mas a admitiu, tão-somente, contra as "entidades públicas", o BANCO DO BRASIL S.A. não pode ser considerado parte legítima em ação popular, por ser pessoa jurídica de direito privado (artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67).

A interpretação lógica e sistemática da Constituição leva à mesma conclusão pois, o artigo 170, § 2º, determina que as empresas estatais obedeçam, exclusivamente, nas suas relações com terceiros, ao direito obrigacional, excluindo-se, assim, a possibilidade de enulação ou rescisão de ato dessas Companhias em virtude de disposições alheias ao direito privado, como são as referentes à ação popular.

A identidade de regime jurídico que a Constituição estabeleceu entre empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades comerciais (artigo 170 de Emenda Constitucional nº 1) é incompatível com a utilização da ação popular.

A remissão do artigo 141, § 38, da Constituição de 1946 deve ser entendida, agora, como feita ao artigo 153, § 31, da Constituição da República de 1969. Observe-se, ainda, que a nova disposição constitucional alterou a redação e os requisitos da ação. Esta lei, portanto, deve ser entendida e aplicada com adaptação ao novo texto constitucional. (HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, 8ª edição, página 119).

## I. INTRODUÇÃO

1. Para apreciar a ilegitimidade passiva da sociedade de economia mista em ação popular cabe, inicialmente, proceder ao exame da construção jurídica da instituição para integrá-la, de modo harmônico e coerente, no sistema legal pátrio. A construção jurídica é basicamente o procedimento pelo qual se busca colher as qualidades características de um determinado instituto, destacando as suas notas essenciais, que o particularizam, e reconduzindo-o a uma categoria mais geral, de onde recebe os seus desenvolvimentos. Assim, a questão fundamental reside em achar a *idéia dominante* que preside a regulamentação jurídica de determinado instituto. Em estudo clássico, FRANCESCO FERRARA, destaca, entre outras, duas condições fundamentais para a construção jurídica:

1ª — A construção jurídica deve coincidir exata e inteiramente com o direito positivo, de tal modo que ela deve respeitar todo o conteúdo das normas legais;

2ª — A construção jurídica deve ter unidade sistemática, significando que há de estar isenta de contradições, não podendo o seu resultado colocar-se em conflito com outros princípios e postulados do ordenamento jurídico. (FRANCISCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra, Armenio Amado, 1978, tradução de Manoel A. Domingues de Andrade, págs. 180/181).

2. Às duas condições acima mencionadas, deve agregar-se uma terceira, também fundamental, quando se trata de construção jurídica de instituto cuja análise não pode prescindir do elemento econômico, como ocorre no caso das sociedades de economia mista. Com efeito, tratando-se de instituto que reflete a intervenção estatal no domínio econômico, na tarefa de sua construção jurídica deve ser realizada uma análise *substancial*, privilegiando-se o estudo dos objetivos econômicos implementados mediante as normas jurídicas que disciplinam tal instituto. (GERARD FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971). Assim, a tarefa de construção jurídica do instituto da sociedade de economia mista deve compreender não só a análise sistemática das normas jurídicas que a disciplinam, mas também a adequação de tais normas à realidade econômica regulada. Tal realidade econômica, conforme veremos em seguida está diretamente ligada à questão da intervenção estatal no domínio econômico.

3. Com efeito, e *idéia dominante* no instituto da sociedade de economia mista deve ser extraída da sua função econômica. Trata-se, fundamentalmente, de um instrumento utilizado pelo Estado moderno com vistas a uma intervenção *direta* no domínio econômico. Mediante a sociedade de economia mista, o Estado atua diretamente na esfera econômica, agindo como se fosse um empresário privado. Ou seja, despe-se de sua condição e prerrogativas de soberano, para explorar determinada atividade econômica que, ou por exigir grandes investimentos, ou por constituir um serviço de interesse público, não pode ser desenvolvida pelos empresários privados. Na expressão clássica de RUDOLF SOHMS, "o Estado todo poderoso depõe a coroa, a fim de poder atravessar e porte ecanhada do direito privado".

4. A doutrina francesa tem salientado a importância dessa privatização do regime das entidades públicas, em geral, e da sociedade de economia mista, em particular, ao salientar que "*l'Etat se met en civil*", o que significa a utilização pelo Estado das técnicas de direito privado e, em particular a submissão das entidades da Administração Indireta ao direito comercial. O Professor ROGER HOUIN teve o ensejo de assinalar que, na medida em que ocorria a hipertrofia da atividade estatal, o direito comercial foi substituindo, gradativamente, o direito administrativo, na área de atuação das sociedades de economia mista e das empresas públicas. E explica essa situação pela maleabilidade exigida nas relações nas quais o Estado não atua como soberano, mas presta serviços, sob as formas as mais distintas. Neste sentido escreve o eminente comercialista francês que:

"O direito contratual comercial é, particularmente, bem adaptado às necessidades das empresas que tenham fins econômicos. Menos formalista ou menos solene que o direito civil ou o direito público, (o direito comercial) favorece a conclusão rápida dos contratos... Ele também dá maior flexibilidade às regras de execução das obrigações: entre a execução forçada e a rescisão, por exemplo, o direito comercial admite a renegociação do preço..."

Nada se opõe, em princípio, à extensão às empresas públicas dessas regras (de direito comercial)...

Já há longo tempo que as entidades públicas contratam de acordo com as normas de direito privado... As leis de nacionalização lembrem, frequentemente, que as empresas públicas celebrem os seus contratos de acordo com o direito comercial... (ROGER HOUIN, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, in *Archives de Philosophie du Droit, La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, Paris, Sirey, pág. 101).

5. A lição de ROGER HOUIN abrange, não somente as empresas públicas, mas também é *a fortiori* as sociedades de economia mista e a lição que o mestre francês extrai do orde-

Parecer solicitado pelo Banco do Brasil S.A.

namento jurídico do seu país encontra, no Brasil, fundamento constitucional no artigo 170, § 2º, da Emenda Constitucional nº 1, que determina, expressamente, a sujeição ao direito das obrigações, dos contratos das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

6. Também nos Estados Unidos, os *government corporations* se caracterizam pelo fato de não estarem vinculados às normas de direito administrativo, gozando da maior independência e regendo-se pelo direito comercial. Tais características permitiram que essas entidades se tornassem os instrumentos úteis e indispensáveis para a realização de grandes empreendimentos econômicos, destacando-se, entre outras, a Tennessee Valley Authority, a Island Waterways Corporation, a Reconstruction Finance Corporation e outras. (ARNOLDO WALD, *As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado*, in Revista Forense, vol. 152, págs. 510 e seguintes e, especialmente, pág. 519 e BILAC PINTO, *O declínio da sociedade de economia mista e o advento das modernas empresas públicas*, in Revista Forense, vol. 146, págs. 9 e seguintes).

7. Assim, ao intervir diretamente no domínio econômico, o poder público declina de seus atributos estatais para atuar como simples particular, como pessoa de direito privado. Conforme salientou THEMÍSTOLES CAVALCANTI:

"O Estado acionista . . . é o Estado revestido de todas as características de pessoa privada, integrado no regime das leis comerciais, obediente aos estatutos das sociedades anônimas, embora tenha um predomínio numérico no capital da sociedade". (*Sociedade de Economia Mista — Sua Natureza — Seus Problemas*, in Revista de Direito Administrativo, vol. 103, pág. 5).

8. No mesmo sentido, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, observa que, ao desinvestir-se de suas prerrogativas especiais, o Estado acionista reveste-se de traços típicos do particular, integrando-se no regime jurídico das leis comerciais e obedecendo à legislação das sociedades anônimas comuns. (*Sociedade de Economia Mista*, Revista de Direito Administrativo, vol. 80, pág. 34).

9. Por sua vez, HELY LOPES MEIRELLES escreve que as sociedades de economia mista se regem pelas leis comerciais e "pelas normas de direito privado, especialmente na parte das obrigações, igualando-se às empresas particulares. (Constituição da República, art. 170, § 2º)". (*Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pág. 312).

10. A Constituição Federal, em seu artigo 170, *caput* e § 1º, estabelece que a organização e exploração da atividade econômica compete, preferencialmente, às empresas privadas, com o estímulo e apoio do Estado, o qual somente em caráter suplementar exercerá diretamente atividade no setor econômico. Ao atuar, diretamente, no desempenho de atividades empresariais, seja mediante empresas públicas, seja mediante sociedades de economia mista, o Estado submete-se às mesmas regras que o particular, figurando como um concorrente comum na economia de mercado e sujeito às mesmas normas que as demais sociedades comerciais.

11. Na realidade, conforme foi notado com precisão por WASHINGTON ALBINO DE SOUZA, o mandamento constitucional desfigura a própria ação direta do Estado.

12. Na sociedade de economia mista há, tipicamente, uma associação entre o interesse público e o espírito de iniciativa particular. No seu nascimento, a sociedade de economia mista apresenta uma feição publicística, mas, no seu desenvolvimento posterior, nas suas relações com terceiros, assim como na sua atividade empresarial, apresenta uma feição nítida e exclusivamente privada.

13. O aspecto bifacial da sociedade de economia mista foi bem apreendido em trabalho doutrinário clássico de RUY CIRNE LIMA, ao destacar que *ela é uma sociedade privada "quoad extra", em relação aos terceiros com os quais entra em contato*, não, porém, em suas relações com a entidade pública, pela qual foi criada, como instrumento de intervenção estatal na economia. (*Pareceres, Direito Público*, Porto Alegre, Sulina, 1963, págs. 18 e 19).

14. É precisamente da existência de uma dupla face da sociedade de economia mista, publicística "quoad intra" e privada "quoad extra", que decorrerão algumas consequências, conforme veremos.

". . . transferindo-a para *pessoas de direito privado*, como tais definidas na legislação ordinária (Decreto-lei nº 200 e Decreto-lei nº 900). Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública". (*Primeiras Linhas de Direito Econômico*, Belo Horizonte, Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977, pág. 197).

## II. DO DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

### A) ATUAÇÃO EMPRESARIAL DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

15. Conforme verificado nos itens precedentes, a sociedade de economia mista apresenta um aspecto bifronte, pública "quoad intra" e privada "quoad extra", do qual extraímos as consequências mais relevantes.

16. Em primeiro lugar, cabe notar que, na sua atuação *empresarial*, a sociedade de economia mista não se diferencia das demais sociedades anônimas. Este princípio está estabelecido expressamente na Lei das Sociedades Anônimas, no seu artigo 235, ao dispor que se aplicam às economias mistas os dispositivos desta lei, sem prejuízo das disposições especiais da lei federal. Tais disposições especiais, conforme notou a doutrina, não podem, porém, atingir a essência do instituto da sociedade de economia mista, não sendo, portanto, discricionário o poder do Estado em relação às derrogações suscetíveis de serem feitas às regras gerais das sociedades anônimas comuns (THEMÍSTOLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Empresas públicas e sociedades de economia mista*, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 128, abril/junho de 1977). Tais disposições especiais objetivam, basicamente, garantir a predominância da vontade do Estado na sociedade de economia mista, pelo fato de participar nela com a maioria do capital votante.

17. Conforme notou FRAN MARTINS, é inegável que a Lei das Sociedades Anônimas caracteriza as sociedades de economia mista como *sociedades de direito privado*. Tal característica está, ademais, claramente estabelecida nos seguintes elementos essenciais: subordinação aos princípios gerais da Lei das Sociedades Anônimas, excetuadas as disposições especiais da lei federal; submissão às normas da Comissão de Valores Mobiliários, quando são Companhias Abertas; atribuição ao Estado dos deveres e responsabilidades do acionista controlador; atribuição, aos administradores, dos mesmos deveres e responsabilidades dos administradores das Companhias Abertas comuns (FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio, Forense, 1979, vol. 3, pág. 194). Assim, conforme observou LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, as sociedades de economia mista são, tão-somente, uma *variante* das sociedades mercantis comuns (*O conceito jurídico da sociedade de economia mista*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 79, pág. 1965).

18. Em sua atividade empresarial, a sociedade de economia mista, nos negócios que contrata, nos vínculos comerciais ou bancários que estabelece, fica, em princípio, inteiramente sob a disciplina do direito privado. Assim, está ela livre para firmar contratos privados, que não se qualificam como contratos administrativos, para contratar obras e serviços sem a necessidade de licitação, enfim, para praticar todos os atos necessários à realização de seu objeto social, inclusive com finalidades lucrativas. O fim lucrativo das sociedades de economia mista tem levado, ainda, alguns doutrinadores alemães, a qualificarem sua atuação, como constituindo uma "atividade econômico-lucrativa da Administração Pública". Assim, os atos das sociedades de economia mista qualificam-se tipicamente como atos de comércio, devendo como tal serem interpretados. Na sua atuação empresarial, explorando diretamente determinado empreendimento econômico, no mais das vezes com finalidades lucrativas, os atos da sociedade de economia mista constituem, com efeito, *matéria de comércio*.

19. É a partir de tais princípios que deve ser analisada a questão do cabimento da ação popular contra atos praticados por sociedade de economia mista. Isto porque, o objetivo fundamental da ação popular é a proteção dos interessados da comunidade, destinando-se à anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público. Sua essência está, portanto, na defesa do interesse público, ou seja, do direito próprio de povo.

## B) DO DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR

### B.1) Evolução histórica

20. Segundo a melhor doutrina, a ação popular surgiu no direito romano, inicialmente no direito penal e posteriormente, na fase de Justiniano, sob a forma de *actio ad pias causas*, facultada a todo e qualquer cidadão, com a finalidade de exigir o pagamento de um legado feito a uma instituição de beneficência, quando os administradores desta última não prosusessem a ação própria. Desenvolveu-se, assim, a ação popular com caráter supletivo, a fim de defender os interesses de um ente público.

21. No Século XIX, surgem ações populares, na Bélgica e na França, de acordo com as quais o cidadão propõe supletivamente as ações que cabiam ao Município (JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Ação popular no direito administrativo português*, Coimbra, edição da Coimbra Editora, 1967, págs. 7 e seguintes e PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *Da ação popular constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 1968, págs. 4 e seguintes).

22. Aparecendo na Itália, no campo do direito eleitoral, e na França, em virtude da jurisprudência do Conselho de Estado referente ao excesso de poder, as ações populares também foram regulamentadas no Código Administrativo Português, que as acolheu para a defesa das "coisas públicas", a fim de reivindicá-las ou reavê-las, para as entidades de direito público, quando bens ou direitos tivessem sido usurpados ou indevidamente possuídos. (JOSÉ ROBIM DE ANDRADE, *obra citada*, pág. 11). Na legislação portuguesa mais recente, encontramos a ação popular funcionando, outrossim, como meio de impugnação das deliberações dos corpos administrativos e autárquicos. (Código Administrativo de 1936, com a redação que lhe foi dada em 1940, artigos 882 e 826).

23. Em todas as legislações, as ações populares, sejam elas corretivas ou supletivas, sempre se apresentaram como meios de controle judicial dos atos administrativos praticados pelas entidades de direito público e é com este sentido que o nosso direito constitucional as acolheu.

24. Efetivamente, a ação popular surgiu, entre nós, na Constituição de 1934. Omitiu-a a Constituição de 1937, tendo, porém, reaparecido na Constituição de 1946 (artigo 141, § 38), com a seguinte redação:

"Art. 141 —  
§ 38 — Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear, a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista".

25. É interessante salientar que a melhor doutrina considerou a norma constitucional auto-aplicável e não necessitando de regulamentação. Assim, os grandes juristas como CARLOS MAXIMILIANO, FREDERICO MARQUES e PONTES DE MIRANDA, foram unânimes em reconhecer que os preceitos constitucionais eram auto-executáveis, posição que o próprio Supremo Tribunal Federal adotou em decisão de 28 de setembro de 1949. (*Arquivo Judiciário*, vol. 93/161; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, tomo V, pág. 638 e JOSÉ FREDERICO MARQUES, *As ações populares no direito brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 178, pág. 50).

26. Somente em 1965 é que veio a ser aprovada, pelo Congresso Nacional a Lei nº 4.717, que regulamentou o dispositivo constitucional referente à ação popular, tendo incluído, no seu artigo 1º, a sociedade de economia mista entre as entidades contra as quais podem ser intentadas as ações populares.

27. Ainda naquela época, a jurisprudência já fez restrições ao uso amplo da ação popular contra as sociedades de economia mista, embora, então, ainda fossem consideradas como sendo entidades públicas.

28. Assim, em julgamento proferido, em 2 de dezembro de 1958, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apreciando ação intentada contra a Companhia Vale do Rio Doce, teve o ensejo de decidir, na Apelação nº 12.335, que, conforme se verifica na ementa:

"O fato de se tratar de sociedade de economia mista não a extroverte, por isso só, do âmbito cabível de uma ação popular, nem essa qualidade a imuniza de poder beneficiar-se dum ato lesivo do patrimônio público.

O texto constitucional que criou a ação popular erige qualquer cidadão em parte legítima para lograr a nulidade de atos prejudiciais ao patrimônio público ou de entidade autárquica e de economia mista, mas isso não autoriza o particular a se imiscuir em negócios privados, esquadrihando neles a possibilidade de remoto interesse público, ao fim de se empecer e invalidar. (*Revista Forense*, vol. 188, pág. 220).

29. No voto do relator, Desembargador APRÍGIO RIBEIRO, foi salientado que:

"O que não convém é lançar as balizas da ação popular além do que evidentemente pretendeu o legislador: a tutela da moralidade dos atos administrativos, não suscita que demandistas por indole ou indivíduos rixentos andem a envolver as entidades públicas em litígios fadados a insucesso, obrigando-as a incômodos e despesas. A presente ação, ditou-a, não o interesse de resguardar o patrimônio da edilidade, mas um intuito visível de represália dos autores contra as sucessivas derrotas que lhe infligiu a ré" (*Revista e Local citados*).

### B.2) O texto constitucional vigente

30. Ocorre que na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a norma relativa à ação popular não mais faz referência à *Sociedade de Economia Mista*.

31. O artigo 153, § 31 da Emenda Constitucional nº 1, assim dispõe:

"Art. 153 —  
§ 31 — Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas" (Gri-fos nossos).

32. Ora, como é notório, as sociedades de economia mista não são entidades públicas, mas pessoas jurídicas de direito privado. A redação do artigo 5º do Decreto-lei nº 200 não deixa margem a qualquer dúvida.

33. Assim sendo, já tivemos a oportunidade de manifestar o entendimento de que, ao se referir exclusivamente ao patrimônio das entidades públicas, o legislador constituinte afastou a possibilidade de ação popular no caso de atos lesivos ao patrimônio de entidades de direito privado, como é o caso das sociedades de economia mista. Ao aplicar às sociedades de economia mista, assim como à empresas públicas, as normas de direito privado obrigacional, a Constituição criou um regime jurídico único para todos os contratos comerciais das sociedades com personalidade de direito privado, de tal modo que o fato de ser contratante uma entidade da Administração Indireta não deve modificar a incidência das normas aplicáveis. (ARNOLDO WALD, *Ação Popular para Anulação de Contrato — Princípios Legais Aplicáveis*, Revista dos Tribunais, vol. 521, março de 1979, pág. 60 e na mesma Revista, vol. 570, págs. 35 e seguintes).

34. Ademais, há claramente um conflito entre a norma do artigo 1º da Lei nº 4.717/65 e o dispositivo constitucional (artigos 153, § 31). Conformé a advertência do Professor HELY LOPES MEIRELLES, ao tratar da remissão feita no artigo 1º da Lei nº 4.717/65 ao dispositivo constitucional.

"A remissão ao art. 141, § 39 da Constituição de 1946 deve ser entendida, agora, como feita ao art. 153, § 31 da Constituição da República de 1969. Observe-se, ainda que a nova disposição constitucional alterou a redação e os requisitos da ação. Esta lei, portanto, deve ser interposta e aplicada com adaptação ao novo texto constitucional". (*Mandato de Segurança e Ação Popular*, São Paulo, RT, 1982, 8ª edição, pág. 119, nota de rodapé nº 1).

35. Existindo contradição entre a norma do artigo 1º da Lei nº 4.717/65 e ao dispositivo constitucional, deve prevalecer este último, por constituir norma posterior e de escalão hierárquico superior. Com efeito, é princípio assente na teoria jurídica que não podem

coexistir, dentro do mesmo ordenamento legal, normas contraditórias ou incompatíveis. Isto porque, a própria noção do *sistema jurídico* implica o princípio da exclusão da incompatibilidade entre as normas jurídicas. Havendo, portanto, normas incompatíveis, como ocorre no presente caso, deve, evidentemente, ser excluída aquela que não só é inferior hierarquicamente, como ainda é anterior. Pela participação de duas regras de solução da contradição de normas em um ordenamento jurídico ("lex posterior derogat priori" e "lex superior derogat inferior"), chegamos à conclusão lógica de que, no que toca à possibilidade de ação popular contra o ato de sociedade de economia mista, está revogada a norma do artigo 1º da Lei 4.717/65. Portanto, a sociedade de economia mista não é legitimada passivamente em ação popular.

36. Cabe salientar que não há necessidade, no caso, de modificação da lei ordinária pois, do mesmo modo que os tribunais e a doutrina entenderam que os textos constitucionais de 1934 e 1946 eram auto-aplicáveis (idem nº 25 supra) cabe, atualmente, reconhecer que se impõe, desde logo, a aplicação de nova norma constitucional, excluindo-se a possibilidade jurídica da propositura de ação popular contra a sociedade de economia mista.

37. Cabe, aliás, lembrar que o Tribunal Federal de Recursos, em ação popular em que se discutia a venda de ações da Companhia Vale do Rio Doce em Bolsa de Valores, ato tipicamente de direito privado, teve oportunidade de decidir que:

"Pretendendo o autor popular a declaração de nulidade da venda de ações da empresa estatal na Bolsa com infração de regras reguladoras do mercado de valores, e não sendo identificáveis os portadores atuais de tais ações, configura-se a inviabilidade da ação.

A impossibilidade jurídica do pedido não decorre apenas de sua inadmissibilidade pelo ordenamento jurídico, mas de sua inviabilidade, evidenciada pela própria situação fática, que torna indubitosa "prima facie" a sua improcedência.

A colocação das ações de sociedade de economia mista no mercado, mediante procedimento autorizado em lei, torna legítima as relações obrigatórias decorrentes de sua livre circulação". (Agravo de Instrumento nº . . . . . 41.593-RJ, decidido em 28 de abril de 1981).

38. Essa decisão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos reconheceu que as normas gerais do direito comercial são aplicáveis às sociedades de economia mista, tendo trancado a ação popular intentada para anular as vendas de ações.

39. Ora, no caso objeto do presente parecer a hipótese não deixa de ser semelhante, uma vez que, manifestamente, ocorre a *impossibilidade jurídica* do pedido na ação popular por ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S.A., na sua condição de sociedade de economia mista.

40. Acresce que descabe a propositura de ação popular contra a sociedade de economia mista por inexistência de legitimidade passiva *ad causam* e que, mesmo se superada essa questão, não seria o processo cabível pelo fato de se discutir não a validade de atos administrativos, mas sim de atos negociais, que são os praticados por sociedade de economia mista.

41. Ocorre que os atos praticados pelo Banco do Brasil S.A. são *negociais* e se enquadram no direito privado, seja na área do direito das obrigações, seja no campo do direito do trabalho, não lhe cabendo praticar ato de autoridade administrativa, que ele não é, até pelo fato de ter personalidade de direito privado.

42. Ora, a ação popular só é concebida como instrumento de invalidação de atos ou contratos administrativos, atos de autoridades ou procedimentos administrativos, no entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência. (HELY LOPES MEIRELLES, *obra citada*, 7ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, págs. 73 e seguintes; CARLOS MAXIMILIANO, *Parecer*, in Revista dos Tribunais, vol. 181, pág. 522 e MIGUEL SEABRA FAGUNDES, artigo intitulado "Da ação popular", in Revista de Direito Administrativo, vol. VI, pág. 2 *in fine*).

43. *A contrario sensu*, não cabe em relação aos atos comerciais ou negociais, ou trabalhistas. Neste sentido, ainda recentemente o Dr. Juiz em exercício na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ao julgar ação popular intentada contra a rolagem da dí-

vida externa brasileira, salientou que os atos discricionários de gestão não podiam ser objeto de ação popular. (Sentença de 11 de janeiro de 1985 do Dr. Agostinho Fernandes da Silva, no processo nº 5418100/83, ação popular movida por Hélio Fernandes Filho contra a União Federal e outros). No mencionado processo, no qual defendemos a atuação do Ministro da Fazenda, o Dr. Juiz atendeu assim à argumentação que apresentamos no sentido de não considerar viável a ação popular fora do campo dos atos de direito administrativo.

