

REVISTA
DA
PROCURADORIA-
-GERAL
DO ESTADO



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

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

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

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

RPGE	Porto Alegre	v. 12	nº 33	p. 1 a 284	1982
------	--------------	-------	-------	------------	------

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. 23cm. quadrimestral.

Continuação da Revista da
Consultoria-Geral do Estado.



JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
Governador do Estado

OCTÁVIO GERMANO
Vice-Governador do Estado

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMALIA DIAS DE MORAES
Procurador-Geral Adjunto

JORGE ARTHUR MORSCH
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

Maria Amália Dias de Moraes

Almiro Regis Matos do Couto e Silva

Manoel André da Rocha

Luiz Juarez 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 Valvírio Castro Ramos

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

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO

Bel. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

BIBLIOTECÁRIA

Bel. Maria Rita Bortolon

EXPEDIÇÃO

Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

J. CRETILLA JÚNIOR	Do conflito de atribuição no Código de Processo Civil Brasileiro	13
HELÝ LOPES MEIRELLES RUY BARBOSA NOGUEIRA	O Estado e suas empresas Contribuição de Melhoria e Taxa de Iluminação Pública	29 35
LÚCIA VALLE FIGUEIREDO ADERBAL TORRES DE AMORIM	Licenças urbanísticas Reconvenção, cumulação de ações e ação rescisória	49 61
MAURO PINTO MARQUES	Uma pequena reflexão sobre a interpretação jurídica	65
PARECERES		
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Prescrição da pretensão a exigir o laudêmio. Parecer 4818 PGE.	73
NEY SÁ	Revisão do processo administrativo-disciplinar. Parecer 4628 PGE	77
JORGE ARTHUR MORSCH	Aposentadoria antecipada dos professores. Parecer 4864 PGE	89
MANOEL ANDRÉ DA ROCHA	Direito adquirido a gratificação adicional. Parecer nº 4843 PGE	101
MAURÍCIO AZEVEDO MORAES	Exercício da advocacia. Parecer 4865 PGE	107
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Pontualidade do Professor. Parecer 4862 PGE	111
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Inconstitucionalidade de emenda constitucional. Parecer 4907 PGE	115
FLORIANO MILLER NETTO	Autarquias estaduais de natureza econômica e a cobrança da Dívida ativa. Parecer 4897 PGE	119
EUNICE NEQUETE MACHADO	Efetivação dos servidores estáveis. Parecer 4841 PGE	123
ADERBAL TORRES DE AMORIM	Inviolabilidade parlamentar. Parecer	135
GERALDO ATALIBA	Competência supletiva legislativa estadual. Parecer	145
ASSUNTOS MUNICIPAIS		
ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL	Lei orçamentária. Parecer 4889 PGE	163

JOSÉ H.V. CASTRO RAMOS	Extinção de autarquia Previdenciária Municipal. Parecer 4577 PGE	169
CAIO LUSTOSA	Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente. Parecer 4813 PGE	171
RENITA MARIA HÜLLEN	Taxa de serviços de pavimentação e contribuição de melhoria. Parecer 4866 PGE	177
MARIA IZABEL A. RIBEIRO FONYAT	Imposto sobre serviços de quaisquer natureza. Parecer 4930 PGE	189
TRABALHOS FORENSES		
LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO	Reajuste automático de vencimentos: Inconstitucionalidade da E.C. nº 15. Razões	199
RICARDO KOCH	Salário profissional do não diplomado. Recurso de Revista	223
DEFRANCISCO GALLICCHIO	Alteração das condições de concurso público. Contestação	229
IVÔ GABRIEL CUNHA	Revogabilidade das isenções onerosas, sentença	241
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Revogabilidade das isenções onerosas. Apelação	249
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Aposentadoria. Inconstitucionalidade do §4º do art. 232 da Lei 7356 de 01.02.80. Razões	275

DOCTRINA

DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

J. CRETELLA JÚNIOR
Professor Titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo

- Sumário: 1. O problema.
2. O Código de Processo Civil Atual.
3. O vocábulo "conflito".
4. Conflito de jurisdição.
5. Conflito de atribuição.
6. Origem da confusão.
7. Comentadores do CPC anterior.
8. Comentadores do atual CPC.
9. A Emenda Constitucional.
10. Conflitos de atribuição, na prática.
11. Natureza jurídica do ato que dirime o conflito.

1. O problema.

No Brasil, o **conflito de competência**, antes denominado, sem precisão técnica, de **conflito de jurisdição**, pois a jurisdição é una e, portanto, não conflita, somente pode ocorrer entre duas autoridades judiciárias. O **conflito de atribuição**, por sua vez, pode verificar-se entre **autoridades judiciárias e administrativas**. Ou entre **autoridades administrativas**.

O **conflito de jurisdição** ou **conflito de competência**, que envolve sempre juízes ou tribunais, é **matéria de direito processual**. O **conflito de atribuição**, embora envolva, de um lado, juízes e tribunais, é **matéria exclusiva de direito administrativo** e não instituto de natureza processual. Mais precisamente: é matéria de direito processual administrativo e não de direito processual civil.

Sendo uma das **consequências da hierarquia**, o "conflito de atribuição", no Brasil, é, dentro de cada um dos Poderes, o choque entre duas autoridades, **em matéria administrativa**, decorrente do fato de ambas entenderem que são competentes ou incompetentes para o desempenho de determinada atividade que nada tem de jurisdicional ou de legislativa.

Suscitado o conflito, na órbita interna de cada um dos Poderes, o superior hierárquico, para efeitos administrativos, é que vai decidir qual das duas autoridades em conflito deve desempenhar a atividade em questão.

Suscitado o "conflito de atribuição", na órbita externa, como, por exemplo, entre **autoridades administrativas** e **autoridades judiciárias**, a questão complica-se um pouco, porque, na verdade, não existe superior hierárquico comum aos órgãos conflitantes, competente para dirimir o choque ocorrido, motivo por que a lei é que determinará a competência para resolvê-lo.

Denominamos "conflito de atribuição interno" o que se verifica entre autoridades do mesmo poder; "conflito de atribuição externo", o que ocorre entre autoridades pertencentes a poderes diversos.

Excluída, assim, qualquer idéia de **jurisdição**, porque, no Brasil, a autoridade administrativa não julga, "conflito de atribuição", no sentido que lhe dá o CPC, art. 124, a CF, art. 119, I, "f", e o RI do STF, art. 6º, "e", este último, aliás, transcrevendo o dispositivo constitucional citado, é precisamente o de "choque entre **autoridades judiciárias** e **autoridades administrativas** que se julgam competentes ou incompetentes para o desempenho de atividade administrativa".

"Conflito de atribuição", na França e nos demais países que admitem o "contencioso administrativo", tem outro sentido: "conflito de competência", "conflito de jurisdição" entre duas ordens, ambas judicantes, a "ordem judiciária" e a "ordem administrativa", porque repetimos, na França, há tribunais administrativos que julgam.

Por não atentar para este fato é que Francisco Campos, transplantando para o nosso meio disposições de países que admitem o "contencioso administrativo", introduziu no CPC de 1939 matéria incompatível com o nosso sistema jurídico, acabando por influenciar comentadores como Pontes de Miranda que, ao analisar exhaustivamente o CPC de 1939 e o de 1973, não percebeu o absurdo da situação.

Alfredo Buzaid, idealizador e estruturador do atual CPC, colocou as coisas no devido lugar, ao deferir aos regimentos internos dos tribunais a tarefa da disciplinação do processo e julgamento do "conflito de atribuições" entre **autoridade judiciária** e **autoridade administrativa**.

2. O Código de Processo Civil atual.

"Os regimentos internos dos tribunais regularão o processo e julgamento do conflito de atribuições entre autoridade judiciária e autoridade administrativa" — diz lapidarmente o CPC brasileiro de 1973, no artigo 124. É a única referência, em todo o Código de Processo Civil, a esse tipo especial de conflito.

O Código de Processo Civil emprega, assim, a expressão técnica e correta "conflito de atribuições" para designar o choque de competência, "em matéria administrativa", entre **autoridade judiciária** e **autoridade administrativa**, corrigindo, assim, a impropriedade do Código anterior de 1939 que, sem base alguma na realidade brasileira, aludia à possibilidade de "conflito de jurisdição" entre autoridades administrativas (art. 146 e art. 802), como se, no Brasil, as autoridades administrativas julgassem, exercessem jurisdição, o que, na verdade, não ocorre.

Realmente, como haver **conflito de jurisdição** entre a **ordem administrativa** e a **ordem judiciária**, se a ordem administrativa não tem a faculdade de exercer, no Brasil, **funções jurisdicionais**?

Ora, os **conflitos de jurisdição** ou **conflitos de competência**, matéria processual, por excelência, são exaustivamente disciplinados no Código de Processo Civil, em vigor; os **conflitos de atribuição**, assunto de direito administrativo, deixam de ser tratados, no mesmo Código, é claro, delegando o legislador, acertadamente, essa tarefa aos regimentos internos dos tribunais, o que também constava do Código de Processo Civil de 1939 (art. 146, I e II).

Qual o motivo porque o CPC de 1939 disciplinou tais conflitos, determinando quem tinha competência para processá-los e julgá-los e o CPC de 1973 não tratou do assunto, preceituando que a matéria ficasse a cargo dos correspondentes regimentos internos dos tribunais?

A resposta é simples. Trata-se de **matéria de direito administrativo** e não de **matéria processual**, já que, por exceção, as autoridades judiciárias também editam atos administrativos — os denominados "atos administrativos materiais". Daí a **delegação** para os tribunais, que deverão incluir o assunto nos "interna corporis". Assim, se, editando **ato administrativo** ou dando origem a **fato administrativo**, o magistrado se julga competente ou incompetente para tal desempenho — que é função pública **administrativa** e não **jurisdicional** —, pode ocorrer que autoridade administrativa, no normal desempenho de suas funções, entre com ele em choque, por julgar-se também competente ou incompetente para o exercício da mesma tarefa. Nesse caso, os "interna corporis" estabelecerão regras para a tomada de conhecimento e solução do conflito. Suscitado e resolvido o conflito, a autoridade, considerada apta para desempenhar a tarefa, ficará encarregada de prestação da atividade que lhe foi deferida.

Para que se compreenda bem o problema é necessário lembrar algumas noções preliminares (cf. sobre o tema o artigo que escrevemos em 1964, na **Revista de direito processual civil**, págs. 101-109, fundada e dirigida pelo Professor Alfredo Buzaid).

3. O vocábulo "conflito".

Do latim **conflictu(m)**, acusativo de **conflictus**, us, m., nome da quarta declinação, o vocábulo "conflito", em qualquer dos ramos do direito, significa "choque", "controvérsia", "luta", "disputa", "embate".

A palavra pertence à mesma raiz a que se filia o verbo "confligere", que tem o sentido de "chocar-se", "abalroar", "bater", "dar de encontro". Falando de duas naves que colidiram, em célebre abalroamento, o escritor Caio Júlio César escreveu, no **De bello civili**, II, 6.5: "naves inter se conflixerant". Descrevendo, na **Eneida**, II, verso 417, a fúria dos elementos, Vergílio disse: "adversí venti confligunt".

Raro o campo do direito em que não ocorra, a todo instante, o termo "conflito" para designar "forças opostas que se chocam", "luta entre duas tendências incompatíveis". Nesses conflitos, que são "para tomar conhecimento" ou "para não tomar conhecimento" de algo, é preciso autoridade mais alta que diga qual dos dois conflitantes deve tomar conhecimento (e depois decidir) a questão, objeto da "luta de competência".

Não é difícil compreender-se a razão desse fato, porque o direito trabalha com elementos de natureza dinâmica, em perpétuo choque, em perene contenda, em contínua luta, cabendo-lhe, nesse caso, a imediata restauração do equilíbrio ameaçado ou violado.

Além de surgir no direito judiciário penal, no direito internacional privado, no direito internacional público, no direito do trabalho, o "conflito" ou "luta de competências" é freqüente no âmbito do **direito judiciário civil** e no campo do **direito administrativo**. Tendo vários sentidos secundários, que agora não interessam, o vocábulo "conflito" tem, entre outros, um sentido particular e técnico, embora amplo, que assume grande relevância: **luta de competência entre duas autoridades**. As autoridades podem ser judicantes ou não — judicantes (= administrativas).

Se a função jurisdicional se caracteriza pela aplicação da lei ao fato individuado para garantia dos direitos individuais (João Mendes Júnior, **Direito judiciário brasileiro**, 3ª ed., 1940, pág. 27), pode ocorrer que dois ou mais juízes (ou mesmo tribunais) se declarem competentes ou incompetentes para o conhecimento e julgamento da mesma causa. Nisto consiste o **conflito de competência**, positivo, no primeiro caso, negativo no segundo.

Como, no Brasil, apenas o Poder Judiciário julga, o **conflito de jurisdição** diz respeito à **luta de competência jurisdicional**, tão somente, não ocorrendo, em hipótese alguma, **conflito de jurisdição** entre **autoridades judiciárias** e **autoridades administrativas**. "Pode ser levantado **conflito** também entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas. Nesse caso, o **conflito** denomina-

se, geralmente, **conflito de atribuição**" (Manoel Aureliano de Gusmão, **Processo civil e comercial**, 4ª ed., 1939, vol. I, pág. 190). A observação de Manoel Aureliano de Gusmão é perfeita, incensurável, correta.

4. Conflito de jurisdição.

Conflito de jurisdição, no Brasil, é **matéria de direito processual**, exclusivamente, porque entre nós apenas o Poder Judiciário exerce **funções jurisdicionais**, pelo que é como se não existissem os artigos 146 e 802 do Código de Processo Civil de 1939, que tratam da possibilidade de choques entre autoridades que jamais poderão entrar em choque, **em matéria de jurisdição**. Tão só, em **matéria de atribuição**, poderão conflitar as autoridades administrativas e judiciárias.

Na França, tal "conflito de jurisdição" é possível, recebendo o nome técnico de "conflito de atribuição", porque, naquele país, além do Poder Judiciário, os Tribunais Administrativos exercem jurisdição. Nesse sentido, "atribuição", na França, é sinônimo de "jurisdição".

5. Conflito de atribuição.

A expressão "conflito de atribuição", no direito universal, tem dois sentidos radicalmente diferentes: "choque entre duas autoridades administrativas, em matéria administrativa" e "choque de competência para decidir contenciosamente".

Nos países de unidade de jurisdição ou de jurisdição una, como o Brasil, em que vigora a regra "una lex, una jurisdictio", "atribuição" é "tarefa", "função", "atividade administrativa", "conjunto de poderes funcionais que órgãos ou agentes são autorizados, por lei, a exercer, no exercício do cargo", "círculo de assuntos que devem ser resolvidos, mediante a prática de fato administrativo ou da edição de ato administrativo".

Como os três Poderes desempenham um "quantum" de Administração, existem atribuições administrativas tanto no âmbito do Poder Executivo (a regra), como na esfera do Legislativo e do Judiciário (a exceção).

Fazendo-se, pois, abstração dos Poderes, (aspecto formal), para levar-se em conta, apenas, o exercício da atribuição (aspecto material), podemos dizer que "conflito de atribuições é a luta de competência administrativa entre agentes ou órgãos que se julgam, simultaneamente, aptos para o conhecimento e solução de determinado assunto, afastada, desde logo, qualquer idéia de jurisdição". Podem os **conflitos de atribuição** ser positivos ou negativos, internos e externos.

Se duas autoridades se acham, ambas, competentes para o exercício da atribuição administrativa, temos o conflito positivo de atribuição. Em caso contrário, ocorre o conflito negativo de atribuição.

Conflitos de atribuição internos são os que se verificam dentro do mesmo Poder, quando duas autoridades entendem que são competentes ou incompetentes para o desempenho da mesma atividade ou para a edição do mesmo ato, caso em que, o superior administrativo das duas autoridades em conflito decide quem é competente para a edição do ato. Ou para o desempenho da atividade.

Nos países de "jurisdição dupla", como a França, que admitem o contencioso administrativo, "atribuição" é o mesmo que "jurisdição". Assim, "conflito de atribuição" é "conflito de jurisdição" entre **autoridades administrativas** e **autoridades judiciárias**, porque ambas julgam, ambas têm poderes jurisdicionais.

6. Origem da confusão.

A existência de duas ordens de jurisdições, como na França, em que, ao lado dos **tribunais judiciários**, existem os **tribunais administrativos**, dá origem aos "conflitos de atribuição", mas esta expressão designa para os franceses "choque de competência" entre a **ordem administrativa** e **ordem judiciária**, porque "atribuição" quer dizer, na técnica do direito francês, "jurisdição", quando se trata de luta de competência entre as referidas ordens judicantes.

Nem sempre, entretanto, os "conflitos de competência" são "conflitos de atribuição", porque este nome é reservado apenas para designar choques entre as duas ordens de jurisdições, a administrativa e a judiciária. Quando surgem, na França, conflitos "de jus dicere", pertencentes à mesma ordem (judiciária ou administrativa), os conflitos são de jurisdição. Resolvem-se internamente, dentro da respectiva ordem. Internamente, ainda na França, dois funcionários podem entrar em conflito sobre desempenho de tarefas. Cumpre ao chefe de ambos decidir quem deve desempenhá-las.

Há ainda os denominados conflitos de decisões (ou contrariedade de julgamentos), que diferem dos conflitos de atribuições, por não serem conflitos de competência, mas choque entre julgamentos, nos quais se evidencia uma contradição (André de Laubadère, **Traité élémentaire de droit administratif**, 1953, págs. 283-284).

Nos países como o nosso, em que ocorre unidade de jurisdição, o contencioso administrativo não existe, desde que foi abolido pela Constituição de 1981, orientação seguida nas Magnas Cartas posteriores, conforme a regra "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (CF de 1946, art. 141, IV; CF de 1967, art. 150 § 4º; CF de 1969, art. 153, § 4º).

Como o legislador processual de 1939 traduziu lei estrangeira, procurando adaptá-la a nosso direito, os artigos 146 e 802 do CPC dão a impressão de que há, no Brasil, o instituto do contencioso administrativo.

O artigo 802 ("O conflito de jurisdição poderá ocorrer entre autoridades judiciárias ou entre estas e as administrativas") do CPC de 1939 nunca teve sentido, diante de nossa realidade jurídica, porque se a primeira parte é correta, a segunda parte é divorciada dos fatos, pela simples razão de que não existe, no Brasil, **conflito de jurisdição** entre "autoridades judiciárias" e "autoridades administrativas", pois, para que tal houvesse, seria necessário que as "autoridades administrativas" **julgassem**, dissessem o direito e, não somente, **administrassem**. Ora, entre nós, as autoridades administrativas não julgam. Administram, tão só.