44. No mesmo sentido, o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, em parecer recente, ainda não publicado, teve o ensejo de salientar que:

"ninguém em juízo perfeito, se abalancaria a intentar ação popular, por exemplo, contra a PETROBRÁS, para anular uma compra de petróleo à Arábia Saudita, sob a alegação de que a compra ao Iraque seria mais vantajosa; nem contra o BNDE, por haver perdoado parte dos juros devidos por uma empresa ameaçada de falência, para dar-lhe condições de pagar a dívida em prazo mais favorável. Estes fatos são triviais e freqüentes no campo empresarial. Compreende-se melhor um erro de previsão do que se compreendia a possibilidade de alguém, que não possui uma ação do BANCO DO BRASIL e não tem nele o menor depósito, ingressar em juízo para anular ato que graciosamente considera lesivo do patrimônio do Banco, e dar a este, e sobretudo, aos seus acionistas, prejuízos incalculáveis".

### III. CONCLUSÕES

45. Assim sendo, concluímos que a ação popular não pode ser intentada contra a sociedade de economia mista e, em particular, contra o Banco do Brasil S.A., pois:

a) a norma constitucional só admite ação popular contra entidades de direito público e a sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado;

b) o artigo 153 § 31 da Emenda Constitucional nº 1 derogou a Lei nº 4.717, no tocante à viabilidade de ação popular contra as sociedades de economia mista;

c) o próprio sistema constitucional e, em particular, o disposto no artigo 170 § 2º submete a sociedade de economia mista ao direito comum, especialmente o das obrigações e do trabalho, o que é incompatível com o uso da ação popular;

d) a natureza dos atos praticados pela sociedade de economia mista exclui a viabilidade da ação popular.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 4 de março de 1985

**ASSUNTOS MUNICIPAIS**

# QUORUM PARA ELEIÇÃO DA MESA DA CAMARA DE VEREADORES

BARTOLOMÉ BORBA  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 6014

ELEIÇÃO DA MESA. QUORUM.  
Subordinação hierárquica do Regimento Interno da  
Câmara à Lei Orgânica do Município.  
Entendimento do artigo 31 da Constituição Federal e  
imposição de suas regras ao Município por determina-  
ção do artigo 13.

Chega a esta Casa consulta firmada pelo PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JAGUARÃO, que deseja ver esclarecidas as seguintes questões:

*"1 — Qual o quorum necessário para realização de eleição para nova Mesa;*

*2 — Qual o quorum mínimo para eleger a Mesa?"*

À consulta foram anexados o parecer n.º 075/84, firmado pelo assistente técnico da SURBAM, Professor O.C., bem como, cópia de parte do Regimento Interno.

É o relatório.

As questões colocadas pelo consulente envolvem, basicamente, a interpretação do artigo 6.º do Regimento Interno, integrante de seu Capítulo III, onde está disciplinada a eleição da Mesa.

Diz o referido artigo:

*"Artigo 6.º — A eleição da Mesa obedecerá o seguinte regulamento:*

*a) Presença da metade aproximada para menos do número de Vereadores de que se compõe a Câmara e mais três."*

Já se vê que a intenção do legislador local, embora a redação confusa do inciso "a" transcrito, foi a de estabelecer o quorum qualificado de 2/3, para a eleição da Mesa.

Cabe, então, examinar-se a aplicabilidade da norma regimental, face ao que estatui a Constituição Federal em seu artigo 31, onde está previsto que:

*"Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros."*

Claramente definidas estão no texto constitucional duas espécies de quorum: primeiramente o de deliberação, isto é, o número mínimo capaz de ensejar que o Poder Legislativo delibere e que é a presença da maioria dos integrantes do Poder, ou em outras palavras, a maioria absoluta dos legisladores. Em segundo, uma vez satisfeito este primeiro quorum, diz a Constituição que as decisões serão tomadas por maioria de votos, o que equivale ao conceito doutrinário da maioria simples. Somente, também se extrai do artigo 31 da Constituição Federal que vimos examinando, se permite quorum qualificado (maioria absoluta ou 2/3) nas hipóteses previstas na própria Lei Maior.

Que a norma constitucional é impositiva ao Poder Legislativo das três esferas, União, Estados e Municípios é extrema de dúvidas por força da regra contida no artigo 13 da Constituição Federal onde está determinado:

*"Artigo 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos*

nesta Constituição, os seguintes:  
III — o processo legislativo."

Em reiteradas ocasiões esta Procuradoria se tem manifestado pela vinculação da legislação municipal, face à determinação constitucional, ao quorum estabelecido pelo artigo 31. Nesse sentido os Pareceres nº 1138, 4089, 4124 e o 2449 do Procurador ADAURY PINTO FILIPPI que é encimado pela seguinte ementa:

"*Maioria simples.*

*É a regra geral consagrada no sistema constitucional pátrio, como critério de indagação da vontade dos legislativos — artigos 31 e 13 respectivamente da Carta Federal e Estadual."*

É de se observar que a Lei Orgânica do Município, como não poderia deixar de ser, adotou a mesma regra de quorum com relação ao seu funcionamento. É o que diz o artigo 15 da Lei Orgânica, de 28 de junho de 1976, verbis:

*"A Câmara funciona com a presença, no mínimo de mais da metade de seus membros, e as suas deliberações são tomadas por maioria de votos dos presentes, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei Orgânica."*

Embora, em nosso entender, somente nas hipóteses previstas na Constituição Federal de quorum qualificado seja possível fugir à regra das decisões por maioria simples (artigo 31 da Constituição Federal) cabe observar que a Lei Orgânica local tão-somente permitiu abrir exceção à regra da maioria simples nas hipóteses previstas na própria Lei Orgânica.

Ora, o Regimento Interno é, na hierarquia das leis locais, indiscutivelmente, subordinado à Lei Orgânica e, assim, não poderia, como não pode, abrir exceção ao quorum de maioria simples definido no transcrito artigo 15.

É assim, em nosso entender, a própria Lei Orgânica local que determina a invalidade do artigo 6º do Regimento Interno da Câmara.

Não fora assim, ter-se-ia ainda, em prol da subordinação das normas regimentais ao quorum definido no artigo 31 da Constituição Federal argumentos doutrinários da maior relevância, como os que encontramos no voto do Des. ALAOR ANTONIO WILTGEN TERRA, proferido no Mandado de Segurança 37.790, do Tribunal Pleno, do qual passamos a transcrever parte:

*"Deve ter-se, portanto, a matéria das eleições, e inclusive da Mesa, como regulada na própria Constituição Estadual no tocante ao quorum e ao princípio majoritário.*

*Resta indagar-se da validade de disposição diversa, conflitante ou desprezadora, contemplada no Regimento Interno.*

*Além da lição já apresentada por Francisco Campos, para não alongar, apenas as de Carlos Maximiliano e de Pontes de Miranda. Aquele: 'Não pode o Regimento Interno violar direitos fundamentais nem transpor as restrições da lei básica' (Comentários à Constituição Brasileira, 3a. ed., Globo, Porto Alegre, 1929, p. 343).*

*Pontes de Miranda: 'Como todas as resoluções do Poder Legislativo, o Regimento tem de observar a Constituição' (Comentários à Constituição de 1967, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1967, Tomo II, p. 573, n.3). E à p. 580: 'Princípio da exigência e suficiência da maioria. Só a Constituição pode estabelecer exceção ao princípio da exigência e da suficiência da maioria'.*

*Não é outra, de resto, a lição que nos vem do 'Direito Parlamentar Anglo-Norte-Americano' através da obra de Carlos Maria Bedegain, conforme transcrição na fala dos litisconsortes passivos, à fl. 19, quanto à liberdade dos legisladores na escolha de suas 'normas processuais', 'sujeitas, sem embargo, a três limitações: a) respeito às restrições constitucionais. . .'. Não interessam as outras restrições. 'Não podendo, assim, o Regimento Interno dispor contrariamente ao regrado da Constituição, deve conformar-se a essa, sendo a violação passível de correção pelo Poder Judiciário, seja por tal, seja pelo atingimento de direitos individuais'. Lição essa recolhida da manifestação dos litisconsortes passivos".*

Do voto do Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS:

*Ora, o que o Regimento da Assembléia regrou no caso? Está-se regrando o jogo democrático, o processo democrático, a eleição pela vontade da maioria. A vontade da maioria se expressa normalmente, naturalmente, pela 'maioria simples', e já não importam as palavras 'maioria simples', 'maioria relativa', 'maioria absoluta de votos', ou 'maioria absoluta de presentes'. Não importam as palavras, sim que pelas regras do jogo democrático deve prevalecer vontade da maioria, maioria simples normalmente. A exceção, a maioria de quatro quintos, de dois terços, a maioria absoluta dos membros ou integrantes, as exceções, essas são contra o processo democrático, são para dificultar, quando não praticamente impedir, são para cercear o legislador, evitar que o legislador resolva, delibere, eleja livremente. Então, o sentido e o alcance de todo o processo democrático deve ser a vontade da maioria, a maioria simples. E figure-se tudo isso dentro do pluralismo democrático. Por isso, nessa compreensão maior, tenho que o Regimento está confirmando aquele primeiro sentido que qualquer um lê, que o leigo lê e entende e não precisa ser jurista. Está-se afirmando também o elementar do processo democrático.*

*E, não fosse isso suficiente, Sr. Presidente, lembro a norma constitucional do artigo 31, que 'é aplicação do princípio de que as democracias se governam pela maioria da população eleitoral'. E essa norma, portanto, 'não é uma exigência interna corporis, regimental, mas constitucional' (João de Oliveira Filho, Legislativo, Poder Autêntico, Forense, 1974, pág. 148). Realmente, tenho que também no mesmo sentido se cometeu ofensa à Constituição do Brasil, apelidada de Federal, com redação da Emenda nº 1/69. De fato, ali está no art. 31 que, 'salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros'. Assim, sem discriminar, ou legislando o legislador, ou elegendo, não se quer que se dificulte e se proíba mesmo se use de outro quorum que não o quorum normal da maioria democrática. As exceções são apenas constitucionais, por isso as leis complementares exigem uma maioria absoluta, como a emenda à Constituição exige a 'maioria absoluta de votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional'. E na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul também se vê que, no artigo 41, ainda está a votação exigindo 2/3 dos votos dos membros da Assembléia, isto é, dificultando ao máximo a manifestação do Legislativo, esquecida da Lei Maior da Nação. Quando trata das deliberações em geral, a Carta Magna do Estado, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, dispõe que as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos membros da Assembléia. Então essa é a norma geral que está em acordo com a Constituição Brasileira, essa deve ser aplicada. E, com esta norma, quero entender deve-se conformar também o Regimento. Não se pode excepcionar o Regimento. E é isso que realmente disse o Regimento, como se viu. Esta norma prende, vincula, liga todos os senhores deputados e em todas as deliberações, isto é, o direito já legislado. A atividade legiferada então impõe conduta à atividade legiferante e aos legiferantes. A imposição é da lei".*

Do voto do Des. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA:

*"Data venia dos que entenderam em contrário, acho que o Regimento Interno da Assembléia não poderia jamais se afastar da Constituição. Nenhuma decisão, nenhuma resolução, nenhuma lei orgânica pode infringir a Constituição. A Constituição sobrepõe sobre todos os atos praticados no país. De maneira que não me parece possível que o Regimento Interno da Assembléia Legislativa pudesse sequer infringir uma norma constitucional. Daí por que também parece que não se pode afastar do conhecimento do Poder Judiciário qualquer disposição, qualquer resolução que infrinja a Constituição.*

*Aliás, este Tribunal, constantemente, está apreciando alegações de inconstitucionalidade de normas e leis municipais e decretos estaduais, etc., sempre considerando o aspecto constitucional.*

*Assim, não parece que somente possa fugir a esse entendimento uma lei orgânica da Assembléia Legislativa, uma vez que ela também deve-se afeiçoar à C.E ou C.F. No caso, me parece que a norma regimental se concilia com a disposição constitucional que exige maioria de votos dos presentes para eleição da Mesa".*

Face as considerações acima, concluo respondendo resumidamente as perguntas formuladas:

1 — O número de vereadores necessários a realização das eleições é o previsto no artigo 15, da Lei Orgânica, ou seja, 6 vereadores considerando-se a Câmara composta de 11;

2 — Satisfeito o quorum de funcionamento (na Câmara consultiante 6 vereadores) eleger-se-á quem obtiver maioria de votos.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 04 de janeiro de 1985.

Of.Gab.09/85

Porto Alegre, 04 de janeiro de 1985.

SENHOR PRESIDENTE:

Em atenção ao seu Of. n.º 277/84, datado de 21 de dezembro de 1984, no qual Vossa Excelência solicita pronunciamento desta Casa para saber qual o "quorum" necessário para realização de eleição da nova Mesa, apraz-me encaminhar-lhe o Parecer n.º 6014, que espero possa elucidar a questão proposta.

Serve-me, também, a oportunidade, para manifestar-lhe as expressões de meu apreço, assegurando-lhe que esta Procuradoria-Geral do Estado, através da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, estará sempre à disposição de Vossa Excelência quanto a posteriores consultas.

NEY SÁ

Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor CLÁUDIO ERNANI V. NEVES  
DD. Presidente da Câmara Municipal de  
JAGUARÃO — RS  
Proc. 08268:10.00/84-PGE  
JF/R

## SERVIÇO MUNICIPAL DE ESGOTOS SANITÁRIOS

MARIA IZABEL DE ARAÚJO  
RIBEIRO FONYAT

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul  
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER N.º 5992

MUNICÍPIO. SERVIÇO DE ESGOTOS SANITÁRIOS.  
É possível do ponto de vista jurídico que o Município dentro de sua autonomia, artigo 15, letra b, da Constituição Federal, execute seus serviços de esgotos sanitários.

No entanto, segundo a legislação federal que rege os serviços públicos de saneamento básico, integrados ao plano nacional de abastecimento básico, somente às companhias estaduais de saneamento são deferidos recursos financeiros pelo BNH para execução dos referidos serviços.

O VEREADOR DA CÂMARA MUNICIPAL DE IJUÍ, C.S.R., encaminha ofício a esta Procuradoria-Geral do Estado, solicitando orientação deste órgão a respeito da viabilidade de serem os serviços de esgotos sanitários organizados pelo próprio Município, sem ser ferida a Lei federal n.º 6.528/78 e o Decreto federal n.º 82.587/78.

Esclarece a autoridade consultiante que o Município mantém Convênio com a Companhia Riograndense de Saneamento — CORSAN para a exploração dos serviços d'água, excluídos os serviços de esgotos sanitários, por não ter condições a referida Companhia, de realizar as obras para implantação destes serviços, a curto prazo.

Informa, ainda, que o problema em Ijuí está a exigir uma imediata solução, haja visto o vertiginoso desenvolvimento da área urbana, com construções surgindo dia-a-dia e, conseqüentemente, as redes particulares de esgoto, sem a devida decantação, lançando resíduos fecais em águas correntes que vão alimentar os inúmeros cursos d'água, com graves riscos à saúde pública.

Busca, pois, o referido Vereador municipal orientação sobre a viabilidade do Município de Ijuí organizar seus próprios serviços de esgoto, adequando-se ao programa federal e estadual de saneamento.

É a consulta.

A organização dos serviços públicos locais ficou expressamente deferida aos Municípios por força de disposição constitucional.

Lê-se no artigo 15, item II, letra "b", da Constituição Federal:

"Art. 15 — A autonomia municipal será assegurada:

a) à organização dos serviços públicos locais".

Comenta o transcrito preceito MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

"Cabe aos Municípios, e só a eles, decidir sobre qual a organização a ser dada a seus serviços. Ele é que há de fixar qual a estrutura e qual a competência dos órgãos da Administração, bem como qual a sua centralização ou descentralização. A liberdade na organização desses serviços está no cerne da

autonomia municipal tal qual a garante a Constituição Federal. Dessa forma, não parece lícito ao estado federado reduzi-la". (1º v.ed. Saraiva, São Paulo, 1972, p.145).

A respeito da organização dos serviços públicos locais, escreve HELY LOPES MEIRELLES que "constitui outra prerrogativa asseguradora da autonomia administrativa do Município. Nem se compreenderia que uma entidade autônoma, política e financeiramente, não dispusesse de liberdade na instituição e regulamentação de seus serviços".

Adiante:

"Serviços próprios do Poder Público são, portanto, aqueles que se relacionam, intimamente, com a segurança, a higiene, a saúde, o bem-estar coletivo, e por isso mesmo devem ser prestados diretamente pelas entidades estatais, a todos os administrados gratuitamente ou a baixo preço".

E, referindo-se o mesmo autor, aos serviços de água potável e esgotos sanitários:

"As obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo a captação, condução, tratamento e despejo adequado, são atribuições precípuas do Município, com medidas de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular". ("DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO", 4ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p.87).

Os serviços públicos de saneamento básico, integrados ao Plano Nacional de Saneamento Básico — PLANASA, estão previstos na legislação federal pertinente, ou seja, Lei federal nº 6.528, de 11 de maio de 1978, que dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências e Decreto federal nº 82.587, de 6 de novembro de 1978, que regulamenta referida lei.

Tais serviços compreendem:

"a) — os sistemas de abastecimento de água definidos como o conjunto de obras, instalações e equipamentos, que têm por finalidade captar, aduzir, tratar e distribuir água;

b) — os sistemas de esgotos, definidos como o conjunto de obras, instalações e equipamentos, que têm por finalidade coletar, transportar e dar destino final adequado às águas residuárias ou servidas". (artigo 2º, § 2º do Decreto nº 82.587/78).

De acordo com o artigo 2º, "caput", do mesmo Decreto:

"São serviços públicos de saneamento básico, integrados ao PLANASA, aqueles administrados e operados por companhias de saneamento básico, constituídas pelos Governos Estaduais que, em convênio com o BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO, estabeleceram as condições de execução do Plano, nos respectivos Estados, observados os objetivos e metas fixados pelo Governo Federal".

Constituindo responsabilidade dos Estados:

"a) — destinar recursos para o cumprimento dos programas estaduais, com vistas a atingir os objetivos e metas do PLANASA, bem como, quando necessário, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das companhias estaduais de saneamento básico;

b) assegurar a gestão eficiente das companhias estaduais de saneamento básico e dos Fundos de Financiamento para Água e Esgoto (FAE) e observar as normas expedidas pelo BNH, relativas ao Sistema Financeiro do Saneamento (SFS)". (artigo 8º, do Decreto nº 82.587/78).

Inferese, por igual, da leitura do artigo 7º do mesmo Decreto, que constituem atribuições do Banco Nacional de Habitação (BNH), na condição de órgão central e normativo do Sistema Financeiro do Saneamento (SFS), entre outras:

— analisar e aprovar os planos estaduais de saneamento básico, integrante do PLANASA;

— propiciar, de acordo com seu orçamento, assistência financeira necessária à execução das programações estaduais de saneamento básico, visando a atingir os objetivos e metas do PLANASA.

Desta forma, atendendo-se à legislação federal, somente serão liberados recursos financeiros do Banco Nacional de Habitação às companhias estaduais de saneamento, se estas executarem serviços de saneamento básico, mediante projeto devidamente aprovado pelo referido Banco.

Por isso, os Municípios, mediante Convênio, têm celebrado com o Estado, através de suas companhias de saneamento, a execução de tais serviços de saneamento básico.

É o artigo 13, § 2º, da Constituição Federal, que diz:

"§ 2º — A União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para a execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais".

Em relação ao Município consulente, conforme informação constante no processo, já foi celebrado convênio entre o Município e a Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN), para a execução por esta última, do serviço de água, omissos o acordo quanto ao serviço de esgotos sanitários.

Consta no ofício encaminhado a esta Procuradoria declaração no sentido de que a CORSAN excluiu os serviços de esgotos sanitários, por não ter condições, a curto prazo, de realizar as obras para a implantação dos mesmos.

Referindo-se ao Plano Nacional de Saneamento Básico, acentua HELY LOPES MEIRELLES:

"O desejável seria a unificação técnica dos projetos e o financiamento federal e estadual aos Municípios, para que as Prefeituras e suas entidades autônomas executassem tais serviços sob a orientação e fiscalização dos órgãos responsáveis pelo Plano de Saneamento Básico do País. A produção industrial da água e o destino final dos esgotos sanitários, sim, poderiam ficar com o Estado, mas a distribuição domiciliar da água e a coleta de esgotos são serviços de peculiar interesse do Município, intransferíveis à União ou ao Estado". (op.cit., p.357).

Não vemos impossibilidade, do ponto de vista jurídico, de o Município realizar, dentro de sua autonomia própria, artigo 15, letra "b", da Constituição Federal, de início transcrito, os serviços de esgotos sanitários.

O inconveniente que parece existir de imediato quanto à referida execução, prende-se aos recursos financeiros previstos para tanto, uma vez que, segundo a legislação federal pertinente, somente às companhias estaduais de saneamento são deferidos tais recursos, liberados pelo Banco Nacional de Habitação, de acordo com o Plano Nacional de Saneamento — PLANASA.

No entanto, é aconselhável, se o Município pensa em executar por si próprio tal serviço, que observe quanto aos aspectos econômicos, sociais, e técnicos, as normas inseridas na citada legislação federal a respeito da matéria, de acordo com o programa federal e estadual de saneamento.

Assim procedendo, se o Município julgar conveniente, poderá, eventualmente, atribuir ao Estado a manutenção do referido serviço, já que a execução do mesmo se deu com tal observância, bem como sob a orientação da Companhia Estadual de Saneamento — CORSAN.

Adverte, ainda, HELY LOPES MEIRELLES:

"A rede de esgotos sanitários é obra pública indispensável em toda a cidade abastecida de água, mas a realização desse serviço exige aprimorada técnica, para que não gere maiores problemas com os lançamentos de dejetos 'in natura', provocando a poluição dos mananciais que servem as populações ribeirinhas.

Nestas condições, o projeto de esgotos deve ser precedido de certas cautelas". (op.cit., p.358).

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 1984.

SENHOR SECRETÁRIO:

Em atenção ao seu Of. nº 013/84/CJR, datado de 28 de agosto do corrente ano, no qual Vossa Senhoria solicita pronunciamento desta Casa sobre a viabilidade de serem os serviços de esgotos sanitários organizados pelo próprio Município, sem ser ferida a Lei federal nº 6.528/78 e o Decreto federal nº 82.587/78, apraz-me encaminhar-lhe o Parecer nº 5992 que espero possa elucidar a questão proposta.

Serve-se, também, a oportunidade, para manifestar-lhe as expressões de seu apreço, assegurando-lhe que este Órgão, através da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, estará sempre à disposição de Vossa Senhoria quanto a posteriores solicitações.

NEY SÁ

Procurador-Geral do Estado

A Sua Senhoria o Senhor Vereador CLÁUDIO SILVA RUFINO  
M.D. Secretário da Comissão de Justiça — Redação da  
Câmara Municipal de  
IJUI—RS  
Proc. nº 05942-10.00/94-PGE  
JF/ML

## RECURSOS DESTINADOS À CÂMARA MUNICIPAL

MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5991

CÂMARA DE VEREADORES — DUODÉCIMOS.

Dentro do orçamento municipal, compete ao Executivo fazer o repasse da verba destinada à Câmara de Vereadores, através de duodécimos, consoante dispõe a Lei Orgânica no artigo 158.

Independente, na espécie, o fato de haver ou não serviço de contabilidade em separado, porquanto em qualquer caso deverá ser feito o repasse pelo Executivo.

O Senhor Presidente da Câmara de Vereadores de Viamão solicita esclarecimentos a esta Procuradoria-Geral do Estado a respeito do Projeto de Lei nº 08/84, ora em tramitação naquele Legislativo, que cria o serviço de contabilidade da Câmara.

O diploma legal em referência tem o seguinte teor:

*“Art. 1º — Fica criado o Serviço de Contabilidade da Câmara Municipal de Viamão a ser regulamentado e estruturado através de Resolução.*

*Art. 2º — Ficará encarregado da Tesouraria o Coordenador dos Serviços Legislativos.*

*Art. 3º — Revogadas as disposições em contrário, esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação”.*

A indagação do consulente é sobre o repasse de um duodécimo que deverá ser feito à Câmara mensalmente, pelo Executivo, consoante disposição expressa no artigo 158 da Lei Orgânica.

2. A Câmara de Vereadores, juntamente com o Executivo, compõem o governo municipal. O orçamento municipal tal como o das demais esferas da Administração Pública deve obedecer os princípios da unidade, universalidade e da anualidade, de acordo com o que dispõe o artigo 2º da Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

A Câmara de Vereadores é uma Unidade Orçamentária dentro do Orçamento Municipal (artigo 14, Lei nº 4.320/64), e a liberação dos recursos a ela destinados deverá ser feita de acordo com disposição expressa do artigo 47 desta mesma lei que determina:

*“Imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de quotas trimestrais de despesa que cada unidade orçamentária ficará autorizada a utilizar”.*

A liberação dos recursos destinados à Câmara é feita geralmente através de duodécimos, de acordo com disposição das leis orgânicas. Este repasse deverá ser feito mensalmente ao Legislativo, e é obrigatório porquanto, sendo a Câmara uma unidade orçamentária deverá receber os recursos necessários à execução de suas despesas. Deve ser enfatizado que a liberação de recursos através de duodécimos independe da existência ou não de serviço de contabilidade na Câmara.