Não exercendo atividades jurisdicionais, mas apenas administrativas, impossível o conflito de jurisdição entre autoridades, quando somente uma delas julga — a autoridade judiciária.

Em suma, o artigo 802 do CPC de 1939 foi sempre letra morta, em nosso direito, por disciplinar matéria incompatível com a realidade dos fatos.

Redigido de maneira apressada, durante o período ditatorial, sob evidente inspiração de países que admitiam o contencioso administrativo, o CPC de 1939 disciplinou o **conflito de atribuição** como se estivéssemos na França, onde, ao lado da **justiça comum** existe a **justiça especializada**. O conflito nos Tribunais Gauleses é suscitado precisamente porque surgem lutas de competência "para julgar" entre duas ordens — a ordem judiciária e a ordem administrativa.

Ocorrendo o conflito, na França, o Tribunal de Conflitos é que vai decidir que autoridades devem tomar conhecimento e julgar a questão.

Transplantando-se para o Brasil dispositivos que regem esse assunto nos países de dúplice jurisdição, é claro que a incompatibilidade será total, porque não se ajusta à realidade brasileira.

O artigo 146 do CPC de 1939 está em ligação estreita com o artigo 802 do mesmo diploma processual, assinalando quais as autoridades competentes para o processo e julgamento dos "conflitos de jurisdição" entre autoridades judiciárias e administrativas, a saber, (a) o Supremo Tribunal Federal, (b) os Tribunais de Justiça (antes Tribunais de Apelação) ou (c) os próprios juizes de direito, nos demais casos. Onde se lê "conflitos de jurisdição" deve ler-se "conflitos de atribuição".

Ao passo que o CPC de 1973 não determinou quem processaria e julgaria o **conflito de atribuições** entre **autoridades judiciárias** e **autoridades administrativas**, assim que suscitado, o CPC de 1939 preferiu tomar posição, indicando o órgão competente para tomar conhecimento e julgar o choque de competência. Na segunda parte, o legislador de 1939 e o de 1973 concordam: seja quem for competente para conhecer e julgar o conflito, deve fazê-lo, conforme o respectivo regimento interno, sempre levando-se em conta o que a CF determinou.

7. Comentadores do CPC anterior.

Comentando, em 1947, o CPC de 1939, concluiu Pontes de Miranda, ao referir-se ao artigo 146: "É difícil, todavia, saber-se o que foi que verdadeiramente se pretendeu" (**Comentários ao CPC**, Rio, 1947, vol. I, pág. 508; 2ª ed., 1958, vol. II, pág. 349).

Aceitando, sem crítica, a colocação incorreta do CPC de 1939, Pontes de Miranda trata normalmente do "conflito de jurisdição entre autoridades judiciárias e administrativas" (**Comentários ao CPC**, Rio, 2ª ed., 1958, vol. II, pág. 347), escrevendo, a seguir que o CPC figurou os casos de conflito entre as autoridades judiciárias e as autoridades administrativas (**Comentários ao CPC**, 2ª ed., 1958, vol. II, pág. 348). E prossegue: "Para que o Tribunal de Justiça decida conflitos de jurisdição entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas..." (**Comentários ao CPC**, Rio, 2ª ed., 1958, vol. II, pág. 348). Ora, tais **conflitos de jurisdição** inexistem, no Brasil, porque as autoridades administrativas não julgam.

Carvalho Santos igualmente não entendeu o erro do CPC de 1939: "O Código de Processo, neste artigo que vamos comentar, admite o conflito de jurisdição entre a autoridade judiciária e a administrativa. Parece-nos que há aí impropriedade de expressão. Não há conflito de jurisdição, senão entre autoridades da mesma ordem, denominando-se conflito de atribuição, no caso de tratar-se de autoridades diversas" (**Código de Processo Civil interpretado**, 4ª ed., 1955, vol. IX, pág. 143). Nesta primeira parte, Carvalho Santos pressentiu o erro do Código de 1939, mas não aprofundou o tema.

Em outro volume dos **Comentários ao Código de Processo Civil de 1939**, Pontes de Miranda, ao comentar o artigo 802, reafirma, inexplicavelmente, que "ainda é possível o conflito de jurisdição entre os juizes ou tribunais ou ENTRE QUALQUER DELES E AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS" (Pontes de Miranda, **Comentários ao CPC**, Rio, 2ª ed., 1960, vol. X, pág. 345).

Por fim, a seguinte inexplicável afirmação que não encontra o menor eco em nosso direito: "O conflito entre juiz e autoridade administrativa é, tipicamente, de jurisdição" (Pontes de Miranda, **Comentários ao CPC**, Rio, 1947, vol. IV, pág. 613).

Em suma, por incrível que pareça, Pontes de Miranda, sempre tão lúcido e veemente na crítica ao direito positivo, não atinou com o problema, aceitando, pacificamente, o absurdo das determinações do CPC de 1939, sobre o inexistente. "Conflito de jurisdição" entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas é utopia já que, no Brasil, as autoridades administrativas nem "conhecem de processos", nem "prometem prestações jurisdicionais".

Carvalho Santos equivocava-se, ao dizer que "conflito de jurisdição ocorre entre autoridades da mesma ordem" e que "conflito de atribuição se verifica entre autoridades diversas". Ainda aqui, faltou precisão ao tratamento do assunto.

No Brasil, o "conflito de jurisdição" só se dá entre autoridades judiciárias, quando discordam sobre quem é competente ou incompetente "para julgar", ao passo que o "conflito de atribuições" pode ocorrer, sempre em matéria administrativa, entre autoridades da mesma ordem ou entre autoridades de ordens diversas.

Em suma, no "conflito de jurisdição", a discordância é sobre a idoneidade ou não da "prestação jurisdicional", enquanto que no "conflito de atribuição", a discrepância é a respeito de quem é apto ou não para a "prestação administrativa".

A conclusão de Carvalho Santos deixa perplexo o leitor, pelo absurdo que encerra: "Como quer que seja, o que se procura é que seja real, por um meio prático, a separação de poderes, evitando que o Poder Judiciário tenha ingerência no exercício das atribuições administrativas, ao mesmo tempo que não permite que a autoridade judiciária esteja à mercê de qualquer invasão estranha às suas atribuições" (**Código de Processo Civil interpretado**, 4ª ed., 1955, vol. IX, pág. 143).

Na realidade, mediante a resolução do "conflito de atribuições" nem haverá invasão do Judiciário nas atribuições administrativas, nem o inverso ocorre, porque os respectivos regimentos internos já dispuseram e dispõem a respeito de quem resolverá o conflito, quando suscitado. Aliás, nem o Judiciário pretende administrar, nem a Administração pretende (e nem pode) julgar. Os conflitos de atribuição surgem, quando há dúvidas. Se há "usurpação de atribuição" esta é, quase sempre, involuntária. A autoridade entende que a atribuição lhe está afeta. Ou que não lhe está afeta.

José Frederico Marques (cf. **Instituições de direito processual civil**, 1958, vol. I, pág. 476), citando Lopes da Costa (cf. **Direito processual civil brasileiro**, 1941, vol. I, págs. 235-236), e Costa Manso (cf. **O processo na segunda instância**), assinala com precisão que "não é possível haver conflitos entre **autoridades judiciárias e autoridades administrativas**. Os atos administrativos que invadirem atribuições judiciárias são nulos e deixarão de ser aplicados, quando invocados em juízo. Quer isso dizer que qualquer juiz pode resolver sobre a invalidade do ato. Daí concluir-se que não há **conflito de jurisdição**, no sentido de conflito entre **autoridades judiciárias**, de um lado e, de outro, **autoridades administrativas e legislativas**. Só se pode entender conflitos entre autoridades judiciárias".

O antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Orosimbo Nonato, citado pelo professor Caio Tácito (cf. **Conflito de atribuições**, em **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**, vol. XI, pág. 46), assinala que "o conflito de atribuições entre a autoridade administrativa e a judiciária, muito dificilmente se configura. Os

casos são tão raros, são tão excêntricos, tão exóticos, como os que Garsonnet indica, que, praticamente, inexistem. Se a autoridade judiciária tem jurisdição sobre a administrativa — e tem-na, nos limites de suas atribuições — o que compete à autoridade administrativa é cumprir o mandamento da autoridade judiciária e não lhe disputar a competência para determinado ato. Conflito de jurisdição entre elas, inexistente, **em princípio**. De atribuições pode existir, em casos que serão raros, à conta de seu exotismo”.

Também o eminente julgador não apreendeu o problema em toda sua profundidade. Os casos não são tão raros, nem tão exóticos, nem tão excêntricos, por um lado; por outro lado, pode a autoridade administrativa “disputar à autoridade judiciária a competência para a prática de determinado ato”, nas hipóteses de “atribuições”, quando estão em jogo não “decisões judiciais”, mas “tarefas administrativas”.

A frase “conflito de jurisdição entre elas, inexistente, em princípio” também é suscetível de reparo, porque a parte final “em princípio” não faz sentido, devendo ser substituída por “sempre”.

“De atribuições pode existir”, por fim, é frase igualmente que merece reparo, porque “conflito de atribuições” é **realidade** entre nós e não mera **possibilidade**.

8. Comentadores do atual CPC.

Ao comentar o artigo 124 do CPC de 1973, novamente Pontes de Miranda se equivoca ao escrever com todas as letras: “De qualquer modo, têm de ser observadas, com rigor, todas as regras jurídicas constitucionais que alcançam a competência judiciária e A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA, QUE AÍ TAMBÉM É **PARA JULGAR**” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio, 1979, 2ª ed., vol. II, pág. 467). E repete: “A competência, de que se trata, quer a respeito de autoridade judiciária, quer a respeito de **autoridade administrativa**, É, AÍ, A DE JULGAR. **Autoridade administrativa** que aí está, em senso largo, é conceito que, no art. 124, se limita À FUNÇÃO DE JULGAMENTO” (Pontes de Miranda, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio, 1979, 2ª ed., vol. II, págs. 467-468).

No Brasil, não existe competência administrativa “para julgar”. Não existe “função de julgamento” por parte de autoridades administrativas, nem o legislador pretendeu, no art. 124 do CPC de 1973, que assim se entendesse o dispositivo. Tanto que remeteu a matéria para os regimentos internos dos tribunais.

Tendo comentado os dois Códigos, de modo algum Pontes de Miranda poderia escrever, pelo menos, ao analisar o art. 124, quarenta anos depois, o que escreveu, não atentando para a perfeita colocação que Alfredo Buzaid deu ao tema a fim de que não se confundisse mais “jurisdição” com “atribuição”.

Celso Agrícola Barbi mostra, com apoio em Lopes da Costa (**Direito Processual Civil**, Rio, 2ª ed., 1959, vol. I, pág. 315), que “a autoridade administrativa não é detentora de jurisdição que é, em regra, privativa da autoridade judiciária” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, 1975, vol. I, tomo segundo, pág. 510).

Sérgio Sahione Fadel (**Código de Processo Civil Comentado**, Rio, 1981, vol. I, pág. 254) principia a tratar corretamente do assunto, apoiado em Caio Tácito (**Conflito de atribuições**, em **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**, vol. XI, pág. 46), ressaltando que “o conflito de atribuições diz respeito ao incidente de competência entre uma autoridade administrativa e outra judiciária”, mas depois alude à “crescente especialização dos órgãos administrativos para determinados assuntos, EM QUE EXERCEM VERDADEIRA FUNÇÃO JURISDICIONAL, EMBORA NA ESFERA ADMINISTRATIVA” (cf. **Código de Processo Civil Comentado**, Rio, 1981, vol. I, pág. 255).

Órgãos administrativos não exercem função jurisdicional em nenhuma esfera e, muito menos, na esfera administrativa.

Hélio Tornaghi, comentando o CPC de 1963, principia, corretamente, dizendo que “não pode haver conflito de jurisdição entre órgão judiciário e órgão administrativo” (**Comentários ao CPC**, 2ª ed., 1976, RT, vol. I, pág. 377), mas depois oferece exemplo que não é pertinente à espécie. “Figure-se, acrescenta, “a hipótese de um governador que, por motivos pessoais, desapropria a residência de um banqueiro. Se este recorre ao Judiciário para anular o ato por ser conseqüente ao abuso de poder e a Administração sustenta que só a ela cabe decidir o assunto, o conflito surge e pode ser suscitado” (**Comentários ao CPC**, 2ª ed., 1976, RT, vol. I, pág. 379).

Não há aqui exemplificação de “conflito de atribuições”, mas tão somente hipótese de “desvio de poder”, motivo jurídico suficiente para a anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (cf. nosso livro **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**, Forense, 1978, pág. 243 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Parecer**, em RDA, 118:431).

9. A Emenda Constitucional

Conforme o que determina a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 119, I, “f”, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente os conflitos de atribuições que ocorram entre (a) autoridades administrativas e autoridades judiciárias da União; (b) autoridades administrativas de um Estado e autoridades judiciárias de outro Estado; (c) autoridades administrativas do Distrito Federal e autoridades judiciárias de um Estado; (d) autoridades administrativas dos Territórios e autoridades judiciárias de um Estado; (e) autoridades administrativas de qualquer dos Territórios e autoridades administrativas da União.

Como entender o possessivo "destes"? Refere-se apenas a Territórios? A Territórios e Distrito Federal? Ou refere-se a Estados, Distrito Federal e Estados-membros? A nosso ver refere-se a essas três unidades.

Pelo que, à lista acima devemos acrescentar: (f) autoridades administrativas da União e autoridades judiciárias de um Estado; (g) autoridades administrativas de um Estado e autoridades judiciárias da União.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 6º, "e" repete, **ipsis litteris**, o artigo 119, I, "f" da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

10. Conflitos de atribuição, na prática.

Caso antigo, que localizamos, de conflito de atribuição, entre nós, foi o que ocorreu, em 1936, entre o Juiz dos Feitos da Fazenda Municipal e o Prefeito do Distrito Federal, a respeito de mandado proibitório expedido pelo magistrado, a requerimento de comerciante de flores, contra o Prefeito que, no exercício normal do poder de polícia e de acordo com as leis vigentes, proibira o comércio de flores e plantas na área de 300 metros, a partir do centro dos mercados de flores localizados nas proximidades dos cemitérios. Na hipótese dos autos, o interdito proibitório não poderia prevalecer contra o ato do Prefeito, impedindo a ação das autoridades municipais no exercício legal de suas funções administrativas, amparadas por lei.

Como diz a ementa do Acórdão prolatado por uma das Câmaras da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, a lei em vigor, na época, admitia a hipótese de **conflitos de atribuição** entre **autoridades judiciárias e administrativas**, atribuindo a competência para a solução ao Tribunal de Apelação, não se tratando, no caso, de conflito **em matéria judiciária**, mas tão somente **em matéria administrativa**, na qual as autoridades judiciárias podem ter **jurisdição** que coincida com as **atribuições** confiadas a autoridades administrativas (Corte de Apelação do Rio de Janeiro, 1936, em RF, 69:509).

Dois anos depois, o Plenário da mesma Corte de Apelação decidiu ser "impróprio o conflito de atribuição para tornar sem efeito o mandado proibitório expedido pelo Juízo dos Feitos da Fazenda Municipal contra ato do Prefeito do Distrito Federal" (Plenário da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, 1938, em RF, 73:554).

Em 24 de setembro de 1941, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, contra o voto de Castro Nunes, relator, e de Valdemar Falcão, teve a oportunidade de examinar pretensão **conflito de atribuições** entre **autoridade judiciária estadual e autoridade administrativa federal**, mas não conheceu do conflito, porque entendeu que o caso configurava mera "desobediência" e não "conflito de atribuição", decorrente da atitude de autoridade administrativa federal que se nega a cumprir requisição de processo administrativo, feito por autoridade judiciária estadual (STF, em RF, 90:99).

Vale a pena ler o debate havido em plenário, entre os Ministros Castro Nunes e Orosimbo Nonato, bem como o magnífico **Parecer** exarado, na ocasião, pelo Procurador-Geral da República, Gabriel de Resende Passos.

Outro exemplo típico de **conflito de atribuição positivo** foi suscitado, em São Paulo, certa ocasião, entre o Chefe do Executivo e o Presidente do Tribunal de Apelação, achando-se ambos competentes para a prática de determinado ato administrativo.

Vago o cargo de Secretário Diretor Geral do Tribunal de Apelação do Estado, em decorrência do falecimento do titular, achou-se competente o Interventor Federal para efetuar a nomeação de substituto para o cargo do falecido, designando para o lugar o Diretor da Diretoria Judiciária da Secretaria do mesmo Tribunal, de acordo com o diploma estatutário vigente, na época (art. 12 do Decreto-lei estadual nº 12.273, de 28.10.1941 e art. 43, "g" da Constituição Estadual).

Por sua vez, o Presidente do Tribunal de Apelação entendeu que lhe cabia a competência para aquela nomeação, pelo que se suscitou o conflito, erradamente endereçado ao Supremo Tribunal Federal, tendo a Magna Corte decidido com precisão: "O Supremo Tribunal Federal não é competente para dirimir conflito de atribuição entre Interventor Federal e Presidente de Tribunal de Apelação, agindo ambos, na esfera administrativa: a competência do Tribunal é de Apelação. O Interventor Federal é autoridade estadual, quando pratica os atos administrativos do Estado que dirige" (STF, em RT, 158:855. Obs. O processo, que recebeu o número 1.500, foi, entretanto, catalogado como de **Conflito de Jurisdição**).

No caso, as duas autoridades se avocaram a faculdade de editar o ato administrativo de provimento de cargo público — ato de nomeação —, configurando-se a hipótese de **conflito de atribuição** e não de **conflito de jurisdição**, já que se tratava de **ato de administração** e não de **ato de jurisdição**.

Neste exemplo, como decidiu com acerto o Supremo Tribunal Federal, cabe a resolução do **conflito positivo de atribuição** ao Tribunal de Apelação que, a nosso ver, age nas vestes de administrador e não no exercício de suas funções jurisdicionais, pois não se trata de competência "para julgar" e sim de competência "para administrar" (Contra: Mário Masagão, **Curso de direito administrativo**, 5ª ed., 1974, pág. 320).

Podem as autoridades em conflito manifestar-se, quer na fase de conhecimento e decisão de algum assunto, quer na fase executória de deliberação. A ocorrência de **conflito de atribuição** supõe necessariamente que nenhum dos órgãos conflitantes seja hierarquicamente subordinado ao outro, pois, nessa hipótese, a decisão do órgão superior resolveria a questão.

Certa ocasião ocorreu conflito positivo de atribuição entre o Juiz de Menores da Capital do Estado de São Paulo e o Superintendente Regional do Departamento

de Polícia Federal, no mesmo Estado, já que ambas as atividades, no exercício do **poder de polícia** que lhes cabia, entendiam serem competentes para editar Portarias para a fiscalização de diversões públicas (caso "Flipperama"). Se tivesse sido suscitado o conflito, competente para resolvê-lo teria sido o Supremo Tribunal Federal, a cujo plenário ficaria afeta a resolução administrativa desse choque de competências.