Nos Municípios onde a contabilidade da Câmara é feita em separado, as Tesourarias deverão elaborar seus programas de trabalho de acordo com o que dispõe a Lei nº 4.320 nos artigos 75 a 80, combinados com o artigo 71 e respectivos incisos da Constituição Federal, bem como os dispositivos da Lei Orgânica que regem supletivamente a matéria.

Em qualquer caso, entretanto, cabe ao Executivo efetuar o controle interno de acordo com o comando expresso do § 1º do artigo 16 da Constituição Federal.

Conforme sublinha HERALDO DA COSTA REIS, Assessor Técnico do IBAM:

"Descentralizada ou não a contabilidade do Legislativo, em qualquer caso o controle interno da execução do orçamento é exercido pelo Executivo, conforme o disposto nos artigos 75 e 76 da Lei nº 4.320/64, que reiteram o artigo 16 e 55 da Constituição Federal". ("O Papel do Vereador e a Câmara Municipal", pág.83).

4. Colocando a questão em termos objetivos, no que se refere à indagação do consulente, deve ser esclarecido que a liberação de recursos à Câmara, através de duodécimos, conforme disposição da lei orgânica, é imperativo de ordem legal, artigo 14 da Lei nº 4.320, e deve ser acatado pelo Executivo.

Por outro lado, compete à Câmara, através de seu serviço de contabilidade, efetuar os balancetes, relativamente ao uso das verbas que foram a ela destinadas, prestando conta dos gastos efetuados que deverão ser encaminhados à contabilidade da Prefeitura, mensalmente.

Sinala-se, também, que anualmente a Câmara deverá proceder a um inventário físico dos bens móveis, relação dos empenhos e o saldo de caixa, se houver, e também um balanete financeiro.

Em conclusão, cabe enfatizar que o repasse de duodécimos à Câmara Municipal pelo Executivo é uma decorrência da lei federal que rege os orçamentos públicos e o Município não pode deixar de fazê-lo porque a Câmara é uma unidade orçamentária e deve dispor de verba própria, tendo ou não serviço de contabilidade em separado, consoante já expusemos.

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 1984.

Of.Gab. 1523/84

Porto Alegre, 17 de dezembro de 1984.

SENHOR PRESIDENTE:

Em atenção ao seu Of. nº 165/84/DGR, datado de 29 de agosto do corrente ano, no qual Vossa Excelência solicita pronunciamento desta Casa sobre o Projeto de Lei nº 08/84, que cria o serviço de contabilidade da Câmara Municipal de Viamão, apraz-me encaminhar-lhe o Parecer nº 5991, que espero possa elucidar a questão proposta.

Serve-me, também, a oportunidade, para comunicar-lhe que este Órgão, através da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, estará sempre à disposição de Vossa Excelência quanto a posteriores consultas.

Valho-me do ensejo para apresentar protestos de apreço e consideração.

NEY SÁ

Procurador-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Doutor ANTÔNIO BECKER DA ROSA

DD. Presidente da Câmara Municipal de

VIAMÃO — RS

Processo nº 05893-10.00/84-PGE

JF/HF

## O PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS E AS PRERROGATIVAS DAS PROFISSÕES REGRADAS

NEY SÁ

Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

DEFRANCISCO GALLICCHIO

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

SPS OF. Nº 418

Brasília-DF

Em 07 de março de 1985

Senhor Juiz:

A fim de instruir o julgamento do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.528-RS (Reg. nº 6188559), impetrado neste Tribunal pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra ato desse Juízo, solicito a V.Ex.ª as necessárias informações sobre as alegações contidas na petição inicial, cuja 2ª via segue, em anexo, acompanhada dos documentos que instruem o pedido.

Comunico, ainda, que exarei nos autos do referido processo, despacho do seguinte teor:

"Concedo a medida liminar, *si et in quantum*, para sustar a eficácia daqueloutra concedida pelo MM. Juiz Federal impetrado, presentes que se encontram os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Requistem-se informações. Oficie-se."

Valho-me do ensejo para apresentar a V.Ex.ª protestos de apreço e consideração.

Ministro CARLOS THIBAU

Relator

Exmo.Sr.Dr. Juiz Federal da 5ª Vara  
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul  
Praça Ruy Barbosa, 57 — 4º andar  
90.000 — PORTO ALEGRE — RS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DA EGRÉGIA PRIMEIRA  
SEÇÃO DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS.

OBJETO: MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de suspensão liminar.

FUNDAMENTO: LEI Nº 1.535, de 31 de dezembro de 1951, artigo 1º. Artigo 188 combinado com o artigo 12, IV, e, ainda, § 1º do artigo 191 do REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, aqui representado por seu PROCURA-

DOR-GERAL, com fundamento nos dispositivos acima anotados, vem impetrar o presente MANDADO DE SEGURANÇA contra decisão interlocutória do Excelentíssimo Senhor JUIZ FEDERAL DA QUINTA VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL que determinou a suspensão da execução DO CONCURSO DE FISCAL DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS ao conceder liminar nos autos do Mandado de Segurança em que comparece como impetrante o CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL, sendo a autoridade dita coatora a EXCELENTÍSSIMA SENHORA SECRETÁRIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. E o faz mediante as razões abaixo articuladas.

## I — HISTÓRICO

1.1. Em vista da publicação no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul do EDITAL (C. 628) em que a administração local determinou a abertura, a partir de 11 de dezembro de 1984, com encerramento previsto em 31 de janeiro de 1985, do prazo para inscrição no concurso público para provimento de cargos na CLASSE "A", inicial da CARREIRA DE FISCAL DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS do Quadro da COORDENADORIA-GERAL DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, da SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA, o CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL impetrou junto ao órgão local da JUSTIÇA FEDERAL mandado de segurança objetivando "ANULAR O EDITAL DO CONCURSO E TODOS OS ATOS NELE ASSENTES OU EFEITOS NELE EVENTUALMENTE RESULTANTES" (cf. inicial, pedido). Requereu, outrossim, concessão de liminar pela qual se desse a "... SUSPENSÃO EM TODOS OS SEUS EFEITOS DO EDITAL IMPUGNADO, SUSTANDO TOTALMENTE O PROSSEGUIMENTO DO CONCURSO" (Cf. inicial, pedido).

1.2. Os fundamentos da impetração dizem, segundo o autor, com a nulidade do referido edital "... por contrariar a Lei Maior e transgredir preceitos expressos da legislação federal, ferindo direito líquido e certo do impetrante" (inicial, fls. 4 e 5). Argumenta que das atribuições referidas ao conteúdo ocupacional dos cargos sob concurso, as constantes do subitem 2.1.2. do maisinado édito, são as que o DECRETO-LEI FEDERAL nº 9.295, que rege a profissão dos CONTADORES E TÉCNICOS EM CONTABILIDADE, assina, com exclusividade, aos CONTADORES, ao que acrescenta, textualmente: "POUCO IMPORTAM AS OUTRAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DO CONCURSO, DE VEZ QUE NÃO TEM CARÁTER TÉCNICO PRÓPRIO DE PROFISSÃO DISCIPLINADA POR LEI FEDERAL" (cf. inicial fls. 8, item 7). Do que faz defluir, em conclusão final, vez que se admitiu a concurso titulados em nível superior de outras especialidades, a ilegalidade do ato. Veja-se, nos termos da impetração:

"Dessa maneira o Edital admite para o exercício de atividades, que o Decreto-lei federal. nº 9.295/46 atribui ao CONTADOR, em caráter privativo, outras profissões, em testilhas com a legislação federal, que assim transgride, e a Lei Maior, que reserva só para a União a regência das profissões liberais e técnico científicas, como fez quanto a de CONTADOR. Logo, o Edital é nulo porque infringe a Lei federal e Constituição vigente." (inicial fls. 9, item 14)

Ademais, aduz adminicularmente, o impetrante, que o DECRETO ESTADUAL Nº 31.613/84 extravasou o critério estabelecido pela Lei nº 7.354/80 ao admitir no elenco de habilitações ao concurso outros cursos de nível superior sem a necessária correlação com as atividades fiscais (Iei cit., artigo 1º, 1a., item V). Também por este motivo nulo seria o Edital em causa porquanto adota o elenco das habilitações admitidas pelo citado decreto que regulamentou a disposição acima indicada.

1.3. Sua Excelência o Doutor JUIZ FEDERAL DA QUINTA VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL concedeu a liminar constante do pedido, nos seguintes termos:

"Concedo a liminar para sustar os efeitos do edital do concurso público para provimento de cargos na classe inicial da carreira de fiscal do imposto

de circulação de mercadorias, bem como suspender o seu prosseguimento até sentença recorrível. Indefero a publicação de editais para ciência dos interessados no concurso, e determino ao revés que a autoridade dita coatora forneça nomes e endereços de todos os habilitados ao concurso até a presente data, para fins de notificação a ser requerida pelo impetrante para integrar a lide na qualidade de litisconsortes passivos. Oficie-se para as informações. Notifique-se. POA, 17.01.85."

1.4. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, ingressando na lide, pediu a revogação da liminar, suscitando, em caráter prefacial, a ilegitimidade "ad causam" da entidade impetrante por isso que "... em mandado de segurança, como em qualquer ação, ninguém pode ingressar em juízo para defesa de direito alheio, i.é, como 'substituto' processual', sem lei que o autorize." (cf. "in" Do Mandado de Segurança", pág. 91, 3a. Edição Forense, CELSO AGRÍCOLA BARBI).

Ao que se acrescentou, naquela oportunidade:

"... HELY LOPES MEIRELLES, após enfatizar a possibilidade da utilização do remédio heróico por pessoas jurídicas, órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais, sublinha que "o essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo." (Cf. Mandado de Segurança e Ação Popular, aut.cit., p.27, 3a. Ed., R.T. São Paulo). "Não há confundir, aduz o mestre paulista, "interesse, com direito subjetivo, líquido e certo, que é o único protegível por mandado de segurança." (op.cit., pág.27). E, após anotar que "o direito subjetivo do impetrante pode ser privado ou público, exclusivo ou pertencente a vários titulares ou mesmo a toda uma categoria de pessoas" o que sugeriria a legitimidade do então impetrante esclarece em síntese magistral:

"O que se exige é que o impetrante possa exercê-lo individualmente. Daí porque as sociedades, as associações, as corporações profissionais, os sindicatos não têm legitimação ativa para requererem mandado de segurança em benefício de seus associados." (cf. aut. e op.cit., pág.27).

1.5. Reproduziu-se, ao ensejo do pedido de revogação, a jurisprudência iterativa dos tribunais agasalhadora desta compreensível orientação doutrinária, citando-se longamente recente decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em espécie extremamente assemelhada à "sub judice", quer pela convergência dos pressupostos fáticos da impetração, quer, ainda, pela afinidade subjetiva. Tratava-se, como sumariou o eminente Ministro Relator LEITÃO DE ABREU, de ação de mandado de segurança na qual o CONSELHO FEDERAL DE BIBLIOTECONOMIA, também autarquia federal, insurgia-se contra ato praticado por autoridade, consistente na nomeação de LEIGO para cargo que, no entender do impetrante, pressupunha o exercício da profissão de bibliotecário, infringindo-se, assim, por igual em seu alvítre, tal como se pretendia na espécie, LEI FEDERAL REGULAMENTADORA DE PROFISSÃO.

Defendia-se a legitimidade de estar em juízo por seus associados pois velava-se "pela observância da lei regulamentadora da profissão" encargo que pressupunha a legitimidade para promover em juízo a anulação de atos que infringissem o estatuto da categoria profissional que lhe tocava proteger (Lei nº 4.084/62). Tanto quanto na espécie a que se alude, esta prerrogativa decorreria da disposição legal que incumbiu o CONSELHO FEDERAL DE BIBLIOTECONOMIA da fiscalização do exercício da profissão. O relator, após transcrever integralmente o artigo 8º da Lei nº 4.084, de 30 de junho de 1962, pretendido supedâneo legal da legitimação para demandar em juízo por direitos de seus associados, 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 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). Como 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).

1.6. O ora suplicante, ainda relativamente a preliminar, fez juntar cópias de julgados, que aliados aos listados no relatório da decisão que se citou longamente cujo rol se permite, agora, expressamente reproduzir (RE 70441, 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; MS nº 17.192, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, RTJ 51/347 e MS 18.428, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, RTJ 54/71), demonstravam que a decisão eleita como paradigma era reveladora de tendência uniforme da jurisprudência dos tribunais.

Dentre outros, originário desta CORTE colacionou-se o aresto proferido na Apelação Cível nº 46.787, publicada na RDA, vol. 146, pág. 224, com a seguinte ementa:

**CONSELHO 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.

Ao correr de seu voto, o relator, eminente Ministro EVANDRO GUEIROS LEITE, suscita nestes termos a questão da legitimidade dos Conselhos para os fins propostos, mesmo, como na espécie apreciada então, tratando-se de AÇÃO ORDINÁRIA que refoge aos angustos limites do conceito de "direito líquido e certo" subjacente às ações de segurança:

"Deparo-me, todavia, com argumento jurídico relevante, qual o de que em *nenhum diploma legal pertinente ao Conselho é-lhe atribuído o poder-dever de ir a juízo* para pleitear a nulidade do provimento de cargo público. Nem tal poder estaria implícito em suas atribuições, tal como definidas no artigo 10º do Decreto-lei nº 9.245/46, entre elas, especificamente, as de fiscalizar o exercício das profissões de contador e técnico em contabilidade, para impedir ou punir as infrações e, bem assim, enviando às autoridades competentes minuciosos e documentados relatórios sobre fatos que apurarem e cuja solução ou repressão não seja de sua alçada.

Como se vê, pelas atribuições dos Conselhos Regionais de Contabilidade eles existem como órgãos de registro, disciplina, fiscalização e defesa da classe. Eles constituem entidades corporativas com finalidades específicas em face do contabilista, *lato sensu*: assim sendo, não será possível aceitar-se que os Conselhos proponham ações judiciais para anular nomeações para cargos públicos, feitas pelo Estado, . . .

Considerando o Conselho que ocorreu infringência à sua legislação, como no caso do inspetor de finanças nomeado para a Secretaria de Segurança Pública incumbir-lhe-ia, tão-só, representar o Governo do Estado sobre a irregularidade do provimento do cargo, . . . *Ação direta para anular o provimento de um cargo público é que, me parece, não tem o Conselho OU QUALQUER ENTIDADE CORPORATIVA*. (Cf. RDA, vol. 146, 226/227).

1.7. À inofismável constatação de ilegitimidade "ad causam" da entidade impetrante, suficiente ao juízo de indeferimento da inicial (artigo 8º c/c artigo 6º da Lei nº 1.533/51),

com a extinção do processo (artigo 267, I, CPC) aliou o Estado a demonstração de inexistência dos pressupostos de concessão da liminar, tal como enunciado no dispositivo que a possibilita: *relevância do fundamento e ineficácia da medida quando deferida*.

Assim, no exame da relevância do fundamento que no dizer do Professor CELSO RIBEIRO BASTOS implica a verificação da relação de compatibilidade do pedido com o ordenamento jurídico e, pois, matéria de mérito do mandamus (cf. autor citado "in" MANDADO DE SEGURANÇA, 2a. Ed. Sulina, 1982, pág. 24), observou-se que, neste aspecto, a lide possuía um perfil insólito porquanto, a despeito de o Decreto nº 9.295/46, ter sido editado, vigorante ainda a CARTA POLÍTICA de 1937, de inefável vocação corporativista (Veja-se quanto a isto PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, artigo 150, § 23, LIBERDADE DE PROFISSÃO, Tomo V, pág. 500/501, Ed. RT, 1968), mesmo assim, por todos estes anos que já atingem quase meio século, *jamaís foi negado às entidades estaduais o direito a estruturarem o serviço público mediante carreiras, as mais diversas*, nas quais este se vê repartido em cargos com conteúdo ocupacional definido segundo as necessidades da administração pública local e não em decorrência de uma pré-ordenação de caráter federal, consoante critério de profissões estabelecidas em disposições normativas adreçadamente editadas para tanto; *jamaís se entendeu que estas leis*, que servem no estabelecimento e fiscalização de determinadas profissões liberais, *tivessem como endereçatário o serviço público*, tendo este que conformar sua prestação segundo os gabaritos legais existentes para tantas profissões quantas fossem as leis editadas a este título; não se tem notícia de demanda tendente a obrigar o serviço público, quer no âmbito federal quer no estadual ou municipal, a criar cargos com um determinado conteúdo ocupacional porque o exercício de determinada atividade ganhasse a disciplina de lei profissionalizante.

Inobstante, era exatamente esse, o OBJETO DA SEGURANÇA: demandava-se por provimento judicial QUE OBRIGASSE A ADMINISTRAÇÃO LOCAL via anulação do edital que abriu o prélio a outras profissões, A RESERVAR SOMENTE PARA OS HABILITADOS COMO CONTADORES OS CARGOS DE FISCAL DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, cujo conteúdo ocupacional, na melhor hipótese para a impetração, não se exaure nas atividades reconhecidas, em lei federal, como específicas de profissionais da área de contabilidade.

A interpretação veiculada pela sagaz peça vestibular desconhecia que a própria UNIÃO, de quem é entidade subordinada, posto que AUTARQUIA FEDERAL, no respeitante à estruturação do serviço público federal, não observava a partição corporativa das profissões liberais para o estabelecimento do conteúdo ocupacional dos cargos públicos. A este respeito, por significativo, trouxe-se à colação a regra do artigo 3º da Lei federal nº 5.987/73, que, para o ingresso na carreira de FISCAL DE TRIBUTOS FEDERAIS, exige, tão-somente, que o candidato possua "curso superior ou habilitação legal equivalente", violando, assim, a seguir-se o entendimento esposado pelo CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE, o ordenamento profissional que a própria União estabeleceu para as profissões liberais a partir de reconhecida competência privativa.

1.8. Ademais, disse-se, sobre ser insólito o pedido de segurança não agasalhava o melhor direito, ainda quando se pudesse ver direito e direito líquido e certo onde só se tem inescusavelmente interesse de categoria profissional.

A leitura que a tese do "mandamus" obrigava, faria conflitar os diplomas profissionalizantes com princípios os mais fundamentais, insitos em nosso ordenamento jurídico-constitucional, tais como: o PRINCÍPIO FEDERATIVO, disposição pétrea, verdadeiro vetor para soluções interpretativas (cf. MICHEL TEMER, "in" ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, pág. 11, Ed. R.T., São Paulo, 1982) e o PRINCÍPIO DE ISONOMIA que, no que tange aos cargos públicos, está transsubstanciado na garantia à acessibilidade, a todos os brasileiros, estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal (cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA in CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Ed. R.T., São Paulo, 1984, páginas, 178, 'in fine' e 179 e, ainda 448, e, ADILSON ABREU DALLARI "in" REGIME CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS pág. 24, Ed. R.T., São Paulo, 1976).

Fazia-se ver, no pedido de revogação da liminar, que é impossível a manutenção do

sistema federativo sem a respectiva autonomia, compreendida "como governo próprio dentro do círculo de competência traçado pela constituição federal" (cf. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, 2ª Ed. R.T., 1984, pág. 49). Mais, a capacidade de auto-administração e organização, a de auto-governo e legislação das unidades autônomas no Estado Federal, só encontra limites nos princípios estatuídos na Carta da Federação (cf. artigo 13 da Constituição Federal). Portanto nenhuma lei ordinária ou, "in casu", provimento normativo de caráter infra-constitucional poderá estabelecer limites à competência dos estados-membros sem quebra de sua autonomia e, por consequência, sem violação ao princípio federativo. Ao que se aduzia naquela oportunidade:

"As normas que os Estados estão obrigados a respeitar na organização da profissão de funcionário público são as constantes da Seção VIII do capítulo VII do Título I da Constituição da República Federativa Brasileira que diz 'Dos Funcionários Públicos'. E nenhuma daquelas disposições é compatível com a tese da impetração. Acrescente-se", dizia-se então, "com lembrança da exata lição do inolvidável mestre Professor RUI CIRNE LIMA, que o funcionário público está profissionalizado mediante o conjunto de normas que conforma seus deveres profissionais e direitos subjetivos, nada tendo a ver, entretanto, com a "disciplina legal da função pública" onde se tem estabelecido o conteúdo ocupacional dos cargos públicos. (cf. PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 3ª Ed., Sulina, 1954, § 20, nº 5). Portanto, com rigor, nem a Constituição Federal, que só estabelece normas acerca dos funcionários, possui preceito que cerceie a ampla autonomia dos Estados, quanto a disciplina do serviço público, que pela técnica da partição das competências remanesce (§ 1º, do artigo 13 da Constituição Federal) inteiramente à mercê dos interesses prevalentes da administração local."

Junte-se, agora, a isto a constatação elementar de que o funcionalismo público não se constitui em profissão liberal e ter-se-á, às claras, a total irrelevância dos fundamentos da impetração.

1.9. Mas também, diga-se agora, ferir-se-ia o PRINCÍPIO DE ISONOMIA com o deferimento da impetração. Estar-se-ia discriminado os demais habilitados em cursos superiores, afins às atividades de fiscalização, sem que com isso se pretendesse resguardar interesse prevalente da Administração Pública: em foco estariam, tão-somente, os interesses corporativos do CONSELHO DE CONTABILIDADE e de seus associados. Portanto, tal discernimento implica discriminação vedada taxativamente pelo artigo 153, § 1º, ferindo-se assim o sistema democrático.

Esta é, aliás, colocação que se fez em função da excelente lição colhida em ALCINDO PINTO FALCÃO a propósito da "acessibilidade aos cargos públicos". Veja-se em seus termos:

"Não há, porém, perfeito acordo entre os constitucionalistas sobre a filiação do direito de igual acesso aos cargos públicos. Para ROGER PINTO, trata-se de consequência necessária do princípio da igualdade perante a lei.

Essa, na verdade, a opinião mais encontrada nos autores. Mas há quem, como os recentes von MANGOLDT e KLEIN, divirja; estes adotam uma classificação própria, entre direitos passivos e ativos. Da primeira espécie serão os direitos a igual tratamento (die Rechte auf Gleichbehandlung) que dizem fazer parte dos negativien Statusrecht, que constituem os direitos fundamentais liberais e estes implicando a omissão de incursões estatais na posição jurídica comum dos cidadãos. Já à página 60 colocam o direito à admissão aos cargos públicos (das Recht auf Zugang zu den öffentlichen Ämtern) entre os direitos ativos, cívicos (die aktiven Statusrechte), como o de ativa e passiva capacidade eleitoral, etc.

Em termos de técnica, esta, a nosso ver, a colocação exata da questão. Poder-se-á, porém, sustentar, indo mais longe, QUE O POSTULADO DO IGUAL ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS, NOS DIAS QUE CORREM, É UMA EXIGÊNCIA DE QUALQUER FORMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO,

CO, tanto mais imperioso quando não é a própria forma democrática de Estado que se promete, MAS SIM O DE QUE O REGIME SERÁ DEMOCRÁTICO, como faz o nosso preâmbulo. Ora, como observa Carlo Cereti, a tendência atual democrática é transformar a igualdade política em igualdade concreta, social, que procura positivamente a PARIDADE DOS CIDADÃOS, p.ex., no acesso ao estudo, às carreiras, etc." (cf. ALCINO PINTO FALCÃO, 'in' CONSTITUIÇÃO ANOTADA, vol. III, pág. 63/64, Ed. José Konfino, 1957).

1.10. Perante o texto de 1937, quicá, a tese da impetração adquirisse plausibilidade. PONTES DE MIRANDA no-lo afirma que "... sob a Constituição de 1937... qualquer argumento contra o corporativismo seria fraco, porquanto, no artigo 140, o legislador constituinte programaticamente estabeleceu que a economia da produção se há de organizar em corporações, e essas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos desse e exercem funções delegadas de poder público." (cf. Comentários, vol. V, p.500/501). Cumpre, neste passo, anotar que o programa da CARTA OUTORGADA que criou o ESTADO NOVO foi rechaçado pelo legislador constituinte de 1946. Assim sendo, não se poderá ceder aos influxos corporativistas, presentes na legislação profissionalizante que se quer prevalente, na impetração, como norma interpretativa para fixar-se a restrição possível da garantia DA ACESIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS, constante do artigo 97 da presente Carta Política.

1.11. Portanto, certo é o enfoque de JOSÉ AFONSO DA SILVA relativamente às restrições que a lei poderá estabelecer à acessibilidade, na seguinte passagem:

"Mas esta (a lei) está limitada pela própria regra constitucional, de sorte que os requisitos nela fixados não poderão importar em discriminação de qualquer espécie ou impedir a verificação do princípio da acessibilidade de todos os cargos públicos." (cf. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO pág. 178/179).