Nítido **conflito de atribuição** ocorreu em São Luiz do Maranhão, sendo suscitante o Juízo dos Feitos da Fazenda Pública e suscitada a Alfândega de São Luiz, ou seja, houve choque de competência administrativa entre o Juiz dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Maranhão e o Inspetor da Alfândega de São Luiz, pleiteando o suscitante o prosseguimento no processo de busca e apreensão, requerido, preventivamente, pelo Procurador da República.

Suscitado o **conflito de atribuições** perante o Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema conheceu do conflito, julgando competente a autoridade administrativa, ou seja, o Inspetor da Alfândega, ordenando que lhe fossem remetidos os autos da referida diligência preliminar para que prosseguisse no respectivo processo fiscal (STF, em RDA, 53:206).

Outro caso interessante de **conflito de atribuições** ocorreu entre o Juiz de Direito da Vara Criminal e o Superintendente Regional da Polícia Federal a respeito do exercício do poder de polícia para a fiscalização da freqüência de menores de dezoito anos a espetáculos cinematográficos, concluindo o Supremo Tribunal Federal que a competência cabe ao Juiz de Menores, o qual pode contar com o auxílio da Polícia local (STF, em RTJ, 66:613).

Em 20 de dezembro de 1946, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar pseudoconflito de competência administrativa, em que figurava como suscitante empresa do Distrito Federal e suscitada a Inspetoria de Rendas do Estado do Rio, não conhecendo, porém, do conflito, e ordenando, por unanimidade, fosse convertido o julgamento em diligência para que se oficiasse ao Ministro da Justiça, no sentido de ser determinado ao Inspetor Federal a tomada de providências necessárias.

Concluiu o Supremo Tribunal Federal que os fatos levados à Corte não configuravam **conflito de atribuições**, sendo, na realidade, conflito entre duas autoridades fiscais, uma do Estado e outra da União, não se envolvendo, no caso, qualquer autoridade judiciária, pelo que o pedido, nos termos em que está redigido, é verdadeira consulta e, já que o Supremo Tribunal Federal não é órgão consultivo, a questão só poderá ser decidida pelos meios próprios que a lei faculta (STF, em RDA, 8:123).

11. Natureza jurídica do ato que dirime o conflito.

Se, no âmbito interno de cada um dos Poderes e, em especial, na esfera do Poder Executivo, ocorrem a todo instante **conflitos de atribuições**, cuja solução é matéria administrativa de fixação de competência afeta ao superior hierárquico das autoridades administrativas, em conflito, também na órbita externa, o choque de competência entre **autoridades judiciárias** e **autoridades administrativas**, em assunto administrativo, é matéria administrativa e não jurisdicional, pelo que a natureza jurídica do ato do Poder Judiciário, que dirime o **conflito de atribuição**, em qualquer grau de jurisdição, é igualmente de natureza administrativa, funcionando a autoridade desse Poder como o superior hierárquico das autoridades conflitantes, cabendo, no caso, a interposição de recursos administrativos e não de recursos judiciais, contra a decisão proferida.

Não pensava desse modo Mário Masagão, para quem, "nesses casos, as dúvidas de atribuição são resolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário, não mais nas vestes de administradores, mas no exercício de suas funções jurisdicionais" (**Curso de direito administrativo**, 5ª ed., 1974, pág. 320).

Cumpra ainda observar que, ao resolver **conflitos de atribuição**, o Poder Judiciário não age como **órgão consultivo**, caso ocorram dúvidas sobre a existência ou não de choque de competência administrativa. Assim, certa feita, bacharel que se inscrevera a concurso para a magistratura, suscitou conflito de atribuições, porque a Banca Examinadora era integrada por dois juízes de direito, Aguiar Dias e Pinto Falcão, mas o Supremo Tribunal Federal não conheceu do conflito, porque tal não ocorre "entre autoridades administrativas e magistrados, quando estes não funcionam como tais" (STF, em RF, 156:104).

Nos dois exemplos que demos, o Supremo Tribunal Federal ressaltou com veemência que não é órgão consultivo (STF, em RDA 8:123 e STF, em RF, 156:104), pelo que as questões que lhe forem submetidas devem ser, realmente, choques concretos, de fato, e não hipóteses de dúvida sob a forma de consultas.

O ESTADO E SUAS EMPRESAS

HELY LOPES MEIRELLES
Advogado e Professor de Direito em São Paulo

SUMÁRIO: I. As atividades típicas e atípicas do Estado
— II. As formas de intervenção estatal na
nossa constituição — III. As empresas priva-
das e a concorrência do Estado — IV. Con-
clusão.

I. AS ATIVIDADES TÍPICAS E ATÍPICAS DO ESTADO

1. Sempre se reconheceu ao Estado a sua missão primordial de prestador de serviços públicos aos administrados, chegando mesmo DUGUIT a afirmar que só essa condição é que justifica a sua existência (**Manuel de Droit Constitutionnel**, Paris, 1923, pp. 71 e segs.). Mas os serviços estatais se foram ampliando, desde aquelas atividades próprias do Poder Público (segurança, justiça, defesa nacional, etc.) até atingir a área da iniciativa privada e da economia particular dos cidadãos. Assim, os Estados de economia socializada apropriaram-se dos meios de produção e os de orientação capitalista mantiveram-nos com o empresariado mas sob controle dos mercados e de seu desenvolvimento em relação às necessidades do consumo.

2. Deste modo, os Estados modernos passaram a exercer atividades típicas (serviços públicos) e atípicas do Poder Público (serviços da iniciativa privada), umas e outras regradas pela Constituição e delimitadas pelas leis pertinentes. Nas atividades estatais típicas enquadram-se aquelas que dizem respeito à preservação da Soberania Nacional, à segurança interna, à ordem pública, à organização política e administrativa; nas atividades atípicas alinham-se as de amparo social, de fomento e complementação à iniciativa privada de interesse coletivo, de condicionamento do uso da propriedade particular, de intervenção no domínio econômico enfim. Para o caso em exame só nos interessa a conduta do Estado no controle da ordem econômica e de sua participação em atividades empresariais originariamente pertencentes à iniciativa privada.

3. A intervenção na propriedade e na ordem econômica se manifesta em cada Estado por variadas formas e diversificados meios de atuação, e invade quase todos os recantos da atividade privada, antes preservados pelo individualismo, como acentuou LOEWENSTEIN neste passo:

"Las intervenciones de la autoridad pública en la vida privada de los ciudadanos se han elevado a un grado máximo, en lugar de limitarse a un mínimo como queria el capitalismo clásico del *laissez faire*. La distribución más igualitaria de la riqueza y de la renta nacional ha influido profunden-

te en el alcance y en la importancia de las libertades individuales clásicas. Las intervenciones gubernamentales en el proceso económico y la reglamentación estatal de los negocios y de las empresas ha limitado la libertad de contrato e incluso el recinto más sacrosanto del liberalismo clásico, la ilimitada disposición de la propiedad" (KARL LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, Chicago, 1961, trad. esp. Ariel, Barcelona, 1965, p. 399).

4. Mas essa intervenção estatal há de conter-se nos lindes constitucionais e pautar-se pelas normas legais que a disciplinam, sob pena de invalidade da atuação do Poder Público na contenção da iniciativa privada ou na invasão da área reservada às empresas particulares. A intervenção na propriedade e no domínio econômico não é faculdade discricionária do Estado; é atividade vinculada aos preceitos da Constituição e da lei. Não é lícito, assim, ao Estado, extrapolar o campo de sua atuação para operar na área da iniciativa privada, em competição com a empresa particular enquanto esta estiver atendendo satisfatoriamente o mercado consumidor de seus produtos ou de seus serviços. Essa é a orientação da nossa Constituição, como veremos a seguir.

II. AS FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA NOSSA CONSTITUIÇÃO

5. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1969, admite a intervenção estatal na propriedade e no domínio econômico por três formas, a saber: pelo condicionamento do uso da propriedade à função social (art. 160); pela intervenção corretiva no domínio econômico, inclusive o monopólio (art. 163), e pela exploração direta, mas supletiva, de atividade econômica da iniciativa privada (art. 170, §§ 1º a 3º). As duas primeiras modalidades não nos interessam neste estudo, mas somente a última, cujo dispositivo correspondente assim dispõe:

"Art. 170 — As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º — Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º — A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas".

6. Pelas disposições acima transcritas se evidencia que, no nosso sistema constitucional, as atividades econômicas competem originária e preferencialmente à iniciativa privada (art. 170 *caput*) só cabendo ao Estado *suprir* as deficiências das em-

presas particulares quando estas se revelarem incapazes de atender à demanda do mercado. A intervenção do Estado será sempre supletiva e nunca substitutiva ou competitiva com a atividade privada. Esta afirmação do § 1º do art. 170 está reafirmada pelo art. 163 que só faculta a intervenção no domínio econômico "para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais". Tão relevante é esta diretriz constitucional, que o atual "Plano Nacional de Desenvolvimento — III PND", aprovado pela Resolução 1, de 5.12.1979, do Congresso Nacional, declara enfaticamente:

"As definições e opções deste Plano Nacional de Desenvolvimento para 1980/85 têm por base:

VI — o reconhecimento também da opção brasileira pela economia de mercado, onde o planejamento do desenvolvimento e toda a atuação governamental deve voltar-se para a orientação, apoio e estímulo aos setores privados, limitando-se o Governo, como produtor e investidor, aos campos e atividades exigidos pelo interesse e segurança nacionais e aos projetos não desejados ou inviáveis pela livre iniciativa" (Cap. I, do III PND para 1980/85).