É óbvio que não são inseríveis na cláusula restritiva da garantia da acessibilidade os interesses estabelecidos em função do destaque corporativo de alguma profissão, a não ser que coincidentes com o interesse público, sob pena de retroagir-se, nesta matéria, ao regime das corporações de ofício, dos círculos fechados, dos "beati possidentes" para cujo contraste a Revolução Francesa editou o princípio da liberdade de profissão. (cf. ALCINO PINTO FALCÃO, "in" Constituição Anotada, vol. II, pág. 130).

A medida do interesse público, está referida diretamente ao critério da otimização dos serviços estabelecidos em razão do fim mediato de toda atividade legítima do Estado: o bem comum. Daí porque, respeitados os critérios de uniformidade e generalidade, que estão à base do princípio de isonomia, a entidade de direito público interno, a que incumbe a organização dos serviços tem o poder de estabelecer os requisitos de capacidade, segundo critério prevalentes para a Administração. E é perante estes requisitos — que sustentam os interesses prevalentes da Administração — que se há de verificar a isonomia.

1.12. Na impetração, argumentava-se, "ad terrorem", que não se poderia preencher função pública com atribuições, v.g., de médico por quem não fosse habilitado para tanto. Mas, por evidente, neste caso o interesse público convergiria com o profissional. Longe de reforçar a tese do Mandado de Segurança, esta colocação a desmerece: em verdade o conjunto de atribuições do cargo de Fiscal do Imposto de Circulação de Mercadorias não pressupõe o desempenho de trabalhos técnicos de contabilidade; pressupõe, isto sim, e aqui a diferença relevante, conhecimentos de contabilidade. E isto, é necessário que se diga, tão-somente para algumas das atribuições constantes do item 2.1.2. do edital de abertura do concurso. Veja-se.

Consta daquele item, "punctum dolens" da segurança, como atribuição do cargo, ora em referência,

"2.1.2. — Proceder a exames, análises, confrontos, auditagens e perícias nos livros de escrituração contábil e fiscal, bem como na documentação expedida, recebida ou que se encontre em poder de pessoas sujeitas à fiscalização, constituindo o crédito tributário quando for o caso, por meio do lançamento em favor da Fazenda Pública Estadual."

Ora, os exames, análises, confrontos, auditagens e perícias *na documentação* expedida ou recebida ou que se encontre em poder de pessoas sujeitas à fiscalização, bem como a constituição do crédito tributário, mediante lançamento em favor da Fazenda Pública Estadual, são atribuições que *não constam* do rol de trabalhos técnicos de contabilidade na legislação dos contadores, ou seja, no artigo 25 do Decreto nº 9.295/46. Em verdade os contadores *não examinam, analisam ou periciam a documentação* que serve de base aos lançamentos contábeis para *perquirir, como os fiscais, de sua autenticidade ou da presença de adulterações fraudulentas, pois implicaria falta a deveres ético-profissionais no relacionamento com seus clientes*. Por outra, não constituem trabalhos técnicos de contabilidade mesmo os exames, as análises, os confrontos, as auditagens e as perícias *quando, tão-somente, objetivem, como na ação fiscal, a constatação de fraude à arrecadação*. Presupõem sim, conhecimentos de contabilidade mas não são trabalhos de contabilidade, na razão direta em que *não objetivem a execução e o aperfeiçoamento dos lançamentos contábeis ou a verificação de disfunções escriturais que prejudiquem sua correção e exatidão, bem como, a concordância destes com as situações estáticas retratadas nos balanços, etc.*

Mercê do que acima constou pode-se afirmar que a impetração não se revestia do necessário "fumus boni iuris" que viabilizasse a suspensão liminar do ato acobimado ilegal. Não continha o mínimo de plausibilidade para gerar convicção necessária ao deferimento liminar: *o fundamento da impetração, ao olhar afeiçoado ao direito, mais do que irrelevante é denunciador de pedido impossível, pois contrário a princípios fundamentais da ordem jurídica consagrada a nível constitucional.*

I.13. Finalmente, quanto ao argumento adminicular a que se aludiu no item I.2. da presente peça, o Estado respondeu, ao ensejo do pedido de revogação, da seguinte forma:

"E nem pode valer ao impetrante a alegação de que o Decreto estadual nº 31.613/84, havendo extravasado o conteúdo da Lei nº 7.354/80, implicaria a nulidade do Edital porquanto este adotara o elenco de cursos do mencionado decreto, pela simples mas curial razão de que a disposição regulamentada, ao estabelecer a correlação de outros cursos de nível superior com as atividades fiscais, editou verdadeira norma em branco a ser completada pelo executivo segundo os interesses prevaletentes da Administração. Significa dizer, contrariamente ao que consta da inicial, que a própria lei, ao aludir a conceito indeterminado como critério para a regulamentação, ensejou a ampla discricionariedade da entidade organizadora do concurso."

I.14. Outrossim, demonstrou-se a não-ocorrência do segundo pressuposto de deferimento da liminar: a ineficácia da medida quando deferida.

Aduz-se, agora: se se pode afirmar com HELY LOPES MEIRELLES que "Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado" porquanto... o ato nulo (ou inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação." (cf. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, pág. 182, Ed. R.T. 1981), então, nenhuma lesão a direito que o ato impugnado pudesse ocasionar subsistiria à decretação da nulidade do concurso, mantendo-se, assim, inatingível pelo fato consumado (por não suspenso) a ampla eficácia da sentença.

No pedido de revogação, a este título ainda afirmou-se:

Em verdade, o despacho liminar, excessivo em seu zelo cauteloso, sobrestou toda uma legítima atividade, tipicamente administrativa, sem a ocorrência, sequer, de perigo de dano irreparável a direito subjetivo que pudesse ser qualificado como "líquido e certo"... Os contadores não se encontram afastados do competitivo a que alude o Edital que se quer nulo, portanto o direito líquido e certo de participar da competição para provimento de cargos de FISCAL DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS em nenhum momento foi violado, atingido ou ameaçado pela autoridade administrativa que editou a peça convocatória: não padecem, outrossim, de qualquer ameaça neste sentido, sequer.

Nem mesmo o interesse genérico, insuscetível, como se viu, de proteção via mandado de segurança, consistente na participação exclusiva da categoria profissional dos contadores, no concurso em tela, estaria definitivamente fraudado pela realização do mesmo. Isto por singelas razões: a mais ampla é a que acima se deduziu, anulado o edital de abertura

do prélio, nulas seriam suas conseqüências, na forma do pedido; e a de menor, admitindo-se "ad argumentandum tantum" o aproveitamento parcial pelo judiciário dos atos administrativos de outros poderes, ter-se-ia por conseqüência do provimento da segurança, a nulidade de nomeação de quantos não fossem contadores por falta de habilitação legal para titularem os cargos que, a teor da decisão, pressuporiam tão-somente esta formação profissional.

I.15. "Ad instar" das razões que acima declinou, o Estado do Rio Grande do Sul pediu a revogação da liminar, no que não foi atendido por sua excelência o Dr. Juiz Federal que titula a Quinta Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (Cf. Agravo de Instrumento, cópia anexa).

## II — DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

II.1. CELSO RIBEIRO BASTOS, quando do exame das condições de admissibilidade da ação de segurança contra atos judiciais, enfatiza a aparente dificuldade de seu cabimento porquanto, em seu dizer, "... estes são praticados, precisamente, no desempenho da função estatal de dizer o direito aplicável à espécie..." (Cf. aut. cit. "in" DO MANDADO DE SEGURANÇA, Ed. Saraiva, 1982, pág. 47).

Alguns autores, exacerbando a lógica interna do sistema jurídico, inadmitem que, o próprio Judiciário, na prática de atos jurisdicionais, possa cometer ilegalidades insanáveis pela via recursal e concluem que o mandado de segurança que se conceda nesta área funcionaria como meio de revisão anômala, cuja força eversiva desestabilizaria o sistema recursal pondo em perigo a própria segurança e a estabilidade da ordem jurídica. (Cf. LUIZ EULALIO DE BUENO VIDIGAL, Do Mandado de Segurança, São Paulo 1953, pág. 111 e seguintes; CELSO AGRICOLA BARRI, "in" do Mandado de Segurança, 2ª Edição Forense, 1966, pág. 81 a 87, com destaque aos nºs 115 e 116; confira, outrossim, a referência de MILTON FLAKS "in" MANDADO DE SEGURANÇA: Pressupostos da Impetração, pág. 175).

Outros, com vistas a maior expansão do preceito constitucional de garantia, propugnam pela admissibilidade da medida sempre que ao recurso adequado não for conferido efeito suspensivo. HELY LOPES MEIRELLES, após citar o texto constitucional relativo ao mandado de segurança, acresce enfaticamente: "Provenha o ato ofensor do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, o *mandamus* é o remédio heróico adequado, desde que a impetração satisfaça aos seus pressupostos processuais" (Cf. MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR, 3ª edição R.T., pág. 22). Anteriormente, esta mesma orientação fora sufragada por CASTRO NUNES (Cf. op. DO MANDADO DE SEGURANÇA, 7ª Ed., atualizada por José de AGUIAR DIAS, Forense 1967, pág. 98 e seguintes). Há ainda os que militam por interpretação literal ao item II do art. 5º da Lei nº 1.533/51 que, editado no sentido de espancar a divergência, nada mais fez, segundo dizer de C. Agrícola Barbi, que mantê-la, descontentando, assim, gregos e troianos" (cf. aut. e op.cit. pág. 84). Neste sentido autores de tomo como SEABRA FAGUNDES, "in" O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO, pág. 268 e 269, 4ª Ed. Forense 1967 e o festajado VICTOR NUNES LEAL "in" PROBLEMAS DE DIREITO PÚBLICO, pág. 455 em diante, especialmente no nº 15, 1ª Ed. Forense 1960. E, finalmente, por singular a posição de J.J. CALMON DE PASSOS revelada em trabalho que Celso A. Barbi qualificou, embora a ele não aderindo como "o mais perfeito, sistematizado e original estudo... para justificar o uso do mandado de segurança contra ato judicial" (op.cit. pág. 84) e pelo qual se admite o remédio heróico contra ato judicial passível de recurso com efeito suspensivo, porém não interposto e sentença final transitada em julgado. Veja-se nesse sentido a referência do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE no RE 76.909-RS, "in" RTJ 70/504.

II.2. Constata-se, pois, ao estudo, ser a questão em tela das mais tormentosas e, ainda, não pacificada embora nascida com a própria criação do instituto de segurança. (Cf. Milton Flaks, op. cit. pág. 174).

Esta circunstância, revelada a partir do esforço doutrinário de sistematização das

condições de admissibilidade do mandado de segurança contra atos judiciais, aliada ao fato inarredável de que, a despeito do sistema recursal comum (Cf. Hely Lopes Meirelles, op. cit. pág. 22) e malgrado a função própria do magistrado (Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, op. cit. pág. 48), existem casos em que o ato jurisdicional lesa irreparavelmente direito líquido e certo, levou a jurisprudência a elaborar, "more" construtivo, um itinerário para a admissão do mandado de segurança contra ato judicial.

11.3. Os autores consideram "leading case", reformulador do entendimento do verbete 267 da SÚMULA DO STF o acórdão no R.E. 76.909, originário do Rio Grande do Sul, com a seguinte ementa:

1. Ação de segurança para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado.
2. Votos vencidos.
3. Recurso extraordinário conhecido mas não provido."

Confira-se a este propósito Milton Flaks, na obra acima citada: a afirmação neste sentido consta do nº 215; outrossim, veja-se a introdução ao artigo MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA INTERLOCUTÓRIA CUJO RECURSO NÃO TIVER EFEITO SUSPENSIVO, Galeno LACERDA, no nº 3, pág. 42, Revista AJURIS.

Pois bem, no extenso voto proferido pelo eminente relator da espécie citada, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, declinam-se as condições de admissibilidade de mandado de segurança contra ato judicial, nos seguintes termos: "Verbis":

De minha parte, creio, que não cabe propriamente consertar o que se entenda ter sido erro, ou infelicidade do legislador. A questão da recorribilidade das interlocutórias é das mais controversas e aflitivas da ciência jurídica processual e, por isso mesmo, suscetível de opção por parte do legislador. . . Bem ou mal, o legislador optou pela restrição à recorribilidade das interlocutórias, e não lhe farei a injustiça, *data venia*, de supor que o motivou a ignorância do velho direito e da tradição luso-brasileira.

Nem por isso, porém, inadmito pura e simplesmente o uso do mandado de segurança contra atos ou decisões judiciais. Sequer poderia fazê-lo, pois o próprio legislador o admite, ainda que restritivamente.

*Na fixação das linhas dessa restrição é que bate o ponto.* Não aceito que só o fato de não ser suspensivo o recurso cabível do ato que se quer impugnar, seja bastante para autorizar o uso do mandado de segurança. A ser assim, chegar-se-ia à conclusão, que me parece estranha e anômala, de admitir o *writ* contra todas as interlocutórias agraváveis por instrumento, salvo aquelas em relação as quais a lei permite ao juiz atribuir ao agravo o efeito de suspender a decisão recorrida, e assim mesmo, quanto a estas, de admiti-lo quando o juiz, no uso ponderado da faculdade que lhe confere a lei, entendesse de não impor a suspensividade. Conseqüência mais estranha e mais anômala seria, nessa mesma linha, admitir-se o *writ* contra decisões apeláveis e apeladas, mas sem efeito suspensivo, por expressa disposição legal, ou pelo menos, contra os despachos que, obedecendo à lei, recebessem tais apelações no só efeito devolutivo.

*A não-suspensividade do recurso cabível é, certamente, para mim e creio que para todos, condição necessária à admissibilidade do mandado de segurança, pois não teria sentido subverterem-se a progressão e o desdobramento regulares da relação processual com a intercalação de *writ* inócuo, que objetivasse a fim já garantido pelo próprio recurso ordinário. Mas não é, nem pode ser, condição suficiente.*

*O dano irreparável, ameaçado pelo ato que se quer impugnar, parece-me idôneo e útil à solução de cada caso concreto.* Este, porém, é critério de determinação *a priori* igualmente difícil, não tanto quanto à eficácia danosa do ato questionado, como quanto à efetiva irreparabilidade do mal ameaçado, se concretizado. Por isso, afasto, desde logo, pelo menos em sua generalidade, o dano *ex jure*, cuja irreparabilidade se tem como adjeta da ilegalidade do ato

causador. Por um lado, sua aceitação incondicional produziria, na prática, o resultado anômalo de admitir-se mandado de segurança contra a virtual totalidade das decisões agraváveis e apeláveis apenas devolutivamente, pois de todas se diria, como se diz nos agravos e nas apelações, serem ilegais por decidirem contra a vontade da lei, ou à margem dessa vontade. Por outro, a noção de ilegalidade pode entender-se em termos de intensidade e gradação, tal como fez este Supremo Tribunal relativamente ao cabimento, que nesse ponto oferece afinidade com o discutido, do recurso extraordinário pela letra a, do que é patente exemplo a Súmula 400. *Só admito, portanto, relativamente ao dano ex jure e assim mesmo em linha de princípio, aquele que se faz timbrar por ilegalidade patente ou manifestado ato que o ameaça*, idéia que penso poder abranger, como em alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal, as hipóteses de radical incompetência *ratione materiae*, ou de falta pura e simples jurisdicção.

*Quanto ao dano real, que resulta de sua própria natureza, aperto-lhe as cravelhas da irreparabilidade, na qual ponho ênfase definitiva e da qual faço certa aproximação, ainda que em termos elásticos, com impossibilidade objetiva de reparação.*

*Em suma, condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não-suspensividade do recurso acaso cabível ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correição a que também alude a lei, uma ou outra somadas ao dano ameaçado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado e, com menor exigência relativamente a tal ilegalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável.* (Cf. Rev. Trimestral de Jurisprudência, vol. 70/504).

11.4. Portanto, se a despeito do entendimento que anteriormente era dado à Súmula 267 do STF, em consonância com o aspecto literal da disposição legal negativa, qual seja o item II do artigo 5º da Lei nº 1.533/51, (Cf. Alfredo Buzaid, na ref. de Milton Flaks, op.cit. pág. 178), a jurisprudência, de forma geral, a vinha enriquecendo pela discriminação entre os recursos com ou sem efeito suspensivo (Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, op. cit. pág. 49), posteriormente ao julgamento da espécie constante do RE 76.909/RS, que acima citou-se longamente, não paira a menor dúvida quanto ao cabimento do mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial que se não possa revisar mediante recurso ou correição que obste, por igual, face a antecipação de eficácia da correição ou efeito suspensivo do recurso, o dano irreparável ameaçado pela ilegalidade manifesta do ato impugnado (dano *ex jure*) ou pela objetiva irreparabilidade da lesão (= impossibilidade objetiva da reparação) a direito líquido e certo subjetivável.

Assim que, superada favoravelmente a questão do cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial, cumpre agora demonstrar para a espécie sua verificação o que constitui o mérito do presente pedido.

### III - MÉRITO

III.1. Ultrapassada a redação primitiva da cláusula que, na Constituição de 1967, concedia mandado de segurança a "direito individual líquido e certo", com a supressão do adjetivo "individual" pela Emenda Constitucional nº 1/69, não tem mais sentido a querela doutrinária, então suscitada, acerca da restrição ao cabimento do mandado de segurança: pretendiam alguns doutrinadores a limitação do remédio heróico ao âmbito das violações aos direitos e garantias individuais (Cf. Milton Flaks, op.cit., pág. 119). Do que se deduz, com PONTES DE MIRANDA, que a natureza do direito é irrelevante: poderá ser público ou privado, pessoal ou real, patrimonial ou não patrimonial (Cf. Comentários à Constituição, com a Emenda nº 1/69, 2ª Ed. RT, 1973/74, vol. V, págs. 341/342).

III.2. Por igual, não reconhece a doutrina a menor restrição às pessoas jurídicas para valerem-se ativamente do mandado de segurança, e dentre estas avulta certamente como ente jurídico de direito público interno cada um dos Estados-membros da Federação (Cf. item II do art. 14, do Código Civil).

HELY LOPES MEIRELLES é elucidativo quanto à questão e, no que fere o ponto, diz textualmente:

*"Impetrante. . . Tanto pode ser pessoa física como jurídica, órgão público ou universalidade patrimonial privada. . . O que se exige é que o impetrante tenha o direito invocado, e que este direito esteja sob a jurisdição da justiça brasileira. . ."*

O fato de o mandado de segurança estar incluído entre os direitos e garantias individuais (Constituição da República, artigo 153, § 21), não exclui a sua utilização por pessoas jurídicas, nem por órgãos públicos despersonalizados, nem por universalidades patrimoniais. (Cf. MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR 3ª Ed. R.T., pág. 27)."

III.3. Outrossim, no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, "os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de direito público interno" (Cf. autor cit. "in" CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, 2ª Ed. R.T., pág. 49). Seres de criação constitucional vertebam-se pelo exercício de sua autonomia destacável, como já se fez ver no histórico, sob quatro aspectos:

1. capacidade de auto-organização; 2. capacidade de autogoverno; 3. capacidade de autolegislação e 4. capacidade de auto-administração. Estes direitos são conferidos aos Estados-membros brasileiros pela Constituição Federal, respectivamente, quanto ao enumerado em 1), art. n.º 13; 2) art. n.º 13, § 2.º e § 6.º comb. com o art. n.º 10, item VII b) e c) e, ainda, art. n.º 144; 3) art. n.º 13 "caput" e 4) art. n.º 13, § 1.º. Por outra, impõe-se deveres aos Estados-membros que nenhuma determinação quer de caráter normativo quer judicial poderá relevar sem quebra de sistema e ofensa a princípios ensejantes de declaração de inconstitucionalidade ou, quanto aos atos judiciais, de declaração de nulidade por ilegalidade.

III.4. Assim o despacho judicial que concedeu a liminar sem que ocorresse ameaça à eficácia do mandamus se deferido, ao desconhecer a ABSOLUTA ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" do CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE desta unidade da FEDERAÇÃO para postular em mandado de segurança em nome de seus associados; ao sobrar o acautelamento de interesse genérico em liminar de ação de SEGURANÇA que não pode veicular interesses mas tão-somente direitos líquidos e certos; ao viabilizar ofensa ao princípio federativo com o sobrestamento de típica atividade administrativa ligada à faculdade de autogoverno e autoadministração na qual o poder discricionário da administração local não pode sofrer nenhum contraste de interesses privilegiadores de categoria profissional, 'maxime' se a ação administrativa está vetorizada pelo maior alargamento possível do princípio de isonomia face a seus interesses peculiares no preenchimento de cargos públicos, não fez senão cometer as ilegalidades afluídas ao correr das presentes razões, SOB COLOR DE PRATICAR ATO CONFORME AO DIREITO, eis que não se pode entender nenhuma faculdade discricionária, v.g. conceder ou não o juízo liminar, senão sob pálio da lei e com fundamento nela.

Acresce notar que a espécie constitui notável exemplo de dano "ex jure". A irreparabilidade é adjeta à própria ilegalidade da decisão posto que nem se poderá ter por indenizável o dano porquanto, via de regra, e aqui não se tem a exceção, os atos jurisdicionais são insuscetíveis de gerar direito à indenização (Cf. "Responsabilidade Civil do Estado", Amaro Cavalcanti. Tomo II, pág. 446, Ed. Borsoi, Rio/1967; YUSSEF SAID CAHALI "Responsabilidade Civil do Estado, pág. 201 e seguintes, Ed. R.T. — S.Paulo/1982), nem se removerá o dano, até aqui ocorrido, com o deferimento do presente mandamus: evitar-se-á a sua continuidade e ampliação.

Verifica-se, outrossim, "in casu" o segundo tipo de dano, dos isolados no voto do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE como necessários, a admissão do mandado de segurança contra ato judicial: o dano real, cuja nota fundamental consiste em "sua efetiva e objetiva irreparabilidade".

O dano real à economia do Estado é por si só evidente. Demonstra-o o ofício n.º 067/85 remetido pelo Sr. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO GRANDE

DO SUL a esta PROCURADORIA-GERAL, de cujo conteúdo chamo ao destaque as seguintes passagens:

Referida decisão acarreta grave prejuízo de natureza econômico-financeira para o Estado do Rio Grande do Sul, que tem nesse tributo sua principal fonte de recursos.

É que a liminar concedida vai redundar em considerável atraso no andamento do processo seletivo ora em vias de realização, retardando, em muito, a nomeação de novos Fiscais do ICM, ainda mais que o próprio julgamento do feito virá a sofrer delongas intermináveis com as notificações individuais determinadas pela autoridade judiciária.

Ora, é fato público e notório que o comportamento das receitas impositivas depende, em escala preponderante, do desempenho da fiscalização exercida sobre o sujeito passivo da obrigação tributária; com efeito, o pleno exercício do controle fiscal, em relação ao fluxo de ingressos financeiros de qualquer imposto — especialmente os grandes tributos nacionais incidentes sobre a produção e a circulação das riquezas (IPI e ICM) — assume relevância decisiva para o Poder Público tributante.

Existem, à hora presente, 68 vagas na classe inicial da carreira de Fiscal do ICM, cujo preenchimento, a curto prazo, constitui a causa primeira da realização do Concurso C. 628; a perspectiva imediata, todavia, é de que tais lacunas se multipliquem, em ritmo acelerado, dada a substancial quantidade de servidores do quadro fiscalizador que se encontram em vésperas de completar tempo suficiente à obtenção de aposentadoria.

Outro fato que ilustra a importância, sob o aspecto econômico-financeiro, da obtenção de rápida solução da atual lide, consiste no elevadíssimo percentual alcançado pelo ICM no concerto das receitas tributárias — 97%; trata-se de índice mais do que eloquente, que dispensa, inclusive, maiores comentários sobre a esmagadora influência exercida pelo referido imposto no comportamento das finanças estaduais, bem como sobre a ingente necessidade de mantê-lo sob estrito controle do Poder Público, o que depende, de forma incontornável, dos recursos humanos disponíveis." (Cf. Ofício citado em anexo).

De outra parte, não seria demasia enfatizar o que, por óbvio, o Sr. Secretário da Fazenda não referiu: o efeito indireto da ação fiscalizadora na arrecadação. Ora a distensão da ação fiscalizadora, a causa da insuficiência de recursos humanos, como se tem agora, implica perda indireta inestimável para os cofres do erário público, 'maxime' em época de recessão em que por efeito da crise os ingressos rebaixam para toda e qualquer atividade.

De outra parte, constitui conhecimento público, portanto de comprovação desnecessária, a existência de imensa dívida dos Estados. O Rio Grande do Sul, nisto, não constitui exceção: a dívida do ESTADO atinge, presentemente, a superlativa quantia de aproximadamente TRÊS TRILHÕES DE CRUZEIROS. . . por isso é absolutamente impensável transigir, ou permitir que se transija, sob qualquer pretexto, com a arrecadação da maior e quase que exclusiva fonte de ingressos do erário estadual: O IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS.

III.6. Ainda quanto a este aspecto, ressalte-se derradeiramente o fato crucial DA IMPOSSIBILIDADE OBJETIVA DA REPARAÇÃO DESTE DANO: a cada dia, a cada hora, e, virtualmente, a cada minuto, sabe-se, praticam-se evasões e fraudes fiscais. À mingua de pessoal de fiscalização fatalmente este prejuízo uma vez verificado é objetivamente insuscetível de reparação. Estas afirmações independem de comprovação por serem dados da experiência comum, ministrados pelo trato mínimo das categorias da ciência das finanças e do direito fiscal — (art. 335 do CPC).

III.7. Relativamente ao agravo de instrumento interposto da decisão concessiva de liminar, na espécie ora em causa, sabe-se que, por não se tratar das restritas hipóteses contempladas no artigo 558 do CPC, seu efeito é meramente devolutivo, perfazendo-se, portanto,

o pré-requisito de admissibilidade da ação de segurança, exigido na construção jurisprudencial, quanto a este ponto. (Cf. texto do Voto do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, anteriormente citado, parte final).

#### IV – PEDIDO

##### PELO EXPOSTO,

considerando a reconhecida capacidade constitucional dos Estados, como entes jurídicos de direito público interno, para titularem direitos perante a mesma ordem jurídica que lhes enseja a criação:

considerando que a concessão da liminar na espécie anterior implicou as manifestas ilegalidades apontadas ao correr das presentes razões;

considerando que o agravo de instrumento, recurso que se dispõe para revisar a liminar, não possui eficácia suspensiva;

considerando ainda, a ocorrência na espécie não só de dano "ex jure" como, também, de dano real, objetivamente irreparável,

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL pede:  
(LIMINARMENTE)

- (a) a suspensão da liminar concedida pelo juízo impetrado, face a relevância dos motivos assinados nas presentes razões e a ineficácia absoluta da segurança para remover a final os prejuízos continuados que a liminar vem ocasionando ao impetrante e, ainda, a final,
- (b) a procedência da presente ação de segurança para que se revogue definitivamente a citada liminar por inócorrentes os pressupostos de sua concessão.

Termos em que, com os documentos anexos,

P. Deferimento.

Porto Alegre, 5 de março de 1965

Ney Sá  
Procurador-Geral do Estado

Defrancisco Gallicchio  
Procurador do Estado

Nº 074/85 – VB

PROCESSO : MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.528-RS; REGISTRO Nº 6188559

REQTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQDO : JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA-RS

RELATOR : EXMº SR. MINISTRO CARLOS THIBAU

#### PARECER

Mandado de Segurança impetrado contra ato judicial concessivo de liminar em ação mandamental – Impetração objetivando a suspensão "in limine" da medida concedida na instância "a quo", assim como, a final, sua cassação definitiva – Segurança que merece ser concedida, em face da ocorrência dos pressupostos exigidos.

#### A ESPÉCIE:

1 – Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra ato do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária daquele Estado que, concedendo a liminar requerida nos autos da ação mandamental ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul contra ato da Srª Secretária de Administração Pública daquela Unidade Federativa, coibiu o ora impetrante de ultimar, mediante o respectivo prosseguimento, o concurso público para provimento de cargos de Fiscal do Imposto de Circulação de Mercadorias.

2 – Inconformado com a concessão da medida liminar acima mencionada, o Estado-membro ora impetrante, tempestivamente, agravou de instrumento a decisão interlocutória correspondente, postulando sua revogação pela instância "ad quem".

3 – Recebido o agravo no efeito devolutivo, circunstância esta hábil a retardar a revogação postulada até o julgamento do recurso, o Estado, sob alegação de dano irreparável a se originar do ato judicial atacado, impetrou a segurança sob exame, objetivando, liminarmente, a suspensão da eficácia da medida liminar concedida pelo MM. Juiz impetrado, e, a final, sua revogação definitiva, como consectário natural da procedência do pedido veiculado pela excelente peça exordial.

4 – Liminarmente suspensa pelo Exmº Sr. Ministro Relator a eficácia da liminar concedida pelo juízo "a quo", e a ele requisitadas informações, foram estas prestadas às fls. 74/76 dentro do prazo legal.

5 – Informando, o MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul relata, sinteticamente, o histórico do feito mandamental ainda em curso na primeira instância, e junta cópia das peças adunadas nos respectivos autos.

6 – Manifestando-se às fls. 111/113, aduz o Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul ser incabível o mandado de segurança impetrado pela Unidade da Federação, assertiva esta que entende lastreada nas súmulas 267 e 268 do STF, assim como no entendimento de ser privativa do Exmº Sr. Ministro Presidente do TFR a competência para suspender medida liminar concedida por Juiz Federal. Daí, na esteira dos argumentos deduzidos, petição seja indeferido sumariamente a ação ora em exame.

7 – Ciente, segue o parecer do Ministério Público Federal.

#### O PARECER:

8 – Vista a matéria, inicialmente deixo de arguir qualquer prefacial, por entender cumpridos os pressupostos processuais, bem assim as condições do direito de agir. (CPC, art. 267, IV e VI).

9 – Inclusive, no particular, face ao disposto no § 1º do artigo 191 do RITFR, entendo não merecer acolhida a preliminar suscitada pelo Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul.

10 – Por outro lado, no tocante à alegação de ser incabível, no caso, a ação mandamental, basta dizer, em sintonia com as razões do impetrante, que doutrina e jurisprudência, ao interpretarem o artigo 5º, II, da Lei nº 1.533/51, admitem o cabimento da via eleita para impugnar ato judicial atacável apenas por recurso com efeito devolutivo, ou modificável por via de correição, desde que o ato possa gerar dano irreparável.

11 – Tanto isto é verdade que o Plenário do STF, no julgamento do RE Nº 76.909, interpretando aquele dispositivo legal, assim como o alcança da Súmula Nº 267, fixou o seguinte princípio:

"Ação de Segurança formulada para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advinha dano irreparável cabalmente demonstrado", (RTJ., 70/504).

12 – Comentando o dispositivo, salienta Pontes de Miranda que:

"Explicitamente, diz o art. 5º, II, da Lei Nº 1.533, que só se pré-exclui a pretensão do mandado de segurança se há a via recursal, ou a via correicional pela qual se possa

obter a modificação do despacho judicial, ou da decisão judicial. A modificação conseguível há de ser tal que, com a decisão judicial em grau de recurso, ou em correição, sendo favorável, se afaste a inquietação ao direito certo e líquido. Se há a via recursal ou cabe a correição, mas a decisão do corpo julgador do recurso ou do corregedor, não poderia eliminar a ofensa, ou retirar a ameaça, o art. 5º, II, não incide, e é intentável a ação de mandado de segurança".

(in Coment. ao CPC de 1939, V, 2ª ed., p.173).

(Citações extraídas do voto do Exmº Sr. Min. Antônio Neder, prolatado no julgamento do RE Nº 80.191-SP, constante da RTJ 87/96).

13 — Assim, entendendo cabível a ação proposta, impõem-se o exame do mérito da questão, que implica em se dizer sobre a procedência ou não da pretensão do impetrante, consistente na revogação definitiva da medida liminar concedida pelo impetrado.

14 — No particular, saliente-se que a revogação definitiva da medida liminar concedida por juízo monocrático prende-se tão-somente, em casos como este, à existência da possibilidade de dano irreparável, decorrente do ato judicial que se visa revogar.

15 — Ora, depreende-se que a medida que se busca alcançar tem natureza eminentemente preventiva, de modo que ela deve anteceder à concretização do dano. Aliás, evitar o dano é sua finalidade exclusiva.

16 — Em face do caráter preventivo da medida, impõe-se concluir não ser cabível a prova da efetivação do dano, bastando, para o deferimento do pedido, que ele se funde em circunstâncias fáticas que possibilitem a antevisão da ocorrência danosa.

17 — Sendo assim, e a propósito, é de insofismável clareza o ofício de fis. 46/49, trazido aos autos pelo impetrante, de cujo texto vale transcrever os seguintes parágrafos, *verbis*:

"O prejuízo que recai sobre o Estado com a não-admissão de novos agentes da Fazenda Pública também se manifesta quando do exame da relação custo/benefício, que sempre — há quase meio século — se tem mostrado altamente positiva — na proporção de até 1 por 20 ou 30 — tomado o trabalho de cada Fiscal do ICM, a título individual.

Do estudo estatístico da atividade fiscal desenvolvida em 1984, por exemplo, verifica-se que foi obtida *produção diária, por servidor*, da ordem de Cr\$ 4.500.000, valor de significado grandemente expressivo, ainda mais se for levado em conta o seu caráter de cifra *média*; na prática quotidiana, a recuperação do custo mensal de um só Fiscal faz-se em apenas três dias de seu trabalho, tendo em vista apenas o tributo songado, sem cogitar da impropriedade no pagamento do tributo declarado e os resultados indiretos das ações do grupo fisco.

Outro fato que ilustra a importância, sob o aspecto econômico-financeiro, da obtenção de rápida solução da atual lide, consiste no elevadíssimo percentual alcançado pelo ICM no concerto das receitas tributárias — 97%; trata-se de índice mais do que eloquente, que dispensa, inclusive, maiores comentários sobre a esmagadora influência exercida pelo referido imposto no comportamento das finanças estaduais, bem como sobre a ingente necessidade de mantê-lo sob estrito controle do Poder Público, o que depende, de forma incontornável, dos recursos humanos disponíveis".

18 — Com estas considerações, e observado que o dano irreparável temido pelo impetran-

te restou cabalmente demonstrado, conforme faz certo o ofício parcialmente transcrito, além das razões constantes da inicial, opinamos pela concessão da segurança na forma postulada.

É o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 27 de março de 1985.

MAURÍCIO VIEIRA BRACKS  
Procurador da República

APROVO:

PAULO A. F. SOLLBERGER  
SubProcurador Geral da República

**TRABALHOS FORENSES**

# PROCURADOR DO ESTADO. REMOÇÃO

CAIO MARTINS LEAL

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Objeto: MANDADO DE SEGURANÇA (COM PEDIDO DE LIMINAR)

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, impetrar mandado de segurança contra ato de Excelentíssimo Senhor Senhor Doutor Juiz de Direito da 3a. Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

## I – DOS FATOS

1. O Senhor Procurador-Geral do Estado houve por bem indeferir, por falta de amparo legal e, principalmente, em virtude da absoluta carência de pessoal na Procuradoria-Geral do Estado, pedido de remoção formulado pelo Procurador do Estado LUIZ FELIPE TARGA lotado na 16a. Coordenadoria Regional de Ijuí, o qual, sendo marido da Promotora de Justiça LINA STELLA BAILLO TARGA, removida a pedido da 2a. Promotoria de Ijuí para a 3a. Promotoria de Viamão, entendia-se com direito a ver-se também removido para aquela comarca com base no artigo 180 da Lei nº 6.556/73 (Estatuto do Ministério Público com a redação que lhe deve a Lei nº 7.680 de 17 de junho de 1982 (cf. pedido administrativo, ato indeferitório, doc. anexos).
2. Ocorre que, inconformado com o indeferimento administrativo, o referido funcionário ajuizou medida cautelar contra ora o impetrante em que, alegando ser *"transparente, líquido e certo"* seu direito e qualificando o ato indeferitório de *"arbitrário e ilegal"* (cf. inicial da cautelar, especialmente item 6 e petição, doc. anexo), pediu *"seja posto provisoriamente à disposição da Procuradoria-Geral do Estado, em Porto Alegre, e autorizado a residir em Viamão, dispensado, obviamente, de representar o Estado nos feitos ou ações que tramitam na área da já mencionada Procuradoria Regional (16a.), ficando ciente o Sr. Procurador-Geral do Estado que há ações para serem ajuizadas na área da 16a. Procuradoria Regional e prazos poderão a vir a correr, muito especialmente nos Municípios de Catuípe, Santa Rosa, Santo Ângelo, Três Passos, Santo Augusto, Campos Novos, Planalto e Santiago"* (cf. inicial, parte petição, doc. anexo).
3. O MM. Magistrado determinou a citação do Estado mas *indeferiu a liminar*, entendendo não configurado o *"periculum in mora"* (cf. despacho, doc. anexo). Após, no entanto, pleiteada reconsideração sob o fundamento, *único*, de que a demanda principal seria de solução demorada (cf. pedido de reconsideração, doc. anexo), a liminar foi deferida, suspendendo-se em consequência o ato indeferitório do Senhor Procurador-Geral e determinando-se a remoção provisória (cf. despacho, doc. anexo).
4. Em face das gravíssimas e talvez *irreparáveis* consequências da remoção (cf. infra, itens 32-6, 40-1), o Estado ajuizou de pronto, antes mesmo de contestar a demanda, pedido de reconsideração e/ou agravo de instrumento onde, sustentando-lhes a absoluta ilegalidade, pleiteou a imediata revogação não só do despacho que deferiu a liminar como inclu-

sive do que mandou processar a inicial (cf. pedido de reconsideração e/ou agravo de instrumento, doc. anexo). O pedido, no entanto, foi recebido como agravo (cf. despacho, doc. anexo).

5. Desta forma, na iminência de sofrer danos irreparáveis em decorrência da liminar concedida pelo MM. Magistrado e sendo o referido ato manifestamente ilegal e violador do seu direito líquido e certo de ver o autor de cautelar, funcionário que é, em exercício na localidade onde está regularmente lotado, outra alternativa não resta ao Estado que impetrar, como impetra, contra o ato, o presente mandado de segurança.

## II – DA ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO

6. O ato impugnado — remoção cautelar liminar do funcionário-autor, é, como se disse, manifestamente ilegal.

*Em primeiro* porque proferido por juiz incompetente e, inclusive, com violação do princípio da independência e harmonia entre os Poderes (CF, artigo 6º).

*Em segundo* porque, quer por ser o direito ameaçado protegível por mandado de segurança, quer por ser evidente a não-configuração na espécie do "periculum in mora", era manifesta a falta de legítimo interesse do Autor para intentar a cautela, o que, nos termos do artigo 295, III, do CPC, aplicável subsidiariamente, impunha o indeferimento da inicial e, obviamente, do pedido de liminar nela contido.

*Em terceiro* porque inoconria, e era também manifesto, o requisito da aparência do bom direito ("fumus boni iuris"), imprescindível, como se sabe, à concessão da liminar em medida cautelar.

Analisem-se, no entanto, particularmente, cada uma das hipóteses.

a) *Incompetência do juízo. Cautela suspensiva do ato do Procurador-Geral do Estado. Competência das Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado, que seriam competentes para conhecer mandado de segurança contra ela (COJE, artigo 17, I). Interpretação sistêmica.*

7. A remoção pretendida pelo Autor depende de requerimento ("se o requerer", artigo 180, Lei nº 6.356/73) e, em consequência, de deferimento do pedido de remoção pela autoridade competente, no caso o Procurador-Geral do Estado. Daí, pois, que, indeferida que foi a remoção pelo Senhor Procurador-Geral do Estado, é contra este ato que, ao fim e ao cabo, se volta a cautelar. Deferir cautelarmente a remoção importa, com efeito, suspender, como suspenso foi, o ato indeferitório do Procurador-Geral.

8. Ora, é pacífico na doutrina, por interpretação sistêmica dos princípios constitucionais e processuais, que, em casos como esse, a competência para conhecer da ação cautelar é do órgão que seria competente para conhecer mandado de segurança contra o ato, pois, assim não sendo, ofender-se-ia inclusive o princípio da independência e harmonia entre os Poderes (CF, artigo 6º).

Neste sentido, o Professor GALENO LACERDA:

*"Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativa de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa, e sim o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigem diretamente contra a autoridade. Por este motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio de harmonia dos poderes, não se admitirá, por exemplo, que juiz de 1º grau suspenda em ação cautelar ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária."* ("Comentários ao CPC/73", Vol. VIII, tomo I pág. 183).

E, peremptório, remata:

*"Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe asseguram em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelares suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional"* (op. e loc.cit.).

11. Desta forma, é evidente, já por isso, a ilegalidade do ato impugnado. Violou-se, com ele, não só a competência privativamente reservada às Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado (COJE, artigo 17, I), como, principalmente, o princípio da independência e harmonia entre os Poderes (CF, artigo 6º), a que aquela competência atende, pois se suspendeu, por decisão de juiz singular, ato de autoridade administrativa que, pela sua posição hierárquica, só poderia ser suspenso pelo Tribunal de Justiça do Estado.

b) *Carência de ação. Falta de legítimo interesse. Cabimento, em tese, de mandado de segurança para resguardar o direito invocado, o que afastava a cautela inominada. Não-indeferimento da inicial da cautelar e deferimento, nela, da liminar. Violação dos artigos 295, III, e 267, VI, do Código de Processo Civil.*

12. A cautela inominada, como se sabe, destina-se a prover casos atípicos, para os quais a lei não preveja remédio específico. Daí, pois, não se facultá-la na hipótese de que o Autor possua outros meios de tutela do direito ameaçado, como, v.g. mandado de segurança não precluso, interdito possessório, etc., porque então faltar-lhe-ia legítimo interesse, que, como se sabe, é uma das condições da ação.

13. Neste sentido é a lição de GALENO LACERDA:

*"Não pode, pois, o magistrado, ao deferir cautelares inominadas (. . .) decretar segurança atípica se o ordenamento jurídico contar com meios específicos, imediatos e de igual eficácia, em processos cautelares, ou não, para atender às necessidades do postulante. / Em nosso sistema, as medidas liminares, previstas em inúmeros procedimentos regulados no Código ou em leis extravagantes, desde que não visem à satisfação definitiva como a penhora, e se limitem à mera garantia provisória contra a situação de ameaça e perigo, possuem, na verdade, natureza cautelar. / Estão nessas condições, por exemplo, as liminares no mandado de segurança (grifo nosso), na ação possessória, (. . .), etc. / Em situações, portanto, em que o interesse do ameaçado ou lesado encontrar amparo em medidas cautelares específicas, ou em liminar autorizada por lei em processos de outra natureza, não cabe, em regra, o emprego da providência inominada"* (op.cit., p.161-2).

E, noutra passagem, tratando do legítimo interesse na cautelar inominada, prossegue o eminente processualista:

*"No comentário ao artigo 798, nº 28, supra, deixamos claro que não se facultou a ação cautelar se a ordem jurídica possuir outros meios legais específicos de tutela do interesse ameaçado, que atinjam o mesmo objetivo. Assim se o caso comportar amparo imediato, não precluso, em mandado de segurança (. . .), vedada se torna, por falta de interesse legítimo, a admissão da cautela com idêntico objetivo"* (op.cit., p.302).

14. Ora, no caso, o direito ameaçado, se existente (e, como se verá, . . . inexistente!), não só seria efetivamente protegível por mandado de segurança — e, note-se, mandado de segurança não precluso, pois o Autor tomou conhecimento do indeferimento da remoção, ato impugnado, em 17 de dezembro de 1984, doc. anexo — como era a própria inicial que isso proclamava ao afirmar, claro e bem escrito, ser "transparente, líquido e certo o direito do A". (cf. inicial, item 6, doc. anexo) e ter sido "arbitrário e ilegal" o indeferimento da remoção (cf. inicial, parte petitoria, doc. anexo). Ora, lesão a direito líquido e certo por ato ilegal de autoridade é o que basta à impetração do mandado de segurança (CF, artigo 153, § 2º, Lei nº 1.533/51, artigo 1º).

15. Desta forma, protegível o alegado direito (repita-se sempre: *inexistente!*) por mandado de segurança e, principalmente, afirmado isso na inicial da cautelar, tornava-se evidente a falta de legítimo interesse ao Autor para a propositura da ação, que, assim, deveria ter sido desde logo extinta (CPC, artigo 267, VI), pois a hipótese era inclusive de . . . indeferimento da inicial (CPC, artigo 295, III). Violados foram, portanto, ao deferir-se a liminar (como ao determinar-se o processamento da inicial), os artigos 295, III, e 267, VI, do Código de Processo Civil.

16. Na verdade, a inusitada opção do Autor pela cautela inominada (e, conseqüentemen-

te, pela *demorada* via ordinária) não encontrava qualquer justificativa. A menos que, sabendo da improcedência de sua pretensão, *não desejasse o julgamento rápido do mérito!*

De todo modo, o certo é que não lhe era dada a opção. E a Administração tinha e tem interesse, relevantíssimo, até porque é manifestamente improcedente o pedido, em ver prontamente solucionado o litígio.

c) *Carência de ação. Falta de legítimo interesse. Inocorrência de "periculum in mora". Não indeferimento da inicial da cautelar e deferimento, nela, da liminar. Violação dos artigos 295, III, e 267, VI, do CPC.*

17. Despachando a inicial, houve por bem o MM. Magistrado indeferir a liminar, entendendo não configurado o "periculum in mora" (cf. doc. anexo). Mas, após, atendendo pedido do Autor, o despacho foi reconsiderado, concedendo-se a medida (cf. doc. anexo).

18. O requisito, no entanto, "data venia", não estava configurado, pois não havia risco de tornar-se ineficaz a sentença caso procedente a ação principal. Que pretendia o Autor? A remoção? Pois bem, acolhida a demanda, . . . *seria ela efetivada!* Onde, então, o risco?

Certo, durante a tramitação do processo o Autor não seria removido. Mas, é óbvio, tal circunstância não configurava em absoluto o "periculum in mora". Tratava-se apenas de permanência do estado anterior à lide, que, atacado pelo Autor e defendido pelo réu, só se poderia modificar pela sentença. Não fosse assim, as ações começariam pela . . . *execução!* Medida cautelar, note-se, *não é ato satisfativo*, mas, como o próprio nome indica, providência *protetiva*, ou seja, ato que visa a resguardar, *se de resguardo carece* (= se há risco de frustração), a eficácia de uma decisão futura. Assim, no caso, o "periculum in mora" só se caracterizaria se houvesse a possibilidade — *inexistente e sequer alegada* — de não se poder efetivar a remoção caso determinada pela sentença.

Na verdade, o que o A. pretendia e pretende com a "cautelar" era e é a execução de sua pretensão antes de vê-la reconhecida judicialmente!

19. Aliás, apercebido da fragilidade de seus argumentos, que, de resto, determinaram o indeferimento inicial da liminar, e praticamente repudiando-os, no pedido de reconsideração o Autor passou a invocar tão-só a possível demora do processo principal. Este, com efeito, *tão-só este*, o fundamento do pedido de reconsideração:

*"Acontece, Excelência, que infelizmente os mecanismos processuais em vigor não autorizam a que se tenha a ação principal definitivamente julgada antes de um ano e meio / dois anos, lembrando-se, ainda, que o R. tem o privilégio processual quanto aos prazos, em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. / Somente esta circunstância, data venia, bem considerada, estaria autorizando a ter-se por irreparável o prejuízo que viesse o suplicante sofrer"* (cf. pedido de reconsideração, doc. anexo).

Ora, sobre não demonstrar o "periculum in mora" (a demora do processo não significa risco de ineficácia da sentença), o inusitadíssimo argumento provava contra o Autor, pois fora ele, exatamente ele, quem, desprezando o remédio rápido e eficaz do mandado de segurança, escolhera os "mecanismos processuais em vigor" que qualifica de demorados. Note-se: nos termos da lei, o processo de mandado de segurança — *desprezado pelo Autor!* — tem "prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo "habeas corpus" (Lei nº 1.533/51, artigo 17, "caput") e na instância superior (onde deveria ser julgado, em instância única, o do autor, COJE, artigo 17, I) deve ser levado a julgamento "na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, for concluso ao relator" (Lei nº 1.533/51, artigo 17, "caput"), conclusão, ademais, que não excederá o prazo de "vinte e quatro horas, a contar da distribuição" (Lei nº 1.533/51, artigo 17, parágrafo único). Em suma: se impetrado o "mandamus" de A, estaria julgado no máximo em . . . *dois ou três meses!* Exatamente o tempo — dois meses — que, desde o conhecimento do indeferimento da remoção (10 de dezembro de 1984, doc. anexo), levava ele para ajuizar a ação cautelar.