7. A essa atuação estatal **incentivadora e complementar** da iniciativa privada a doutrina constitucional moderna dá-lhe a denominação de "princípio da subsidiariedade" pela sua função supletiva da empresa particular naquilo que não está ao seu alcance prover satisfatoriamente (cf. VITAL MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1973, pp. 221 e segs.). Por esse princípio — acolhido expressamente pela nossa Constituição, art. 170, § 1º — o Estado não pode invadir o campo econômico das empresas privadas, salvo para suprir-lhes deficiências. Se o fizer, incorrerá em afronta à própria Constituição.

8. Outra diretriz constitucional é a da **igualdade econômica**, ou seja, da paridade de situação entre a empresa privada e a empresa estatal, quando esta vier a suplementar a iniciativa daquela, nos casos admitidos pela própria constituição (art. 170, §§ 2º e 3º). Bem a propósito, em recente e douta monografia sobre o assunto, o Professor MUKAI escreveu:

"Na Constituição brasileira configura-se este princípio (da subsidiariedade) pelo disposto nos parágrafos segundo e terceiro do art. 170; o primeiro impondo quem em setores não monopolizados, portanto, em setores onde concorrem empresas privadas e públicas, deve existir igualdade jurídica; o segundo, determinando que a empresa pública (**lato sensu**) que explorar atividade não monopolizada sujeitar-se-á ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas" (TOSHIO MUKAI, *Participação do Estado na Atividade Econômica — Limites Jurídicos*, ed. RT, São Paulo, 1979, p. 56).

9. Nós mesmos ao cuidar das entidades paraestatais sustentamos a liberdade de sua criação por qualquer forma e por qualquer das entidades estatais (União, Estados, Municípios) tanto para executar serviços públicos quanto para realizar atividades econômicas, mas neste último caso ressaltando sempre o seu caráter *suplementar* da iniciativa privada, e assim dissemos:

“Esta liberdade administrativa está concedida pela Constituição da República a todas as entidades estatais que julguem conveniente descentralizar seus serviços ou explorar atividades econômicas em caráter suplementar da iniciativa privada. Para estas, o texto constitucional permite a criação de empresas públicas ou de sociedade de economia mista, revestindo qualquer forma, desde que nas suas operações empresariais se sujeitem às normas das empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações (art. 170, §§ 1º e 2º). O que a Constituição submete às normas do direito privado não é, portanto, a instituição e a organização da empresa ou da sociedade; é a sua atividade empresarial. Esta, sim, não pode afastar-se das normas civis, comerciais, trabalhistas e tributárias pertinentes, para que não se faça concorrência desleal à iniciativa privada” (nosso *Direito Administrativo Brasileiro*, 8ª ed. RT, São Paulo, 1981, p. 332).

10. O que está explícito na Constituição da República é a vedação da concorrência do Estado às atividades econômicas reservadas precipuamente às empresas privadas. Nessa área o Poder Público só poderá atuar em igualdade de condições com as empresas particulares e quando a produção de bens ou os serviços destas forem insuficientes para as exigências do mercado. Fora dessa hipótese e sem o requisito da *supletividade* não é lícito ao Estado entrar no mercado de obras, serviços ou produtos industriais da economia privada. As únicas exceções constitucionais que legitimam o Estado-empresário são a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais (art. 163).

III. AS EMPRESAS PRIVADAS E A CONCORRÊNCIA DO ESTADO

11. Verifica-se, entretanto, que há no País muitas empresas do Estado competindo com a iniciativa privada numa verdadeira concorrência desleal e inconstitucional, visto que a Constituição só permite a disputa de mercado entre as empresas particulares e não entre estas e as paraestatais. O que a Lei Maior admite é a *complementação* pelas empresas paraestatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) do que estiver faltando no mercado para pleno atendimento dos consumidores. A reserva do mercado é para as empresas privadas; somente na insuficiência de suprimento pelos particulares é que pode o Estado implantar suas empresas a fim de suprir a falta de atividade econômica reclamada pelos consumidores.

12. Não se confunde *atividade econômica* com *serviço público*: no desempenho deste o Estado é livre para executá-lo direta ou indiretamente sem qualquer limitação na sua operacionalidade, na remuneração e no modo de prestação aos usuários; no exercício daquela (atividade econômica), por si ou por suas empresas, ele está constrangido pelas regras constitucionais a não competir com a iniciativa privada e a só entrar no mercado quando houver falta do produto das empresas particulares. Fora dessa hipótese não se admite a intromissão do Estado ou de seus estabelecimentos empresariais no campo da iniciativa particular, que por ele deve ser *estimulada* e *apoiada* para o desenvolvimento da atividade econômica, como determina explicitamente o art. 170 da Constituição Federal e seus parágrafos.

13. Outra possibilidade constitucional de atuação do Estado é a da “intervenção no domínio econômico e a do monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais” (art. 163). Mas ainda aqui o Estado não fica inteiramente livre para intervir ou monopolizar. Sujeita-se ao condicionamento constitucional de atuar “mediante lei federal”, e desde que a intervenção ou o monopólio se justifique por motivo de segurança nacional ou seja necessário para a organização da economia em setor no qual a iniciativa privada esteja ausente ou tenha falhado na sua atuação.

14. Vê-se, pois, que tanto para a exploração de atividade econômica por empresa pública ou por sociedade de economia mista (Const. Fed., art. 170 e §§), quanto na intervenção direta no domínio econômico ou para o monopólio de indústria ou atividade (Const. Fed., art. 163), o Estado há que atender aos pressupostos constitucionais que legitimam a sua atuação, e em todos os casos deverão estar presentes as situações fáticas que autorizem a sua entrada no campo até então reservado à iniciativa privada. A despeito desses condicionamentos constitucionais, o que se tem verificado no Brasil em todos os níveis governamentais — federal, estadual e municipal — é a freqüente invasão da área da atividade privada por empresas públicas e sociedades de economia mista, que entram em acintosa competição com o empresariado particular ofertando produtos e serviços já postos no mercado por empresas privadas, idôneas e especializadas que suprem satisfatoriamente as exigências do consumo e competem lealmente entre elas, dentro da lei da oferta e da procura. E o pior é que as organizações do Estado muitas vezes obtêm privilegiadamente o contrato, e com dispensa de licitação, numa autêntica *concorrência desleal* — e inconstitucional — às suas congêneres particulares.

15. Esse desrespeito à Constituição da República tem propiciado a criação de numerosas empresas paraestatais, inúteis e deficitárias, que, além de onerosas ao orçamento público, provocam o desestímulo à iniciativa privada e levam ao aniquilamento as atividades particulares congêneres. Tais empresas oficiais só aumentam a área do empreguismo e das mordomias que tanto dessangram o erário e desmoralizam

zam as Administrações Públicas a que pertencem. Urge se ponha um paradeiro a essas paraestatais, quer pelo próprio Estado que já vem desestatizando suas empresas ociosas, quer pela reação do empresariado particular, prejudicado em suas legítimas atividades econômicas.

IV. CONCLUSÃO

16. Sendo inconstitucional a atividade competitiva do Estado em setores da economia privada, as empresas particulares lesadas pela conduta estatal podem — e devem — opor-se à criação e funcionamento das sociedades de economia mista e das empresas públicas, federais, estaduais ou municipais, cujos objetivos de operacionalidade conflitem com a garantia constitucional da *não competitividade*. E essa oposição pode concretizar-se até mesmo em ação judicial para impedir a afronta à Constituição e a lesão ao direito subjetivo dos empresários que estiverem suprindo plenamente a demanda do mercado e se virem prejudicados pela competição ilegítima do Estado através de suas empresas paraestatais, pois que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (Código Civil, art. 75).

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

RUY BARBOSA NOGUEIRA
Catedrático de direito Tributário e Professor de Direito Tributário Comparado na Universidade Federal de São Paulo — USP.
Presidente do IBDT.

SUMÁRIO

- A execução da **obra** de iluminação pública e seu custeio pela Contribuição de Melhoria.
- A manutenção e fornecimento do **serviço** de iluminação das ruas e logradouros para o povo, como despesa geral a ser custeada pelos **impostos** e jamais por meio de **taxas**.
- Características constitucionais, legais e doutrinárias das taxas.
- Soluções jurisprudenciais.
- A lógica e harmonia entre os vários tributos na organização destes em SISTEMA.
- As comprovações no campo do Direito Comparado.

Na 352ª reunião da **MESA SEMANAL DE DEBATES** do **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO**, entidade complementar à USP, realizada na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, foi levantada a questão de saber-se se as Prefeituras Municipais podem cobrar dos munícipes TAXA de iluminação das ruas e logradouros públicos ou, como diz o Anteprojeto de Código Tributário do Município de São Paulo, taxa “de manutenção da rede elétrica”, e, ainda, se por ocasião de realização da **obra** de iluminação pública, pode seu custo ser ressarcido por meio da CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.

Designado relator, apresentamos o seguinte trabalho, que foi unanimemente aprovado:

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA: realização de obra pública

I — De acordo com o art. 18 II da Constituição Federal, explicitados pelos arts. 81 e 82 do CTN e na conformidade da jurisprudência já sedimentada por reiterados acórdãos do Supremo Tribunal Federal, para se indenizar do custo da **obra pública** de iluminação das vias e logradouros, o Município pode instituir, lançar e cobrar dos proprietários de imóveis valorizados por tal obra, CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA, que terá como limite total a **despesa realizada** e como limite individual o **acréscimo de valor** que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. (Vide no magnífico trabalho do jurista Luiz José de Mesquita, publicado no Suplemento Tributário LTr n° 44/81 e também na revista Fisco e Contribuinte n° 5, maio de 1981, sob o título TAXA E CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA, especialmente os itens: “13. A jurisprudência atual do STF. 14. Sentenças luminosas. 15. Conclusões”).

Observe-se bem que nesta primeira parte deste estudo estamos nos referindo à **realização da obra de iluminação pública**, da qual resulte valorização para os imóveis beneficiados e não ao **serviço ou manutenção dessa iluminação**. A valorização está, precisamente na consideração de que essa obra, uma vez concluída, proporcionará a iluminação pública, isto é, deverá necessária e suficientemente ser mantida em funcionamento para o uso geral ou comunitário.

II — Pois bem. O **substrato**, fato ou relação fática que distingue a possibilidade da cobrança da **Contribuição de Melhoria** da cobrança da **Taxa**, está precisamente em que, para a primeira, o governo realize **obra pública** de que resulte valorização dos imóveis dos respectivos contribuintes, enquanto que, para legitimar a cobrança de Taxa de Serviço é preciso que efetivamente preste ou ponha à disposição do respectivo contribuinte **um serviço público específico** para o utente e por isso mesmo, quando esse serviço atenda a um grupo ou coletividade, seja de natureza **divisível** entre os usuários e compulsório.

A distinção entre **obra** e **serviço**, para esses efeitos, foi feita com clareza e precisão pelo Mestre Hely Lopes Meirelles, em seu já clássico livro, **Direito Municipal Brasileiro**, nestes termos:

“O que caracteriza a obra e a distingue do serviço é a PREDOMINÂNCIA do material sobre o trabalho (mão-de-obra) POIS EM TODA OBRA ENTRAM SERVIÇOS, mas estes são SUPERADOS pelos materiais empregados na estrutura em formação ou modificação. Essa distinção entre obra e serviço é feita pela Administração Pública, TANTO PARA A DETERMINAÇÃO DOS TRIBUTOS que podem incidir sobre aquela e este, como para saber-se qual a modalidade de licitação a que fica sujeito o contrato da obra ou do serviço”. (Editora Rev. Tribunais, S. Paulo, 1977, 3ª ed., pág. 148).

III — Assim, respondendo à dúvida sobre a possibilidade de o Município instituir, lançar e cobrar a Contribuição de Melhoria dos beneficiários da valorização imobiliária, para se indenizar do custo de cada obra de iluminação pública que realize, respondemos SIM: pode instituir, lançar e exigir tributo indenizatório por meio da espécie ou categoria denominada CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA, nos termos dos citados dispositivos da Constituição Federal e do CTN.

Para mais amplos esclarecimentos aos Srs. legisladores e prefeitos municipais, em relação às possibilidades da **correta** instituição, lançamento e cobrança deste importante tributo, recomendamos a magnífica obra de João Baptista Moreira, CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA que constitui o vol. VIII do Tratado de Direito Tributário Brasileiro, idealizado por Aliomar Baleeiro, edição Forense, Rio. 1981.

TAXA por prestação de serviço público

IV — De acordo com os textos da Constituição Federal (art. 18 I e § 2º); do CTN (arts. 77 e 78), da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a nosso ver da melhor e quase unânime doutrina pátria, como a dos maiores tributaristas de países cujos sistemas tributários, em matéria de taxas, são afins com o do Sistema Tributário Nacional, não pode o Município instituir TAXA para se indenizar do custo da manutenção do serviço de iluminação de vias e logradouros públicos, porque esse serviço público é de **uso comum** ou “uti universi”. Não é serviço específico, não é serviço especial nem divisível “uti singuli”. Tal serviço é parte integrante dos chamados serviços públicos gerais que o Estado proporciona ou põe à disposição do povo e devem ser custeados pelos impostos pagos pelos contribuintes de acordo com suas respectivas capacidades contributivas, entre os quais se destacam os proprietários de imóveis, que aliás são também os únicos possíveis sujeitos passivos da Contribuição de Melhoria, sendo certo que esta, no caso da **obra** de iluminação pública, implica em a iluminação ser efetivamente mantida.

V — Também parece justo observar que, além de os proprietários serem os únicos possíveis sujeitos passivos da Contribuição de Melhoria, já são também eles os sujeitos passivos do Imposto municipal sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (CTN art. 32). São, de modo geral os que, revelando maior capacidade contributiva, mais se sujeitam aos impostos destinados à cobertura das despesas gerais. Não há dúvida que a manutenção da iluminação das ruas e logradouros públicos é que valoriza seus imóveis, mas como já dissemos, é precisamente em razão dessa valorização que são os únicos possíveis sujeitos passivos da Contribuição de Melhoria. É certo que na posição de membros da coletividade, terão o direito ao uso das vias e logradouros **iluminados**, mas esse será sempre o **uso comum**, assegurado igualmente a eles como aos demais utentes, todos, indistintamente, como integrantes da coletividade. Este uso é “uti universi” e não “uti singuli”, como é óbvio e estatui o Código Civil.

VI — Com efeito. Ao classificar ontologicamente os bens públicos e teleologicamente fazer sua **qualificação jurídico-normativa**, dispõe o Código Civil Brasileiro:

Art. 66 — Os bens públicos são:

I — Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

II — Os de uso especial, tais como edifícios...

III — Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios...

Como se vê, as ruas e praças, dentro da própria tipologia legal, são modelos de **bens de uso comum do povo**. Ao comentá-lo, Clóvis Bevilacqua diz que estes do item I “são os que pertencem a todos (*res communes omnium*). O proprietário

desses bens é a coletividade, o povo. À administração pública estão confiadas a guarda e gestão. Podem utilizar-se deles todas as pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos”.

Como não cabe ao direito civil dispor sobre finanças públicas, teve o sábio legislador de nosso monumental Código Civil o cuidado de esclarecer, em relação à utilização:

Art. 68 — O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.

VII — Ora, a Reforma Tributária incluiu dentro da própria Constituição Federal um capítulo especial estruturando o “Sistema Tributário” (Tit. I, Cap. V), e a legislação de ordem complementar, de cogência nacional, isto é, tanto à União como aos Estados-membros e aos Municípios, dispondo sobre as competências, sobre todos os tributos e os harmonizando entre si, permitiu, como vimos, a instituição da Contribuição de Melhoria para os citados casos de obra pública. Entretanto, por meio de disposições expressas e conceituais da taxa não permite que, pelo uso comum da iluminação das ruas e praças possa ser cobrada a espécie denominada TAXA, se não vejamos.

VIII — Entre as competências que a Constituição Federal outorga ao Município, encontram-se, com as respectivas limitações conceituais, ou definidoras das taxas, as seguintes normas:

Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição ... compete aos Municípios instituir:

I — taxas, ...pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

IX — Por sua vez, o CTN, com o caráter de legislação complementar da Constituição e as funções que lhe atribui o § 1º do art. 18 desta, entre as quais as de estabelecer normas gerais e regular as limitações constitucionais do poder de tributar, dispõe que:

Art. 77 — As taxas cobradas... pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador... a utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 79 — Os serviços públicos a qua se refere o art. 77 consideram-se:

I — utilizados pelo contribuinte
a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II — específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção de utilidade ou de necessidade públicas;

III — divisíveis, quando suscetíveis, de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

É evidente, pois, que tendo todos, indistinta ou indivisivelmente como “povo” o direito ao uso comum das ruas e praças, sejam iluminadas ou não, a manutenção do serviço público de iluminação não é um serviço específico nem tão pouco divisível, destacável em unidades autônomas de sua utilidade ou utilização. Se é, por sua natureza (ontologia) comum (iluminação pública ou do povo) e por sua finalidade (teleologia) a todos, indistintamente (iluminação pública ou para o povo), de acordo com a própria qualificação jurídico-normativa constitucional e da legislação nacional ou complementar sobre o “factum”, isto é, do “serviço público” suscetível de ser pressuposto fático da taxa (relação fática, “sachverhalt”), vê-se que esta é insuscetível de ser “fato gerador” de taxa porque não é um serviço ou prestação de serviço específico, nem destacável em unidades autônomas de utilidade, nem prestado individualmente ao contribuinte (mas a todos), nem individualmente por ele usufruído (mas indistintamente por todos). Em resumo é serviço de uso comum (uti universi).

X — Vê-se, pois, que perante o “jus in civitate positum” é manifestamente inconstitucional e contra a legislação complementar, como também contra o direito pretoriano já assentado ao nível de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal cobrança.

XI — Quanto à doutrina pátria, salvo manifestações isoladas e que estão ao arripio da lei e da jurisprudência, basta apontar que Hely Lopes Meireles, demonstrando seu espírito imparcial científico e nobre, reexaminando toda a matéria, em sua recente obra FINANÇAS PÚBLICAS, conclui:

Somente a conjugação desses dois requisitos especificidade e divisibilidade — aliada à compulsoriedade do serviço, pode autorizar a imposição de taxa. Destarte, não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados “uti universi” e não “uti singuli”, do mesmo modo que seria ilegal a imposição de taxa relativamente aos transportes urbanos nos postos à disposição dos usuários, por faltar a esse serviço, específico e divisível, o requisito da compulsoriedade de utilização.

O funcionamento do serviço é condição para que a Administração possa exigir o recolhimento da taxa. Com efeito, determinando a Constituição da República que as taxas são devidas pela utilização dos serviços prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, não basta a criação do serviço e a conseqüente instituição da taxa para obrigar o administrado ao recolhimento do tributo; é preciso que a utilidade esteja em condições de ser usufruída por seus destinatários, ou, em outras palavras, que o serviço funcione efetivamente. Neste sentido, aliás, já decidiram nossos Tribunais muito antes da inovação trazida pela Emenda Constitucional 18/65 para o direito tributário". "(TJSP RT 200/339; TASP RDA 44/140, 54/70; RT 199/539, 231/593 e 273/608)" (Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1979, págs. 15 e 16).

É importante ressaltar que o ilustre autor, dos mais conceituados administrativistas de nosso país, elogiavelmente esclarece pela nota de rodapé 14 à pág. 15:

"14 — Relativamente ao serviço de iluminação pública, já defendemos a tese da legalidade da taxa para seu custeio. Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço não é prestado "uti singuli", mas sim, "uti universi", insuscetível, portanto, de utilização *individuale mensurável*".

XII — Também o não menos notável jurista e autor José Luiz de Mesquita, no trabalho já citado, compendiando não só a jurisprudência, mas demonstrando a inconstitucionalidade, ilegalidade e arrepio à jurisprudência de opiniões isoladas e superadas, ressalta essa melhor doutrina em harmonia com o direito positivo e as manifestações já sedimentadas pela cúpula do Poder Judiciário. Várias vezes se refere à impossibilidade da cobrança pelo Município da chamada TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA porque esse serviço público sendo de uso "uti universi" não é referido (vinculado) ao contribuinte, não é específico, não é divisível como também não é de uso compulsório.

XIII — Bastaria a só constatação de que no caso, o uso comum da iluminação pública nem sequer permitiria de fato nem de direito a cobrança de TAXA, pois é impossível a vinculação aos indetermináveis utentes. Sem a referibilidade, imputação ou vinculação possíveis de cada um ao fato gerador é inócua sua criação. Sujeito passivo do tributo ou da obrigação principal, somente pode ser o contribuinte ou responsável como estatui o art. 121, parágrafo único, I e II do CTN, e de acordo com o art. 128 do mesmo CTN a lei somente pode considerar responsável pelo crédito tributário a pessoa "vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação". O STF no Rec. Extr. 77.462-MG, publicado na RTJ nº 73, págs. 507 a 513 já deixou esclarecido:

"Atribuição a terceiro da condição de responsável pelo crédito tributário. O art. 128 do CTN, ainda vigente, só a permite se houver vinculação do terceiro ao fato gerador".

XIV — A atribuição, atributividade, sujeição ou vinculação ao fato gerador é requisito básico ou necessário para alguém ser contribuinte ou responsável pelo tributo, universalmente.

Em nosso CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1980, pág. 147, assim expusemos:

"Portanto a qualidade da contribuinta é uma decorrência da realização do fato gerador, ou em outras palavras, a pessoa que realiza o fato previsto na lei como tributável, adquira o status de contribuinte. Na literatura jurídica alemã, este fenômeno é chamado de *Zurechnung*, qua poderíamos traduzir por *responsabilidade* pela conta ou quantia, por *atributividade* do débito, pois *Zurechnungsfahigkeit* é a *responsabilidade* pessoal ou imputabilidade (vide Albert Hensel, *Steuerrecht* cit., pág. 80, sob o título *Die Zurechnung*, 3. ad., Köln, Adde: Klaus Tipke, *Stauerrecht*, 5. ed., Ed. Dr. Otto Schmidt, Colônia, 1978, pág. 125. Esta edição já está de acordo com o novo Código Tributário Alemão, am cuja tradução, co-editada, por IBDT/Forense, 1978, veja-se o § 39).

Esse atributividade é assim uma relação ou vínculo que imputa a autoria do fato tributado à pessoa qua o realizou e como conseqüência lhe dá a qualidade da contribuinte ou devedor do tributo.

Outra expressão técnica empregada na literatura tributária francesa é *l'appartenance fiscale* ou na italiana *la appartenenza giuridica tributaria* ou ainda tedesca *steuerliche Zugehorichkeit*, que podemos traduzir por *atributividade juridico-tributária*, ou ainda *sujeição tributária*.

Na impossibilidade de atingir o contribuinte natural, o legislador admite ainda, como sujeito passivo, o

2) *Responsável* — quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação *decorra de disposição expressa de lei*.

Observe-se que o responsável é um terceiro em relação ao contribuinte, mas não alheio ao fato gerador. O art. 128 do CTN prevê que seja uma pessoa *vinculada* ao fato gerador da respectiva obrigação".

XV — Além de não ocorrer nenhum dos pressupostos exigidos para compor a situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal (art. 114 do CTN) do tributo *taxe*, é preciso atentar-se para mais um aspecto relevante da lógica dos tributos na composição de um verdadeiro SISTEMA TRIBUTÁRIO.

É interessante observar que já em 1867, M. Pescatore publicou em Torino a obra "LÓGICA DOS IMPOSTOS" (La Logica delle imposte). Era o início da demonstração de que os tributos não deviam se confundir ou se interpenetrarem. Com o desenvolvimento do Direito Tributário se chegou à instituição de SISTEMA TRIBUTÁRIO sob a premissa da capacidade contributiva e para impedir que cada situação venha a ser sobreposta por diferentes e conflitantes tributos. Sistema é uma composição orgânica ou harmônica. Dentro de um sistema tributário não deve ocorrer "bis in idem" econômico ou como a literatura norte americana refere, "overload" tributário, nem tampouco uma bitributação ou conflito de competências que seria um "overlap". Este aspecto é da maior relevância não só do ponto de vista econômico ou das relações entre economia e direito, mas sobretudo da harmonia entre os diferentes tributos, dentro de um verdadeiro SISTEMA TRIBUTÁRIO.

Sobre a harmonia interna dos vários tributos dentro de um SISTEMA, vide a notável obra na Suíça, de Heinz Haller, DIE STEURGRUNDLINIEN EINES RATIONALEN SYSTEMS OFFENTLICHER ABGABEN (OS IMPOSTOS — LINHAS FUNDAMENTAIS DE UM SISTEMA TRIBUTÁRIO RACIONAL), 2ª ed., J.C. Mohr, Tübingen, 1971 e nosso livro Direito Tributário Aplicado e Comparado, ed. Forense, Rio, 1977, vol. II págs. 100 e segs. É a Teoria das Relações entre os tributos, isto é, os impostos, taxas e contribuições, que não podem se confundir ou se sobreporem.

Pois bem.

XVI — Precisamente para impedir tais conflitos, sobreposições ou caos tributário é que foi normatizado organicamente um SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL e utilizada a técnica da rígida discriminação constitucional dos impostos, empregada para a especificação destes na distribuição das competências, especificação esta não só **nominal dos impostos**, mas ainda para as **taxas e contribuições**, toda a instrumentalidade dos conceitos.

Assim, para os impostos, a Constituição especificou privativa, nominal e pela descrição nuclear dos respectivos fatos geradores, os impostos de competência federal — art. 21 e § 1º e § 5º do art. 18; para os estaduais art. 23 e para os municipais art. 24 e, até onde interessa examinar neste trabalho, para as taxas e contribuições os conceitos precisos dos itens I e II do art. 18.

Além disso no § 1º do art. 18 previu a nossa Lei Fundamental, o estabelecimento de normas gerais de direito tributário, as disposições sobre os conflitos de competência nessa matéria e regulação das limitações constitucionais do poder de tributar, por meio de legislação complementar da Constituição.

Assim sendo, e especificamente para delimitar o poder de TAXAR e não permitir a instituição de TAXAS em relação a "situações" já atingidas por impostos, cuja arrecadação se destina à cobertura de serviços públicos gerais ou de uso comum (como o da iluminação pública), estatuiu a Constituição Federal:

Art. 18 — ...

§ 20 — Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.

XVII — Também o CTN, com a função complementar que a Constituição lhe dá, de regular as limitações constitucionais do poder de tributar, explicitou mais ainda:

Art. 77 — ...

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondem a imposto, ...

Ora, a Constituição Federal já outorga somente à União, isto é, **privativamente**, o imposto sobre o uso, utilização ou **consumo** da **energia elétrica**, assim dispondo:

Art. 21 — Compete à União instituir imposto sobre:

VIII — ... consumo ... de energia elétrica, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência da outro tributo sobre elas;

XVIII — A legislação federal também já é completa sobre esta matéria, bastando citar que o Decreto Federal nº 68.419/71, com base na legislação ordinária, dispõe:

Art. 1º — A energia elétrica entregue ao consumo está sujeita ao imposto único, cobrado pela União, na forma deste Regulamento.

Este é o chamado "imposto único" que exclui não apenas qualquer outro **imposto**, mas qualquer **taxa** de consumo, pois como se vê da CF, ela veda a incidência de outro **tributo** sobre qualquer uso, gasto, **utilização** ou **consumo** da energia elétrica. Só e só por este texto constitucional, vê-se que também já é vedado ao Município fazer incidir **taxa** sobre o consumo ou uso da energia elétrica, quer dentro dos estabelecimentos, das residências e muito menos sobre o povo que use ou consuma, facultativamente, a energia elétrica da iluminação pública.

XIX — Poder-se-ia dizer que, nos termos da questão suscitada, a chamada **