Assim, o argumento da demora soava até como brincadeira de mau gosto, incompatível com a seriedade da Justiça, e, mais, se constituía indício gravíssimo de malícia processual, pois era e é ilícito supor que, desprezando sem qualquer justificativa o "mandamus", o autor, na realidade, . . . não deseja o julgamento rápido do mérito (!), buscando, isto sim, e tão-só, por saber absolutamente improcedente sua pretensão, a . . . *medida cautelar!* Conseguida essa, a demora dos "mecanismos processuais em vigor" haveria de correr

a seu favor! Porque, ao fim e ao cabo, no mérito, o resultado lhe haveria de ser . . . *desfavorável!*

20. Desta forma, não satisfeito o requisito, que se liga também ao "interessa processual", (GALENO LACERDA, op.cit., p.294) e que, por isso mesmo, como se viu, inexistente, determina o *indeferimento da inicial* (CPC, artigo 295, III), é evidente que também por isso a inicial da cautelar deveria ter sido indeferida e, com ela, o pedido liminar, importando o seu deferimento, como importou, também aqui, violação dos artigos 295, III, comb. c/ artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

d) *Inocorrência do "fumus boni iuris", indispensável também à concessão da liminar. Ilegalidade, também por isso, do ato impugnado.*

21. Mas, ainda não é só. Também não concorria na cautelar intentada pelo Autor, e isso era e é evidente, o requisito da aparência do bom direito ("fumus boni iuris"), indispensável, como se sabe, à concessão da liminar.

22. Fundou o Autor o seu pedido no artigo 180 da Lei nº 6.556/73 com a redação que lhe deu a Lei nº 7.670/82, que assim dispõe:

*"O cônjuge de membro do Ministério Público que for servidor estadual, se o requerer, será removido ou designado para a sede da comarca onde este servir, sem prejuízo de quaisquer direitos ou vantagens."*

23. O dispositivo, no entanto, era e é evidentemente inaplicável ao Autor.

Em primeiro porque, sendo regra geral, dirige-se apenas aos servidores, que se regem pela lei geral e não aos que, como o Autor, têm estatuto específico, que é lei especial.

Em segundo porque, sendo o Estatuto dos Procuradores do Estado (Lei nº 7.705, de 21 de setembro de 1982) posterior à Lei nº 7.670 de 17 de junho de 1982, e tendo regulado exaustivamente os direitos dos Procuradores do Estado, inclusive criando vantagem semelhante como a licença para acompanhar o cônjuge (Lei nº 7.705/82, artigo 61), sem prever o direito do artigo 180 da Lei nº 6.556/73, é evidente que afastou, para os Procuradores do Estado, o referido dispositivo.

Em terceiro porque o direito contemplado no artigo 180 da Lei nº 6.556/73 supõe a remoção de ofício, por conveniência do serviço, e não, como ocorreu no caso, "a pedido".

c.b.a.) *Regra de caráter geral, o artigo 180 da Lei nº 6.556/73 se dirige apenas aos servidores regidos por lei geral (v.g. Lei nº 1.751/52) e não aos regulados por estatuto próprio que é lei especial. Interpretação sistemática.*

24. A regra do artigo 180 da Lei nº 6.556/73, inobstante embutida em lei especial, é norma de caráter geral, pois se refere a "servidor estadual" de uma maneira indeterminada. E, assim sendo, é de ser entendida como dirigida apenas aos servidores regidos pela lei geral (v.g.: Lei nº 1.751/52) e não àqueles regulados por estatutos próprios, que são leis especiais. Trata-se, na verdade, aqui, da aplicação de um desdobraimento do princípio segundo o qual "se não presume que a lei geral revogue a especial; é mister que este intuito decorra claramente do contexto" (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 7a. ed., Ed. Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, pág. 442). E, no caso, pelas gravíssimas consequências que disso adviriam, o contexto não autoriza a concluir pela aplicação da regra — repita-se: *geral* — aos servidores regidos por leis especiais (estatutos próprios).

Com efeito, tome-se, por exemplo, o caso da magistratura. A remoção de seus membros está exaustivamente regulada no estatuto próprio (Lei nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975, artigos 37-40) e regulada, evidentemente, tendo em vista as peculiaridades e relevância das respectivas funções. Pretender-se-ia, no entanto, que, inobstante isso, se aplicasse aos magistrados o indigitado artigo 180? Poderia um magistrado cônjuge de membro do Ministério Público removido obter também sua remoção sem submeter-se às formalidades de seu estatuto ou, por exemplo, ainda contra a decisão do Conselho Superior da Magistratura que a entendesse "inconveniente para o serviço forense" (Lei nº 6.929/75, artigo 37, "caput")? Parece evidente que não! E o mesmo se diga em relação aos servidores da justiça (Lei nº 5.256/66, artigos 682-686), ao magistério (Lei nº 6.662/74, artigos 52-54), aos servidores policiais (Lei nº 7.366/80, arts. 17-22), à Brigada Militar (Lei nº 7.138, "passim"), etc.

25. Certo, no § 2º do artigo 180 exclui-se a aplicação do dispositivo ao "cônjuge de

membro do Ministério Público que seja, igualmente, membro do Ministério Público" e o Autor procura ver nisso, parece, a prova de que a regra se estende indiscriminadamente a todos os demais servidores (inicial, item 7, fls. 04). O equívoco, porém, é evidente. A norma referida era necessária pelo simples e elementar motivo de que, regulando-se na lei os direitos dos membros do Ministério Público, se não houvesse exclusão expressa o cônjuge — membro do Ministério Público... *também teria o direito!* Seria mais um entre os outros arrolados no Diploma. Disso, no entanto, não decorra deva o dispositivo ser aplicado indistintamente a todos os demais servidores, subvertendo-se os critérios específicos de remoção previstos nas leis especiais em razão das peculiaridades de cada função.

Assim, sendo o Autor regido por estatuto próprio — Estatuto dos Procuradores do Estado, Lei nº 7.705, de 21 de setembro de 1982 — e não previsto nele o direito invocado, é evidente, de uma evidência solar, a improcedência de sua pretensão.

c.b.b.) *Estatuto dos Procuradores do Estado (Lei nº 7.705/82). Seu advento, que é posterior ao artigo 180 da Lei nº 6.556/73, afastou, para os Procuradores do Estado, o direito ali previsto.*

26. Demais, quando assim fosse, também por outra razão o referido artigo 180 seria inaplicável ao Autor. É que a Lei nº 7.705, de 21 de setembro de 1982, é posterior àquele dispositivo e, conseqüentemente, tendo regulado exaustivamente os direitos e deveres dos Procuradores do Estado, afastou, para essa categoria de servidores, a aplicação daquela regra.

Na verdade, a Lei nº 7.705/82 não só regulou exaustivamente os direitos e deveres dos Procuradores do Estado, prevendo inclusive vantagem assemelhada — embora *não idêntica* — à pleiteada pelo Autor (licença para acompanhar o cônjuge, Lei nº 7.705/82, artigos 61-2), como criou, para reger essa categoria de servidores, todo um sistema unitário de normas do qual o Estatuto do Ministério Público... *sequer é lei subsidiária!* (Lei nº 7.705/82, artigo 135). Ora, então, pela aplicação do mesmo princípio segundo o qual "a lei posterior revoga a anterior (...) quando regule inteiramente a matéria" (LICC, artigo 2º, § 1º), é de se ter por afastado, para os Procuradores do Estado, o indigitado artigo 180. E, diga-se de passagem, não só ele, mas todas as regras que, antes da Lei nº 7.705/82, lhes deferiam direitos e deveres.

27. Indiscutível, portanto, e *manifesta*, também por isso, a improcedência da pretensão do Autor.

c.b.c.) *Interpretação do artigo 180 da Lei nº 6.556/82. Não-aplicação na hipótese de remoção a pedido.*

28. De qualquer forma, quanto tudo isso não fosse, ainda assim não procederia a pretensão do Autor. É que, tendo sido "a pedido" a remoção de sua cônjuge (fls. 12), o direito contemplado no artigo 180 supõe remoção *de ofício, por conveniência do serviço*.

29. Esta, com efeito, a única interpretação admissível para o dispositivo, pois só ela não conduz ao absurdo — e interpretação alguma pode a ele conduzir — de tornar dependente do interesse — *privado* — do servidor o interesse — *público* — da Administração. E, note-se, é esse, e não aquele, que polariza e informa a relação de função pública na medida em que "a relação de administração, no Direito Administrativo, domina e paralisa a relação de direito subjetivo" (CIRNE LIMA, "Princípios", pág. 164 e "passim").

Na verdade, a remoção "a pedido" faz-se no interesse do... *funcionário!* Logo, é lícito supor que, ao pedi-la, tenha ele avaliado o afastamento do cônjuge, julgando-a, ainda assim, conveniente. O artigo 180 não prevê para isso, mas apenas para a hipótese de que, por ter sido a transferência contra ou independente da vontade do funcionário, não tenha sido possível aquela avaliação.

30. Aliás, tanto mais é de assim se entender quando se considera que o direito do artigo 180 se assemelha à licença para acompanhar o cônjuge prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei nº 1.751/52, artigo 153) e no Estatuto dos Procuradores do Estado (Lei nº 7.705/82, artigo 61) e que para essa se exige ter sido a transferência do cônjuge "independentemente de solicitação". Ora, se assim é em relação à licença, que é *sem ônus, inclusive quanto à contagem do tempo de serviço* (Lei nº 1.751/52, artigo 153, "caput" e § 2º, e Lei nº 7.705/82, artigo 61, "caput", e § 2º), com tanto mais razão há de ser em relação à remoção compulsória do artigo 180, em que se força a Administração, *contra ou*

*independentemente das necessidades do serviço*, a dar exercício ao funcionário em outro local.

31. Desta forma, como se vê, aplicável que fosse ao Autor o artigo 180 — e, como se viu, não o é —, ainda assim, não faria ale jus à remoção pretendida.

32. Assim, sendo evidente, manifesta, por todos os títulos, a inexistência do direito, não havia como se pudesse alegar a aparência do bom direito. Direito, como se viu, ... não havia e não há! E, isto sim, era e é... *evidente!* Daí, pois, que, tendo concedido, ainda assim, a medida liminar, é manifesta também por isso a ilegalidade do ato impugnado.

A propósito, também neste particular é claríssima a lição do Professor GALENO LACERDA, que, aliás, entende obstar a liminar a simples *dúvida* quanto ao "fumus boni iuris":

*"O juiz não pode conceder segurança prévia, nas cautelas jurisdicionais, se inexistentes os pressupostos da própria ação cautelar. Assim, se impossível esta porque a lei não o permite, se ilegítimas as partes para a causa, ou se não houver o interesse específico resultante do "periculum in mora", ou se se apresentar duvidoso o "fumus boni iuris", não cabe concessão liminar." (op.cit., pág.241).*

33. Indiscutível, portanto, por todos os títulos, a *ilegalidade* do ato impugnado, que, assim, lesando o direito líquido e certo do Estado de ver o Autor da ação cautelar em exercício na localidade onde está regularmente lotado e, mais, sendo suscetível, como se verá, de causar ao Impetrante dano irreparável, é passível de ser corrigido por mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, artigo 1º).

### III — DD DAND IRREPARÁVEL

34. O Impetrante, como se disse, ajuizou contra o ato impugnado pedido de reconsideração e/ou agravo de instrumento (cf. doc. anexo), recebido como agravo (cf. despacho, doc. anexo).

35. Ocorre que, não tendo o recurso efeito suspensivo e, mais, sendo de tramitação sabidamente demorada, a remoção cautelar determinada pelo MM. Magistrado é suscetível de causar ao Estado danos *irreparáveis*, o que justifica e, antes, impõe o apelo ao mandado de segurança.

36. Com efeito, a Procuradoria-Geral vive angustiante situação de carência de pessoal. O Senhor Procurador-Geral do Estado tem isso proclamado inúmeras vezes, inclusive através da imprensa (doc. anexo), e, em relatório do ano passado, assim se pronunciou o Senhor Coordenador da Unidade do Interior daquele Órgão:

*"Das dezoito (18) Procuradorias Regionais criadas pela Portaria nº 163, de 24 de junho de 1982, seis ainda não contam, até hoje, com Procuradores lotados, em razão do que as comarcas compreendidas nas Regionais de Santo Ângelo, Cachoeira do Sul, Palmeira das Missões, Alegrete, Erechim e Santa Rosa vêm sendo atendidas precariamente, embora o esforço e a dedicação elogiáveis dos Procuradores designados para tais misteres. Além disso, não raras vezes, por contingências ditadas na urgência de adoção de medidas judiciais, vejo-me compelido a deslocar Procurador de uma Procuradoria Regional para praticar atos processuais na área de outra, sobrecarregando a quem já está de um todo assoberbado." (cf. doc. anexo).*

E, no caso da Coordenadoria Regional de Ijuí, de que é titular o Autor, a situação é ainda mais aflitiva. Cobre ela *dez (10) Municípios* e sob o patrocínio do Autor encontram-se nada menos que... *295 (duzentas e noventa e cinco) ações* (cf. relatório do Dr. LUIZ FELIPE TARGA anexo)! 295 ações que, agora, em face de remoção cautelar, estão na iminência de sofrerem graves e irreparáveis prejuízos, pois, em virtude da carência de pessoal, teve de ser deslocada para substituir o Autor em Ijuí, sem prejuízo das atividades em sua sede, a Procuradora do Estado Dra. SALI ANTONIAZZI *com sede em Caxias do Sul* — mais de 400 km de Ijuí! — e, ela também, patrocinando para o Estado (em sua sede!) nada menos que... *166 (cento e sessenta e seis) ações!* (cf. ato de designação e Relatório Dra., SALI ANTONIAZZI, documentos anexos). Pode-se imaginar o que é susce-

tível de acontecer em matéria de prazos, providências urgentes que devam ser tomadas, etc., àquelas 295 ações espalhadas por... *mais de dez Municípios* (!) e acompanhadas por um advogado estabelecido a mais de... *400 km* (!!) e, ele também, no patrocínio de considerável acervo de demandas. A perda de prazos há de ser, possivelmente, o menos a se esperar!

A situação, como se vê, gravíssima, dispensa maiores comentários e, pondo à mostra, extreme de dúvidas, a seriedade e o espírito público com que foi exarado o ato indeferitório da remoção, justifica por si só o apelo ao mandado de segurança.

37. Aliás, no resguardo da seriedade com que foi apreciado administrativamente o pedido de remoção do Autor, cumpre repelir algumas considerações da inicial da ação cautelar.

38. Não tem qualquer sentido, por exemplo, o argumento da "irreversibilidade" da situação pelo provimento da 2a. Promotoria de Ijuí (Inicial, item 6, fls. 05). Tal "irreversibilidade", na verdade, foi "criada", ou melhor, "esperada" pelo Autor, que, para alegá-la, só ajuizou a ação (urgente?! ) depois de vê-la configurada.

39. Com efeito, surpreendido pela solicitação do Autor, e principalmente, em face de gravíssima situação de carência de pessoal na Procuradoria-Geral do Estado, o que tornava e torna absolutamente impossível sua remoção de Ijuí, o Senhor Procurador-Geral se propôs a obter e obteve do Procurador-Geral da Justiça a promessa de desfazimento da remoção da cônjuge do Autor, que, no entanto, é óbvio, dependeria de requerimento dessa. Tal fato foi comunicado ao Autor *muito antes* do indeferimento administrativo e constou *expressamente* do ato indeferitório (fls. 18v), de que o Autor tomou conhecimento formal em 17 de dezembro de 1984 (doc. anexo). Ora, o aproveitamento da 2a. Promotoria de Ijuí ocorreu apenas em *11 de janeiro de 1985* e sequer decorreu de pedido de remoção, mas de *classificação, ato de ofício*, que, assim, tivesse havido o requerimento da cônjuge do A., poderia perfeitamente ter-se efetivado em outra Promotoria. A "irreversibilidade", portanto, foi "esperada". E, mais, "data venia", para o fim, malicioso, de poder-se alegá-la! "Ad instar", aliás, do argumento da "demora" da ação principal como elemento configurador do "periculum in mora" (cf. supra, item 19).

#### IV — DA SUSPENSÃO LIMINAR DO ATO IMPUGNADO

40. Satisfeitos estão também, e aliás pelas próprias razões acima expostas, os requisitos da suspensão liminar do ato impugnado. São relevantes, relevantíssimos, os fundamentos do mandado de segurança e do ato impugnado pode resultar a ineficácia, ainda que parcial, da medida, caso seja deferida.

41. Com efeito, conforme já se disse e demonstrou, em virtude da dificuldade de pessoal na Procuradoria-Geral do Estado, para substituir o Autor da cautelar na Coordenadoria de Ijuí teve de ser deslocada, *sem prejuízo das atividades em sua sede*, a Procuradora do Estado Dra. SALI ANTONIAZZI *com sede em Caxias do Sul* — mais de 400 km de Ijuí! Ora, se se considera que a Coordenadoria de Ijuí tem atualmente o patrocínio de *295 ações* espalhadas em... *mais de dez Municípios* (cf. relatório Dr. LUIZ FELIPE TARGA, doc. anexo), e que a própria substituta Dra. SALI ANTONIAZZI acompanha em Caxias do Sul 166 ações, pode-se facilmente apreender o risco, risco iminente, dos incalculáveis e talvez *irreparáveis* danos que a remoção cautelar impugnada e suscetível de causar ao Estado. Basta, para tanto, a perda de um simples prazo! E, nas condições relatadas, não há como deixar de admiti-la!

Ora, mas é exatamente para obviar isso que se impetra o mandado de segurança, o qual, assim, não suspenso o ato impugnado, vê-se na possibilidade de frustrar-se, ainda que parcialmente, caso concedido.

42. De outra parte, resguardando o Estado, a suspensão liminar não causará maiores prejuízos ao Autor da cautelar, pois, note-se, sendo o mandado de segurança de rápida tramitação, caso ele efetivamente tenha direito à remoção cautelar (e, como se viu, ... *não tem!*), deverá ficar afastado de sua esposa por pouco tempo. Menos do que aquele aguardado — dois meses! — para ajuizar a ação cautelar. Repita-se sempre: O Autor teve conhecimento do indeferimento administrativo em *17 de dezembro de 1974* e só ajuizou a cautelar em *10 de fevereiro de 1985!*

43. Assim, como se vê, é de deferir-se a medida liminar para suspender a remoção cautelar até o julgamento do mandado de segurança.

De todo modo, nada obsta seja ela e/ou o "mandamus" concedido para suspender a remoção até o trânsito em julgado da decisão no agravo de instrumento, o que, de resto, tem sido praxe em casos semelhantes.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ou o eminente Desembargador a quem o conhecimento desse haja de pertencer (a) suspender liminarmente o ato impugnado, ou seja, a liminar concedida pelo MM. Magistrado impetrado na ação cautelar supra referida, havendo-se por bem, ao final, solicitadas as informações cumpridas e formalidades legais; (b) conceder a segurança para cassar o ato impugnado ou, se assim não se entender, o que não se admite, suspendê-lo até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no agravo de instrumento contra ele interposto.

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 05 de março de 1985.

# MANDADO DE SEGURANÇA

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Licenciamento de praça da Brigada Militar a bem da disciplina. Legalidade do ato administrativo do Comando da Unidade respectiva. Cassação de medida cautelar de reintegração no cargo policial militar.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu Procurador no fim assinado, que recebe intimações na Rua Capitão Eleutério nº 404, 2º andar, em Passo Fundo, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 153, § 21, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e no artigo 1º da Lei federal nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA contra ato praticado pelo EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA CÍVEL DA COMARCA DE PASSO FUNDO, — o que faz em virtude dos fatos e pelos fundamentos jurídicos que passa a expor:

## 1.0 — OS FATOS

1.1. Na segunda vara cível de Passo Fundo, *Edmundo Dias Soares*, ex-sargento da Brigada Militar, ajuizou contra o Comandante do 2º Regimento de Polícia Montada, Ten. Cel. Jair Portella dos Santos, uma "ação ordinária de reintegração em cargo público estadual militar cumulada com liminar" (doc. 1).

1.2. É que o Autor, praça da Brigada Militar, fora pelo Comandante de sua Unidade licenciado a bem da disciplina, por encontrar-se classificado no comportamento "mau", na forma prevista no artigo 125, § 2º, III, da Lei estadual nº 7.138, de 30 de janeiro de 1978 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio Grande do Sul — doc. 2), combinado com os artigos 10, nº 4, e 31, § 1º, nº 2, do Regulamento Disciplinar da Brigada Militar (Decreto estadual nº 29.996, de 31 de dezembro de 1980 — doc. 3).

1.3. Ao ser ajuizada a ação, o magistrado, que se aponta como autoridade coatora, houve por bem deferir a inicial e mandar citar não o Estado, na pessoa de seu Procurador-Geral, mas apenas e tão-somente o Comandante do 3º RPRMon, parte manifestamente ilegítima.

1.4. Fez mais a digna autoridade coatora, como se relata em agravo de instrumento que se interpôs contra a decisão e que se pede vênha para aqui reproduzir:

"2.5. Mas, o que é mais grave e perturbador, configurando uma autêntica e ilegal intervenção do Judiciário no Executivo, contrariando o dogma da separação dos poderes e infringindo os princípios da disciplina e da hierarquia militar, foi a liminar de reintegração no cargo que, sem a mínima forma ou fundamento legal, foi concedida por V. Ex.ª.

2.6. A concessão da providência cautelar sem audiência da parte havia que afeioar-se ao art. 797 do Código de Processo Civil, que permite ao juiz determinar medidas cautelares sem audiência das partes 'só em casos excepcionais expressamente autorizados por lei'. No caso, não se esboçaram nem

foram alegados, porque inexistiam e havia impossibilidade da sua ocorrência, os pressupostos do art. 798 do mesmo código: o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora'. Nada impedia que V. Ex.ª mandasse ouvir a parte contrária, que não poderia nem querer, agente da autoridade que é, frustrar ou impedir o cumprimento de qualquer ordem judicial.

2.7. Por outro lado, teria a cautela que ter sido requerida em petição com os requisitos do art. 801 do Código de Processo Civil, com citação do requerido nos termos do art. 802, e não no próprio bojo da ação principal, onde foi conhecida e deferida.

2.8. E somente seria lícito deferir a cautelar sem audiência da parte contrária se houvesse o perigo de o Comandante do 3º RPRMont torná-la ineficaz, o que se demonstrou não ocorreria. E, no caso, concedendo a ordem cautelar, teria V. Ex.ª que ter determinado a prestação de caução pelo reqte.

2.9. O despacho agravado deixa obscuras as razões da concessão da cautelar nos autos da ação principal. A simples remissão à documentação junta-da, sem especificar a qual documento se refere a decisão, torna-a nula por falta de fundamentação. De outra parte, argumentar com 'o longo tempo de serviço do autor' não é, 'data venia', argumentar juridicamente. Estão em jogo princípios superiores como a disciplina e a hierarquia militar e, também, os interesses do Erário, que não podem ser tratados do modo como o foram na liminar concedida por esse juízo. O licenciamento 'ex-officio' foi determinado pelo Comandante do 3º RPRMont com fundamento no art. 125, § 2º, III, da Lei estadual nº 7.138/78 c/c o art. 31, § 1º, do Dec. 29.996/80. Esse direito-dever da autoridade militar não é discutido na inicial, que de modo algum o infirma.

2.10. É bem de ver, outrossim, que a concessão da liminar implica o pagamento de vencimentos e vantagens ao militar licenciado. A Lei nº 4348, de 26.6.64, em seu art. 5º, veda em mandados de segurança o deferimento de liminar que vise 'à concessão de aumentos ou extensão de vantagens' a servidor público. Ora, a liminar agravada importando no pagamento de vencimentos e vantagens, deferida singelamente no pórtico de uma ação ordinária, com maior razão consiste em infração da norma proibitiva federal em apreço.

2.11. Finalmente: É inadmissível e não encontra guarida legal a indébita antecipação da prestação jurisdicional, deferida sem maior atenção por V. Ex.ª. O ato administrativo que determinou o licenciamento do autor, se for suscetível de desconstituição, isso só será possível através de sentença passada em julgado, após amplo contraditório. Nenhuma justificativa existe que autorize o exercício excessivo cometido por V. Ex.ª do poder geral de cautela do juiz. Esse poder só pode ser exercido dentro do figurino legal, delimitado que é nos arts. 797 e 798 e especificado no art. 799 do Código de Processo Civil. Da forma como foi dada a liminar, implicou ela lesão a direitos líquidos e certos da Administração, à qual, como se disse, não pode substituir-se o Poder Judiciário; sob pena de subversão da própria ordem constitucional."

1.5. Cientificado da concessão da medida cautelar inominada em 15 de maio de 1984 (doc. 4) através do ofício nº 507/84, do juízo, o Comandante do 3º RPRMon cumpriu a determinação, como era seu dever.

1.6. Incontinenti, no prazo legal, o Estado do Rio Grande do Sul, em petição protocolada aos 24 de maio do ano em curso (doc. 5), interpôs agravo de instrumento contra o deferimento da inicial e a concessão da cautelar. Esse agravo de instrumento vem tendo tramitação assás demorada no juízo, tanto que não se sabe até agora de sua apreciação pelo juízo para manter ou reformar a decisão agravada (CPC, art. 527, *in fine*). Até o dia 7 de agosto, o agravo, apensado aos autos principais, estava em poder do advogado do Autor (doc. 6), inobstante pedido de cobrança dos autos pelo Procurador do Estado, protocolado em 07 de agosto (doc. 7).

## 2.0 – O DIREITO VIOLADO

2.1. Na petição de agravo, nos excertos atrás referidos, demonstra o Estado claramente, que a autoridade coatora, em virtude da total inobservância das formas e da inoportunidade dos pressupostos legais, não poderia ter antecipado a prestação jurisdicional ordinária, reintegrando de plano o Autor no cargo, posto e função policial militar, constituía direito líquido e certo do réu, no mínimo, ver observados, no caso, os artigos 797, 798, 801 e 802, do Código de Processo Civil, bem como o artigo 5º, da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964.

2.2. É maciça a orientação jurisprudencial no que concerne à legalidade do ato de exclusão de praça que conte menos de dez anos de serviço. Na inicial, o autor alega que ingressou na Brigada Militar em 25 de junho de 1974. Seu licenciamento a bem da disciplina deu-se em 26 de março de 1984 (Boletim anexo, doc. 8). Logo, não contava ele o tempo de serviço necessário para assegurar-lhe estabilidade a teor dos julgados que adiante vão ser referidos:

*"Praça da Polícia Militar. Exclusão em virtude de má conduta. Legitimidade do ato, que não ofende a Lei Magna e resultou da aplicação de lei local. Dissídio jurisprudencial não comprovado."*

(Recurso Extraordinário nº 77.137-PR, 1ª Turma, in Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília (70): 799-801, 1974.)

*"Polícia Militar. Exclusão de soldado, com menos de 10 anos de serviço."*

— O artigo 33 do Regulamento Disciplinar do Exército, aplicável ao caso, só exige, para a exclusão, a observância do disposto nos artigos 51, 52 e 53, onde não se encontra qualquer referência a inquérito ou a sindicância para a exclusão até de sargentos com menos de 10 anos de serviço. Nega, pois, vigência àquele dispositivo acórdão que, em casos como o da espécie, faz exigência nele não constante.

— Recurso extraordinário conhecido e provido."

(Recurso Extraordinário nº 87.319-SC, 2ª Turma, in Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, (86): 885/94, 1978.)

*"Polícia Militar. Exclusão de soldado, com menos de dez anos de serviço, com base no art. 47 do Decreto-lei nº 260, de 24.5.1970."*

*Legitimidade do ato do Comandante-Geral da Polícia Militar.*

*RE conhecido e provido."*

(Recurso Extraordinário nº 92.783-SP, 2ª Turma, in Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, (95): 934-937, 1981.)

### "BRIGADA MILITAR.

*As praças policiais militares só adquirem estabilidade ao completarem dez anos de serviço. O comandante da unidade policial militar tem competência para licenciar a praça sem estabilidade, com fundamento no inc. I do § 2º, da Lei n. 7.138/78. Apelação não provida."*

(Apelação Cível nº 35.333 — 1ª Câmara Cível, Porto Alegre, in Revista de Jurisprudência do TJ/RS, Porto Alegre, (87): 293-5, 1981.)

### "BRIGADA MILITAR. EXCLUSÃO DE PRAÇA. ESTABILIDADE DECENAL NÃO ADQUIRIDA.

*Não adquirida a estabilidade decenal pelo praça, sua exclusão podia dar-se pelo Comando da Unidade."*

(2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, Porto Alegre, in Revista de Jurisprudência do TJ/RS, Porto Alegre, (89): 371/2, 1981.)

### "BRIGADA MILITAR.

*Frequência por brigadiano dos cursos da Escola de Polícia, visando o ingresso nos quadros da S.S.P., polícia civil: A norma do § 5º, do art. 8º da Lei n. 5.600, de 8.1.68, não se aplica aos integrantes da Brigada Militar, regidos por Estatuto próprio e com direitos e obrigações específicos. Licenciamento ex-offício, nos termos do art. 125, § 2º, II, da Lei n. 7.138, de 30.1.78. Faculdade discricionária do Comando da Brigada. Segurança denegada.*

(Apelação Cível n. 34.685 — 1ª Câmara Cível, Porto Alegre, in Revista de Jurisprudência do TJ/RS, Porto Alegre, (82): 333-336, 1980.)

*"Brigada Militar. A estabilidade das praças é adquirida em dez anos de efetivo serviço, mesmo na vigência da Lei n. 6.195/71. A omissão de norma a este respeito é suprida pela legislação federal e pela Constituição do Estado. Praça estável não pode ser excluída por término de tempo renovado de serviço. Não são descontados de tempo de efetivo serviço os dias de prisão disciplinar. Preliminar de nulidade processual rejeitada. Sentença só modificada no tocante a honorários."*

(Apelação Cível n. 27.427 — 1ª Câmara Cível Especial, Porto Alegre, in Revista de Jurisprudência do TJ/RS, Porto Alegre, (65): 261/5, 1977.)

### "BRIGADA MILITAR.

*Praça não graduada só adquire estabilidade ao completar dez anos de serviço. Praça sem estabilidade pode ser expulsa pelo comandante de unidade. Interpretação do art. 137 da Lei estadual n. 6.195, de 15.1.71. Sentença confirmada."*

(Apelação Cível n. 23.888 — 2ª Câmara Cível Especial, Porto Alegre, in Revista de Jurisprudência do TJ/RS, Porto Alegre, (56): 224/5, 1976.)

### "POLÍCIA MILITAR. PRAÇA COM MENOS DE 10 ANOS DE SERVIÇO. EXCLUSÃO A BEM DA DISCIPLINA. LEGITIMIDADE DO ATO, QUE OBEDECEU RIGOROSAMENTE À LEGISLAÇÃO PERTINENTE. RECURSO DESPROVIDO.

*Consoante a legislação em vigor, para a exclusão, a bem da disciplina, de praça, sem estabilidade, basta a simples análise de sua conduta na Corporação, isto é, independe de inquérito, sendo suficiente a sindicância."*

(Apelação Cível n. 19.618, Florianópolis, in Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, (41): 258-261, 1983.)

2.3. Conseqüentemente, era direito líquido e certo do Estado, através de seu agente competente, no caso o Comandante da Unidade Militar, licenciar o sargento Edmundo Dias Soares a bem da disciplina. Mandando reintegrá-lo à tropa sem sequer observar para tanto as formas procedimentais apropriadas, o ilustre titular da 2ª Vara Cível de Passo Fundo, ilegalmente e com abuso de poder, viola tais direitos do impetrante.

2.4. Afora isso, obrigando o Estado a efetuar o pagamento de vencimentos e vantagens ao policial militar licenciado, a decisão da autoridade coatora causa ao Erário dano de difícil reparação pois, naturalmente pobre o beneficiário do ato ilegal, dificilmente poderá ressarcir os prejuízos que está causando ao patrimônio público.

## 3.0 – CABIMENTO DO MANDAMUS

3.1. No que concerne ao cabimento do *mandamus*, é mister referir que, como sintetiza THEOTONIO NEGRÃO (Código de Processo Civil, 12ª ed., p.651), há duas soluções jurisprudenciais correntes no sentido do abrandamento do disposto na Súmula 267, que diz não caber mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição:

a) a do seu cabimento desde que, do ato impugnado, advenha dano irreparável ou de difícil reparação, como é o caso. Nesse sentido a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 65.049, RTJ 54/681; RE 73.349, RTJ 63/490; RE 76.909; RTJ 70/504; RE 69.974, RTJ 72/943; RE 84.181, RTJ 81/879 e RE 68.793, RTJ 85/120);

b) a de, não tendo o recurso cabível efeito suspensivo, atribuir-lhe a segurança esse efeito, exigindo-se, "porém, a demonstração do 'fumus boni juris' e do dano irreparável ou de difícil reparação" (nota 8, p.cit.).

#### 4.0 — REQUERIMENTOS

4.1. Visa a presente interposição, portanto, que seja ao impetrante concedida liminar no sentido de ser cassada, por manifestamente ilegal e danosa a ele, com incerta possibilidade de reparação, a decisão proferida pela autoridade coatora nos autos da ação de reintegração em cargo público e outros pleitos nº 21184008510, da 2ª vara cível de Passo Fundo, que, liminarmente e em caráter cautelar, mandou reintegrar na Brigada Militar o Sargento Edmundo Dias Soares, dela licenciado a bem da disciplina.

Ou que, ainda em caráter liminar, seja atribuído efeito suspensivo, desde logo, ao agravo de instrumento interposto pelo ora impetrante; e, conseqüentemente, fiquem suspensos os efeitos da decisão liminar ilegalmente proferida na referida ação ordinária, para restabelecer-se o ato administrativo militar que licenciou o Sargento Edmundo Dias Soares da Brigada Militar.

4.2. E que, prestadas as informações de lei pela autoridade coatora, citado mediante carta de ordem como litisconsorte passivo Edmundo Dias Soares, brasileiro, casado, ex-policiaI militar, domiciliado e residente na Rua Lucas Araújo, 873, na cidade de Passo Fundo, com intervenção do Ministério Público, seja a final concedida a segurança para um ou outro dos efeitos pleiteados quando se requer a concessão de liminar, com a condenação do litisconsorte passivo nas custas e honorários advocatícios.

4.3. São os termos em que, dando à causa o valor de Cr\$ 2.000.000,00, sem incidência de custas e taxa judiciária no início, pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 13 de agosto de 1984.

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO  
Procurador do Estado  
OAB—RS nº 3427

4ª Procuradoria Regional

Exmº Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª vara cível.

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu Procurador, não se conformando com a decisão de V.Exª que deferiu, à fl. 78 dos autos do processo ordinário nº 21184008510, movido contra o COMANDANTE DO 3º RPRMont local, a inicial e "medida liminar de reintegração no cargo de PM" a EDMUNDO DIAS SOARES, brasileiro, casado, policiaI militar, domiciliado e residente nesta cidade — contra tal decisão interpõe agravo de instrumento para subida imediata, com fulcro no art. 522 do Código de Processo Civil, o que faz pelos fundamentos fácticos e jurídicos que adiante passa a expor:

#### 1. OS FATOS

1.1. Promove nessa vara o ex-sargento Edmundo Dias Soares, da Brigada Militar, ação or-

dinária de reintegração em cargo público estadual policiaI militar cumulada com liminar. Dirige-a contra o Comandante do 3º RPRMont, enquadrando esse agente do poder público estadual como sujeito passivo da relação processual.

1.2. A aludida praça da Brigada Militar, não contando dez anos de serviço efetivo à Força, foi licenciado a bem da disciplina, devido às sucessivas alterações em seu comportamento funcional, que o levaram a ser classificado no comportamento "mau"

1.3. No anexo prontuário funcional do servidor (doc. 1), vê-se que o seu comportamento veio sofrendo involução, a partir de 1981, de sorte que veio ele a sofrer sucessivas punições, contra as quais não interpôs recursos legais ou regulamentares. Essas punições levaram-no a ficar classificado no comportamento "mau" e determinaram à autoridade superior — Comandante do Regimento — a licenciá-lo a bem da disciplina, com pleno amparo na legislação em vigor, como se verá mais adiante.

1.4. Na sua petição inicial longamente discorre o autor, ora agravado, a respeito das ocorrências que lhe determinaram as punições e as circunstâncias fácticas em que as mesmas se deram. A todas atribui intuítos subalternos de seus superiores ou, abertamente, perseguição deliberada dos mesmos aos autos, que teriam conspirado para levá-lo ao comportamento "mau" e assim excluí-lo das fileiras da Brigada Militar.

1.5. Conclui a petição inicial por sustentar "com base no Regulamento Disciplinar da Brigada Militar", cujas disposições alegadamente violadas não aponta, serem nulas todas as punições disciplinares aplicadas ao Autor e por pedir, em caráter liminar, reintegração nas fileiras da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

1.6. V.Exª veio a deferir tal postulação liminar, em singelo despacho no qual faz referência aos anos de serviço do sargento e à "documentação juntada".

#### 2. O DIREITO VIOLADO

2.1. Com a maior vênia, sustenta o Estado do Rio Grande do Sul que V.Exª sequer poderia ter deferido a inicial, face às eivas que apresenta. E, muito menos, ter concedido medida liminar, não prevista em lei, ao Autor. Entende que, pelos dois modos, V.Exª lhe fez agravo, pelo que interpõe o recurso cabível à Egrégia Superior Instância.

2.2. Em primeiro, porque, como disse, é írrita e nula a petição inicial, constituindo libelo deficiente, quase irresponsável, sem conclusão, afrontando, na forma como se apresenta, vários dispositivos do Código de Processo Civil e de outras leis estaduais e federais em vigor.

2.3. Com efeito. Tais eivas são facilmente perceptíveis e assim se apresentam:

1ª — A ação é apelidada de "reintegração em cargo público estadual". Mas não há, no libelo, pedido de reintegração definitiva; apenas liminar.

2ª — A autoridade apontada como réu (Comandante do 3º RPRMont) é, manifestamente, parte ilegítima, pois praticou o ato administrativo-militar como agente que é de pessoa jurídica (o Estado do Rio Grande do Sul) que, só ele, poderia ser réu no processo.

3ª — É patente a ilegitimidade passiva do Comandante do 3º RPRMont para figurar no processo e mesmo para nele ser citado. Deveria ter sido a ação dirigida contra o Estado do Rio Grande do Sul e ser citado o Procurador-Geral do Estado, conforme prevê o art. 2º da Lei estadual 5898, de 23.12.69.

4ª — Também não foi pedida pelo Autor a intervenção do Ministério Público, obrigatória no caso, a teor do art. 82, III, do Código de Processo Civil.

5ª — Esse juízo é manifestamente incompetente para o feito, uma vez que o foro do Estado, como pessoa jurídica de direito público que é, é o da sua capital, onde tem sede (cfr. CPC., art. 100, IV, a); onde deve ser acionado no Juízo Especializado da Fazenda Pública Estadual (COJE, art. 84, V).

2.4. Disso se conclui que a petição inicial teria que ter sido indeferida ou, no mínimo, completada, já que a ela falta pedido (CPC, art. 295, par. único, I) e a parte passiva é manifestamente ilegítima (idem, art. 295, II).

2.5. Mas, o que é mais grave e perturbador, configurando uma autêntica e ilegal intervenção do Judiciário no Executivo, contrariando o dogma da separação dos poderes e infringindo

gindo os princípios da disciplina e da hierarquia militar, foi a liminar de reintegração no cargo que, sem a mínima forma, ou fundamento legal, foi concedida por V.Ex.<sup>a</sup>.

2.6. A concessão da providência cautelar sem audiência da parte havia que afeioar-se ao art. 797 do Código de Processo Civil, que permite ao juiz determinar medidas cautelares sem audiência das partes "só em casos excepcionais expressamente autorizados por lei". No caso, não se esboçaram nem foram alegados, porque inexistiam e havia impossibilidade da sua ocorrência, os pressupostos do art. 798 do mesmo código: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Nada impedia que V.Ex.<sup>a</sup> mandasse ouvir a parte contrária, que não poderia nem querer a autoridade que é, frustrar ou impedir o cumprimento de qualquer ordem judicial.

2.7. Por outro lado, teria a cautela que ter sido requerida em petição com os requisitos do art. 801 do Código de Processo Civil, com citação do requerido nos termos do art. 802, e não no próprio bojo da ação principal, onde foi conhecida e deferida.

2.8. E somente seria lícito deferir a cautelar sem audiência da parte contrária se houvesse o perigo de o Comandante do 3º RPRMont torná-la ineficaz, o que se demonstrou não ocorreria. E, no caso, concedendo a ordem cautelar, teria V.Ex.<sup>a</sup> que ter determinado a prestação de caução pelo reqte.

2.9. O despacho agravado deixa obscuras as razões da concessão da cautelar nos autos da ação principal. A simples remissão à documentação juntada, sem especificar a qual documento se refere a decisão, torna-a nula por falta de fundamentação. De outra parte, argumentar com "o longo tempo de serviço do autor" não é, *data venia*, argumentar juridicamente. Estão em jogo princípios superiores, como a disciplina e a hierarquia militar e, também, os interesses do Erário, que não podem ser tratados do modo como o foram na liminar concedida por esse juízo. O licenciamento *ex-officio* foi determinado pelo Comandante do 3º RPRMont com fundamento no art. 125, § 2º, III, da Lei estadual nº 7.138/78 c/c o art. 31, § 1º, do Dec. 29.996/80. Esse direito-dever da autoridade militar não é discutido na inicial, que de modo algum o infirma.

2.10. É bem de ver, outrossim, que a concessão de liminar implica no pagamento de vencimentos e vantagens ao militar licenciado. A Lei nº 4848, de 26.6.64, em seu art. 5º, veda em mandados de segurança o deferimento de liminar que vise "à concessão de aumentos ou extensão de vantagens" a servidor público. Ora, a liminar agravada importando no pagamento de vencimentos e vantagens, deferida singelamente no pórtico de uma ação ordinária, com maior razão consiste em infração da norma proibitiva federal em apreço.

2.11. Finalmente: É inadmissível e não encontra guarida legal a indébita antecipação da prestação jurisdicional, deferida sem maior atenção por V.Ex.<sup>a</sup>. O ato administrativo que determinou o licenciamento do Autor, se for suscetível de desconstituição, isso só será possível através de sentença passada em julgado, após amplo contraditório. Nenhuma justificativa existe que autorize o exercício excessivo cometido por V.Ex.<sup>a</sup> do poder geral de cautela do juízo. Esse poder só pode ser exercitado dentro do figurino legal, delimitado que é nos arts. 797 e 798 e especificado no art. 799 do Código de Processo Civil. Da forma como foi dada a liminar, implicou ela lesão a direitos líquidos e certos da administração, à qual, como se disse, não pode substituir-se o Poder Judiciário, sob pena de subversão da própria ordem constitucional.

### 3. REQUERIMENTOS

3.1. Demonstrado que a ordem de reintegração liminar no cargo de policial militar foi indevidamente prolatada, pois afrontou as regras de direito material e procedimental apontadas importando em manifesta ilegalidade, é o presente agravo para requerer que V.Ex.<sup>a</sup> reforme o despacho agravado para os fins de:

a) indeferir a própria petição inicial;

b) ou, quando não, reformar o despacho em questão para o fim de revogar a liminar de reintegração no cargo de PM concedida ao autor, ora agravado.

3.2. Ou, deixando de fazê-lo V.Ex.<sup>a</sup>, pede-se que se sirva remeter o presente recurso ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado para que aquele colegiado superior lhe dê provimento nos termos supra.

3.3. Requer que o instrumento seja formado com as seguintes peças, além das que são juntadas à presente petição:

a) petição inicial (fls. 2/16);

b) decisão agravada (fl. 78);

c) certidão da retirada dos autos do cartório pelo Procurador do Estado (fl. 80 vº).

São os termos em que, pede deferimento.

PASSO FUNDO, 24 de maio de 1984.

Luiz Juarez Nogueira de Azevedo  
Procurador do Estado

### MANDADO DE SEGURANÇA.

Concessão de liminar em ação de reintegração em cargo público estadual militar, sem oitiva do Estado, cuja eficácia da medida se retira até julgamento do agravo de instrumento interposto.

"Writ" impetrado para emprestar efeito suspensivo ao recurso, construção pretoriana de aplicação iterativa, frente a danos irreparáveis em caso de improcedência da ação.

SEGURANÇA CONCEDIDA, para sustar medida deferida liminarmente.

MANDADO DE SEGURANÇA  
Nº 584033781

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
PASSO FUNDO

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

impetrante;

DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA  
CÍVEL DA COMARCA DE PASSO FUNDO,

coator.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, conceder a segurança, conforme relatório e votos inclusos.

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. Sílvio J. Lopes Neto.

Porto Alegre, 28 de novembro de 1984.

DES. JOSÉ BARISON, Presidente

DES. MANOEL CELESTE DOS SANTOS, Relator.

RELATOR: DES. MANOEL CELESTE DOS SANTOS

### RELATÓRIO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Exmo. Sr. Dr. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PASSO FUNDO. Nessa Vara, Edmundo Dias Soares, ex-sargento da Brigada Militar, aforou ação ordinária de reintegração em cargo público. A autoridade apontada como coa-

tora deferiu a inicial e mandou citar não o Estado, mas o Comandante da Unidade Militar, parte manifestamente ilegítima. Fez mais: determinou a reintegração de Edmundo no cargo, sem observância das formas e ocorrências dos pressupostos legais, antecipando a prestação jurisdicional ordinária e violando direito líquido e certo do réu — ora impetrante. Contra o deferimento da inicial e a concessão da cautelar, opôs o Estado agravo de instrumento, ainda em tramitação no juízo 'a quo'. Era direito líquido e certo do Estado licenciar Edmundo Dias Soares, a bem da disciplina. Reintegrando-o à Força, sem observância de procedimentos apropriados, agiu o magistrado ilegalmente e com abuso de poder. Obrigoando o impetrante a efetuar pagamento de vencimentos e vantagens ao policial militar licenciado, causa dano de difícil reparação ao Erário Público. Dito, a seguir, do cabimento do 'writ' e formulados requerimentos de cassação da liminar, de ser dado efeito suspensivo ao agravo de instrumento, suspensos, de consequência, os efeitos da decisão atacada

Prestadas informações (fls. 50/58). Em prefacial, dito do descabimento da segurança porque pendente exceção de incompetência, requerida pelo Estado. No mérito, não decorreram, da concessão liminar na reintegratória, qualquer das irregularidades ou ilegalidades alegadas na inicial.

Emitiu parecer o Dr. Procurador de Justiça, opinando pela concessão do 'writ', para dar-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento

### V O T O

**O DES. MANOEL CELESTE DOS SANTOS (RELATOR) — Sr. Presidente.**

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pendente ação de reintegração de posse em cargo público estadual militar, cumulada com pedido de liminar, promovida por EDMUNDO DIAS SOARES contra o COMANDANTE DO 2º REGIMENTO DE POLÍCIA MONTADA, deferida a liminar 'inaudita altera pars', inconciliado com esta concessão e com feitos outros do processo, impetrou o presente 'writ', objetivando cassação da liminar por manifestamente ilegal ou atribuição de efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento já interposto.

Concedida a liminar neste mandamus para o segundo efeito.

Entende o magistrado, em suas informações que, havendo sido intentada uma exceção de incompetência, com o que suspenso o processo haveria contradição com o mandamus.

Inocorre tal contradição, vez que o mandado de segurança tem por escopo retirar efeitos da liminar concedida pelo juiz cuja competência foi posta em dúvida e a exceção quer direcionar o processo ao juízo competente. Assim, nenhum obstáculo há para que este juízo recursal decida sobre o objeto do mandamus, que é retirar eficácia de provimento judicial proferido por juiz em processo provavelmente inepto e de competência impugnada.

No demais, permissa venia', adoto como razões de decidir e aqui as faço integrar, parte das razões do judicioso parecer do ilustrado Dr. Procurador de Justiça, nestes termos declinado: "Também o 'fumus boni juris' está presente no caso, a ensejar a concessão da ordem pleiteada pelo Estado. O licenciamento do militar foi escudado no art. 125, § 2º, III da Lei estadual nº 7138/38, c/c o art. 31, § 1º do Decreto nº 29996/80. Trata-se de praça não estável, contando 9 anos e 9 meses de serviço, que foi excluído a bem da disciplina.

Ora, tal situação, prevista em lei, só pode ser eventualmente anulada, ou tornada sem efeito judicialmente, em ação própria, que no caso é a ação ordinária, sujeita ao crivo do contraditório, com ampla instrução, e somente se culminar com a procedência da ação, transitada em julgado, ocorreria a reintegração do praça, não através de simples liminar, como aconteceu 'in casu'.

Demais, o ato judicial atacado, à toda evidência, é nulo de pleno direito, atingido que está pelo vício da competência do juízo.

Efetivamente, nos termos do art. 84, V do COJE, a competência para os feitos em que for parte o Estado, é o das Varas dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, nesta Capital, onde o Autor deveria ter proposto a ação.

Por outro lado, ocorre também ilegitimidade passiva de parte, ou seja, do Sr. comandante da unidade militar de Passo Fundo, que não tem 'legitímatio' como réu da ação, que é o Estado do Rio Grande do Sul, o qual deveria ter tido requerida sua citação na pessoa de seu Procurador-Geral (Lei nº 5898 de 23-12-69, art. 2º).

Deixou ainda o autor de provocar a intervenção no feito, do representante do 'parquet', que é obrigatória na espécie (CPC, art. 82, III).

Ante o exposto, OPINO pela confirmação da liminar outorgada a fls. 46 v., concedendo-se, em definitivo, a segurança requerida, para o fim de dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto, nos termos e pelas excelentes fundamentos, de perfeita juridicidade e pertinência à espécie, esmiuçados lapidarmente pelo Dr. Juiz Juarez Nogueira de Azevedo, DD, Procurador do Estado, nas brilhantes peças de fls. 2/13 e 32/39."

Dessas razões, torno definitivo o conteúdo do despacho de fl. 46v., 1ª parte, para o efeito de vigorar até apreciação e decisão do agravo de instrumento, onde se impugna a concessão da liminar na ação reintegratória de posse em cargo público militar, com a concessão deste mandamus.

**O DES. SILVINO J. LOPES NETO — De pleno acordo.**

**O SR. PRESIDENTE (DES. JOSÉ BARISON) — Também inteiramente de acordo com o eminente Relator.**

Mandado de Segurança nº 584033781, de Passo Fundo — À unanimidade, concederam a segurança. Em 28-11-84.

# ÍNDICE DE ASSUNTOS

## ABUSO DE DIREITO

- Do abuso de direito. O ilícito absoluto. Pré-exclusão de ilicitude. Do uso e exercício dos direitos subjetivos. Artigo do Procurador-Geral Adjunto Maria Amélia Dias de Moraes . . . 11

## AÇÃO POPULAR

- Da ilegitimidade passiva da sociedade de economia mista na ação popular. A ação popular não pode ser intentada contra a sociedade de economia mista, em particular, contra o Banco do Brasil, uma vez que a norma constitucional só admite ação popular contra entidades de direito público e a sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado. O próprio sistema constitucional submete a sociedade de economia mista ao direito comum, especialmente o das obrigações e do trabalho, o que é incompatível com o uso da ação popular. A natureza dos atos praticados pela sociedade de economia mista exclui a viabilidade da ação popular. Parecer de Arnaldo Wald . . . . . 109

## AÇÃO RESCISÓRIA

- Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento. A ação rescisória tem sido admitida ou conhecida contra acórdãos proferidos em agravo de instrumento, inclusive quando se trata de aparente decisão interlocutória, mas que abriga matéria de mérito. Artigo de Alcides de Mendonça Lima . . . . . 30

## APOSENTADORIA — PROFESSOR

- Aposentadoria especial de membro do magistério. Emenda Constitucional nº 18. O período em que o professor ou especialista esteve dispensado de suas funções, nos termos do artigo 153 da Lei nº 6.672/74, para exercer função executiva em entidade de classe, não é tempo de efetivo exercício em funções de magistério, computável para aposentadoria precoce. Parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch . . . . . 52

## APOSENTADORIA — PROVENTOS

- Proventos de aposentadoria. O funcionário aposentado com proventos proporcionais faz jus a tê-los revistos para integrais caso venha a ser acometido, mesmo após a inativação, por uma das doenças enumeradas no artigo 1º da Lei nº 7.616, de 5 de janeiro de 1982, se revestidas das características expressas no dito dispositivo. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski . . . . . 65

## APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

- Aposentadoria de Juiz de Paz. Concessão de aposentadoria por invalidez de Juiz de Paz na forma do artigo 177, IV, da Lei nº 1.751/52. Aplicação analógica do artigo 424 da Lei nº 3.119/57. Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch . . . . . 89
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch . . . . . 91

## ATO ADMINISTRATIVO

- Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. Os atos administrativos negociais podem ser vinculados e definitivos ou discricionários e precários. Os primeiros só podem ser extintos por justo motivo por meio de um processo legal; os últimos podem ser extintos a qualquer tempo, sumariamente. Artigo de Hely Lopes Meirelles . . . . . 27

## AUTONOMIA MUNICIPAL

- Serviço municipal de esgotos sanitários. É possível do ponto de vista jurídico que o Mu-

- nicípio dentro de sua autonomia, artigo 15, letra b, da Constituição Federal, execute seus serviços de esgotos sanitários. No entanto, segundo a legislação federal que rege os serviços públicos de saneamento básico, integrados ao plano nacional de abastecimento básico, somente às companhias estaduais de saneamento são deferidos recursos financeiros pelo BNH para execução dos referidos serviços. Parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo Ribeiro Fonyat . . . . . 122
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Senhor Vereador Cláudio Silva Rufino, da Câmara Municipal de Ijuí, RS, encaminhando parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo Ribeiro Fonyat . . . . . 122

## BRIGADA MILITAR — EXCLUSÃO

- Mandado de segurança. Licenciamento de praça da Brigada Militar a bem da disciplina. Legalidade do ato administrativo do Comando da Unidade respectiva. Cassação de medida cautelar de reintegração no cargo policial militar. Mandado de Segurança impetrado pelo Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . . 156

## CÂMARA MUNICIPAL — DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

- Recursos destinados à Câmara Municipal. Duodécimos. Dentro do orçamento municipal, compete ao Executivo fazer o repasse da verba destinada à Câmara de Vereadores, através de duodécimos, consoante dispõe a Lei Orgânica no artigo 158. Independente, na espécie, o fato de haver ou não serviço de contabilidade em separado, porquanto em qualquer caso deverá ser feito o repasse pelo Executivo. Parecer do Procurador Marília de Oliveira Azevedo . . . . . 126
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Presidente da Câmara Municipal de Vião, RS, encaminhando parecer do Procurador Marília de Oliveira Azevedo . . . . . 127

## CÂMARA MUNICIPAL — MESA LEGISLATIVA

- Quorum para eleição da mesa da Câmara de Vereadores. Subordinação hierárquica do Regimento Interno da Câmara à Lei Orgânica do Município. Entendimento do artigo 31 da Constituição Federal e imposição de suas regras ao Município por determinação do artigo 13. Parecer do Procurador Bartolomé Borba . . . . . 119
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Bartolomé Borba . . . . . 121

## CÂMARA MUNICIPAL — QUORUM

- Quorum para eleição da mesa da Câmara de Vereadores. Subordinação hierárquica do Regimento Interno da Câmara à Lei Orgânica do Município. Entendimento do artigo 31 da Constituição Federal e imposição de suas regras ao Município por determinação do artigo 13. Parecer do Procurador Bartolomé Borba . . . . . 119
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Bartolomé Borba . . . . . 121

## CARGO — ACESSO

- O princípio da acessibilidade aos cargos públicos e as prerrogativas das profissões regulamentadas. Mandado de segurança, com pedido de suspensão liminar, impetrado pelo Procurador-Geral do Estado e pelo Procurador Defrançisco Gallicchio . . . . . 128

## CDNCURSO DE CREOORES

- Preferência do crédito tributário. O crédito tributário do Estado-membro prefere ao crédito não tributário de autarquia interestadual. Parecer do Procurador Jacques Távora Alfonsin . . . . . 74

## CONSELHO DELIBERATIVO DA REGIÃO METROPOLITANA

- Região metropolitana. Convênios. Conselho deliberativo da região metropolitana de Por-

to Alegre. Impossibilidade de firmar convênios e outros instrumentos com órgãos públicos e privados, face aos termos do artigo 66 da Carta Maior do Estado. Existência de óbice constitucional à delegação de poderes, pelo Chefe do Executivo Estadual, ao Secretário-Geral de dito órgão, para firmar ditos convênios (artigo 66, parágrafo único, da Carta Maior do Estado). Análise da matéria, à luz da Constituição, da legislação ordinária e da doutrina. Parecer do Procurador Adnor Goulart . . . . .

85

**CONSELHO DELIBERATIVO DA REGIÃO METROPOLITANA –  
COMPETÊNCIA**

- Serviços de transporte coletivo na região metropolitana de Porto Alegre. O Conselho Deliberativo da região metropolitana não possui personalidade jurídica de direito público que lhe habilite a receber o poder concedente do Estado com referência ao transporte coletivo de passageiros nessa região. Necessidade de provimento legal específico para retomar do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem parcela dessa competência, atribuída pela Lei n.º 3.080/56, para outorgá-la, dentro da região metropolitana, a outro órgão ou entidade de personalidade jurídica de direito público. Competência originária do Estado para sua atribuição e conseqüente falta de competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana para outorgar ou receber os serviços de transporte coletivo de passageiros. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura . . . . . 35
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura . . . . . 40

**CONTRATO – OBRA PÚBLICA**

- Tomada de preços. Recebimento da obra com ressalva de infração do contratante. Cabimento da multa imposta pela Administração. Parecer do Procurador Telmo Candiota da Rosa Filho . . . . . 79

**CONTRATO – REAJUSTE DE PREÇO**

- Revisão de contrato administrativo. Sociedade de economia mista. Contrato de fiscalização de obra. Revisão de fórmulas de reajuste de preço. Teoria de imprevisão: inaplicabilidade ao caso concreto. Parecer do Procurador Maurício Azevedo Moraes . . . . .
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Maurício Azevedo Moraes . . . . . 60

**CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL**

- Contribuição assistencial para o sindicato. Não são devidas as contribuições assistenciais estabelecidas em favor do sindicato se contra elas se tenham oposto expressamente os trabalhadores. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado . . . . . 104
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Nequete Machado . . . . . 108

**CONVÊNIO**

- Região metropolitana. Convênios. Conselho deliberativo da região metropolitana de Porto Alegre. Impossibilidade de firmar convênios e outros instrumentos com órgãos públicos e privados, face aos termos do artigo 66 da Carta Maior do Estado. Existência de óbice constitucional à delegação de poderes, pelo Chefe do Executivo Estadual, ao Secretário-Geral do dito órgão, para firmar ditos convênios (artigo 66, parágrafo único, da Carta Maior do Estado). Análise da matéria, à luz da Constituição, da legislação ordinária e da doutrina. Parecer do Procurador Adnor Goulart.  
Crédito tributário ver DÍVIDA ATIVA

**DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA**

- Região metropolitana. Convênios. Conselho deliberativo da região metropolitana de Porto Alegre. Impossibilidade de firmar convênios e outros instrumentos com órgãos públi-

cos e privados, face aos termos do artigo 66 da Carta Maior do Estado. Existência de óbice constitucional à delegação de poderes, pelo Chefe do Executivo Estadual, ao Secretário-Geral de dito órgão, para firmar ditos convênios (artigo 66, parágrafo único, da Carta Maior do Estado). Análise da matéria, à luz da Constituição, da legislação ordinária e da doutrina. Parecer do Procurador Adnor Goulart . . . . .

85

**DÍVIDA ATIVA**

- Preferência de crédito tributário. O crédito tributário do Estado-membro prefere ao crédito não tributário de autarquia interestadual. Parecer do Procurador Jacques Távora Alsin . . . . . 74

**ELEIÇÃO – VEOAÇÃO DE NOMEAR, CONTRATAR, ETC**

- Período pré e pós-eleitoral. Lei (federal) n.º 7.332, de 1.º de julho de 1985. Eleições de 15 de novembro de 1985. Aspectos relativos a pessoal no período pré e pós eleitoral: 1.º de julho de 1985 a 1.º de janeiro de 1986. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry . . . . . 93
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry . . . . . 102

**EMENDA CONSTITUCIONAL – PROJETO**

- Inconstitucionalidade de emenda constitucional. Projeto de emenda constitucional, de origem parlamentar, que inibe a iniciativa da lei de meios, estipulando dotações percentuais obrigatórias para o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, não colide com a reserva de iniciativa prevista no art. 32 da Constituição do Estado, não podendo, sob tal enfoque, ser inquinado de inconstitucionalidade formal. Padece, porém, do vício de inconstitucionalidade material na medida em que inibe a independência do Poder Executivo em matéria que é de sua competência, bem como fere a anualidade e a unidade orçamentária, tudo constante do modelo federal, indisponível e obrigatório na auto-organização dos Estados. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . . 42
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . . 49

**FÉRIAS**

- Férias. Professor contratado. Exercício de funções de assistente técnico na SEC. Titulação de dois contratos no magistério. Pretensão a férias em períodos distintos pelos dois vínculos. Inexistência de direito a reconhecer. Prescrição bienal. Parecer do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . . 70
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . . 72
- Fiscalização sanitária ver INSPEÇÃO SANITÁRIA . . . . . 82

**FUNCIONÁRIO – DESCONTO EM FOLHA**

- Contribuição assistencial para o sindicato. Não são devidas as contribuições assistenciais estabelecidas em favor do Sindicato se contra elas se tenham oposto expressamente os trabalhadores. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado . . . . . 104
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Nequete Machado . . . . . 107

**HARMONIA DE PODERES**

- Projeto de emenda constitucional, de origem parlamentar, que inibe a iniciativa da lei de meios, estipulando dotações percentuais obrigatórias para o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, não colide com a reserva de iniciativa prevista no art. 32 da Constituição do Estado, não podendo, sob tal enfoque, ser inquinado de inconstitucionalidade formal. Pa-

dece, porém, do vício de inconstitucionalidade material na medida em que inibe a independência do Poder Executivo em matéria que é de sua competência, bem como fere a anualidade e a unidade orçamentária, tudo constante do modelo federal, indisponível e obrigatória na auto-organização dos Estados. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . .	42
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . .	49

**INSPEÇÃO SANITÁRIA**

— Multas em matéria sanitária. Legislação ambiental. Suspensão da exigibilidade do pagamento. Decreto federal nº 88.351/83, artigo 45. Parecer do Procurador Verena Nygaard . . . . .	82
---	----

**JUIZ DE PAZ**

— Aposentadoria de Juiz de Paz. Concessão de aposentadoria por invalidez de Juiz de Paz na forma do artigo 177, da Lei nº 1.751/52. Aplicação analógica do artigo 424 da Lei nº 3.119/57. Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch . . . . .	
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch . . . . .	89

**MAGISTÉRIO — AFASTAMENTO**

— Aposentadoria especial de membro do magistério. Emenda Constitucional nº 18. O período em que o professor ou especialista esteve dispensado de suas funções, nos termos do artigo 153 da Lei nº 6.672/74, para exercer função executiva em entidade de classe, não é tempo de efetivo exercício em funções de magistério, computável para a aposentadoria precoce. Parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch . . . . .	52
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch . . . . .	55
Magistério — Aposentadoria ver APOSENTADORIA — PROFESSOR	

**MAGISTÉRIO — CDNTRATO**

— Férias. Professor contratado. Exercício de funções de assistente técnico na SEC. Titulação de dois contratos no magistério. Pretensão a férias em períodos distintos pelos dois vínculos. Inexistência de direito a reconhecer. Prescrição bienal. Parecer do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . .	70
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . .	72

**MANDADO DE SEGURANÇA**

— Mandado de segurança. Licenciamento de praça da Brigada Militar a bem da disciplina. Legalidade do ato administrativo do Comando da Unidade respectiva. Cassação de medida cautelar de reintegração no cargo policial militar. Mandado de segurança impetrado pelo Procurador Luiz Nogueira de Azevedo . . . . .	156
— O princípio da acessibilidade aos cargos públicos e as prerrogativas das profissões regidas. Mandado de segurança, com pedido de suspensão liminar, impetrado pelos Procuradores Ney Sá e DeFrancisco Gallicchio . . . . .	128
— Procurador do Estado. Remoção. Mandado de segurança impetrado pelo Procurador Caio Martins Leal . . . . .	145

**MULTA**

— Multas em matérias sanitária. Legislação ambiental. Suspensão da exigibilidade do pagamento. Decreto federal nº 88.351/83, artigo 45. Parecer do Procurador Verena Nygaard . . . . .	82
--	----

— Tomada de preços. Recebimento da obra com ressalva de infração do contratante. Cabimento de multa imposta pela Administração. Parecer do Procurador Telmo Candiota da Rosa Filho . . . . .	79
Município — Autonomia ver AUTONOMIA MUNICIPAL . . . . .	122

**OPERAÇÕES DE CRÉDITO — PRESTAÇÃO DE GARANTIA**

— Garantia prestada pelo Estado à União. Autorização da Lei estadual nº 6.585, de 10 de julho de 1973, para a prestação de garantia pelo Executivo: respeitados os fins a que visa, abrange quaisquer formas legais de garantia. Parecer do Procurador Mercedes de Moraes Rodrigues . . . . .	57
---	----

**PDDER JUDICIÁRIO — DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS**

— Projeto de emenda constitucional, de origem parlamentar, que inibe a iniciativa da lei de meios, estipulando dotações percentuais obrigatórias para o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, não colide com a reserva de iniciativa prevista no art. 32 da Constituição do Estado, não podendo, sob tal enfoque, ser inquinado de inconstitucionalidade formal. Padece, do vício de inconstitucionalidade material na medida em que inibe a independência do Poder Executivo em matéria que é de sua competência, bem como fere a anualidade e a unidade orçamentária, tudo constante do modelo federal, indisponível e obrigatório na auto-organização dos Estados. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . .	42
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . .	49

**PDDER LEGISLATIVO — DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS**

— Projeto de emenda constitucional, de origem parlamentar, que inibe a iniciativa da lei de meios, estipulando dotações percentuais obrigatórias para o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, não colide com a reserva de iniciativa prevista no art. 32 da Constituição do Estado, não podendo, sob tal enfoque, ser inquinado de inconstitucionalidade formal. Padece, porém, do vício de inconstitucionalidade material na medida em que inibe a independência, bem como a anualidade e a unidade orçamentária, tudo constante do modelo federal, indisponível e obrigatório na auto-organização dos Estados. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . .	42
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . .	49

**PRESCRIÇÃO**

— Férias. Professor contratado. Exercício de funções de assistente técnico na SEC. Titulação de dois contratos no magistério. Pretensão a férias em períodos distintos pelos dois vínculos. Inexistência de direito a reconhecer. Prescrição bienal. Parecer do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . .	70
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . .	72

**PROCURADOR DO ESTADO — REMOÇÃO**

— Procurador do Estado. Mandado de segurança impetrado pelo Estado contra ato de Juiz de Direito. Indeferimento do senhor Procurador-Geral do Estado de pedido de remoção por falta de amparo legal e total carência de pessoal da Procuradoria-Geral do Estado.	
— Procurador-Geral do Estado. Mandado de Segurança impetrado pelo Procurador Caio Martins Leal . . . . .	145
Proventos ver APOSENTADORIA — PROVENTOS . . . . .	65

## REGIÕES METROPOLITANAS

- Serviços de transporte coletivo na região metropolitana de Porto Alegre. O Conselho Deliberativo da região metropolitana não possui personalidade jurídica de direito público que lhe habilite a receber o poder concedente do Estado com referência ao transporte coletivo de passageiros nessa Região. Necessidade de provimento legal específico para retomar do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem parcela desta competência, atribuída pela Lei nº 3.080/56, para outorgá-la, dentro da região metropolitana, a outro órgão ou entidade dotada de personalidade jurídica de direito público. Competência originária do Estado para sua atribuição e conseqüente falta de competência do Conselho Deliberativo da região metropolitana para outorgar ou receber os serviços de transporte coletivo de passageiros. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura . . . . . 35
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura . . . . . 41
- Saneamento básico ver SERVIÇOS DE SANEAMENTO . . . . . 122

## SERVIÇOS DE SANEAMENTO

- Serviço municipal de esgotos sanitários. É possível do ponto de vista jurídico que o Município dentro de sua autonomia, artigo 15, letra b, da Constituição Federal, execute seus serviços de esgotos sanitários. No entanto, segundo a legislação federal que rege os serviços públicos de saneamento básico, integrados ao plano nacional de abastecimento básico, somente às companhias estaduais de saneamento são deferidos recursos financeiros pelo BNH para execução dos referidos serviços. Parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo Ribeiro Fonyat . . . . . 122
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Senhor Vereador Cláudio Silva Rufino, da Câmara Municipal de Ijuí, RS, encaminhando parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo Ribeiro Fonyat . . . . . 125

## SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

- Da ilegitimidade passiva da sociedade de economia mista na ação popular. A ação popular não pode ser intentada contra a sociedade de economia mista, em particular, contra o Banco do Brasil, uma vez que a norma constitucional só admite ação popular contra entidades de direito público e a sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado. O próprio sistema constitucional submete a sociedade de economia mista ao direito comum, especialmente o das obrigações e do trabalho, o que é incompatível com o uso da ação popular. A natureza dos atos praticados pela sociedade de economia mista exclui a viabilidade da ação popular. Parecer de Arnoldo Wald . . . . . 19

## TRANSPORTE COLETIVO

- Serviços de transporte coletivo na região metropolitana de Porto Alegre. O Conselho Deliberativo da região metropolitana não possui personalidade jurídica de direito público que lhe habilite a receber o poder concedente do Estado com referência ao transporte coletivo de passageiros nessa região. Necessidade de provimento legal específico para retomar do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem parcela dessa competência, atribuída pela Lei nº 3.080/56, para outorgá-la, dentro da região metropolitana, a outro órgão ou entidade dotada de personalidade jurídica de direito público. Competência originária do Estado para sua atribuição e conseqüente falta de competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana para outorgar ou receber os serviços de transporte coletivo de passageiros. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura . . . . . 35
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura . . . . . 40

## ÍNDICE DE AUTOR

ALFONSÍN, Jacques Távora. — Preferência do crédito tributário. Parecer . . . . .	74
AZEVEDO, Luiz Juarez Nogueira de. — Mandado de segurança. Licenciamento de praça da Brigada Militar a bem da disciplina. Legalidade do ato administrativo do Comando da unidade respectiva. Cassação de medida cautelar de reintegração no cargo policial militar — Férias. Parecer . . . . .	156
AZEVEDO, Marília de Oliveira. — Recursos destinados à Câmara Municipal. Parecer . . . . .	70
BERGESCH, Eunice Rotta. — Aposentadoria de Juiz de Paz. Parecer . . . . .	126
BORBA, Bertolomé. — Quorum para eleição da mesa da Câmara de Vereadores. Parecer . . . . .	89
FONYAT, Maria Izabel de Araújo Ribeiro. — Serviço municipal de esgotos sanitários. Parecer . . . . .	119
GALLICCHIO, Defrancisco. — O princípio da acessibilidade aos cargos públicos e as prerrogativas das profissões regradas. Mandado de segurança. . . . .	122
GOULART, Adnor. — Região metropolitana. Convênios. Parecer . . . . .	128
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Proventos de aposentadoria. Parecer . . . . .	87
LEAL, Caio Martins. Procurador do Estado. Remoção. Mandado de segurança . . . . .	65
LIMA, Alcides de Mendonça. — Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento. Artigo . . . . .	145
MACHADO, Eunice Nequete. Contribuição assistencial. Parecer . . . . .	30
MEIRELLES, Hely Lopes. — Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. Artigo . . . . .	104
MORAES, Maria Amália Dias de. — Do abuso de direito. Alguns aspectos. Artigo. . . . .	27
MORAES, Maurício Azevedo. — Revisão de contrato administrativo. Parecer . . . . .	11
MORSCH, Jorge Arthur. — Aposentadoria especial de membro do magistério. Parecer . . . . .	60
MOURA, Ana Maria Landell de. — Serviços de transporte coletivo na região metropolitana de Porto Alegre. Parecer . . . . .	52
NYGAARD, Verena. — Multas em matéria sanitária. Parecer . . . . .	35
PETRY, Elaine de Albuquerque. — Período pré e pós-eleitoral. Parecer . . . . .	82
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — Garantia prestada pelo Estado à União. Parecer . . . . .	93
ROSA FILHO, Telmo Candiota da. — Tomada de preços. Parecer . . . . .	57
SÁ, Ney. — O princípio da acessibilidade aos cargos públicos e as prerrogativas das profissões regradas. Mandado de segurança . . . . .	79
— Serviços de transporte coletivo na região metropolitana de Porto Alegre. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura. . . . .	128
— Inconstitucionalidade de emenda constitucional. Ofício do Procurador-Geral do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta . . . . .	
— Aposentadoria especial de membro do magistério. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch . . . . .	
— Revisão de contrato administrativo. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Maurício Azevedo Moraes . . . . .	
— Proventos de aposentadoria. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski . . . . .	
— Férias. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo . . . . .	
— Aposentadoria de Juiz de Paz, Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch . . . . .	

— Recursos destinados à Câmara Municipal. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Presidente da Câmara Municipal de Viamão, RS, encaminhando parecer do Procurador Marília de Oliveira Azevedo . . . . .	
— Serviço municipal de esgotos sanitários. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Secretário da Comissão de Justiça, da Redação da Câmara Municipal de Ijuí, RS, encaminhando parecer do Procurador Maria Izabel de Araújo R. Fonyat . . . . .	
— Quorum para eleição da mesa da Câmara de Vereadores. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Presidente da Câmara Municipal de Jaguarão, RS, encaminhando parecer do Procurador Bartolomé Borba . . . . .	
SESTA, Mário Bernardo. — Inconstitucionalidade de emenda constitucional. Parecer . . . . .	42
WALD, Arnaldo. — Da ilegitimidade passiva da sociedade de economia mista na ação popular. Parecer . . . . .	109

Composto e Impresso  
 Escola Gráfica FEPLAM  
 Av. Cavallhada, 6735  
 Porto Alegre/RS — Brasil  
 "PROVAS REVISADAS  
 PELO CLIENTE"



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag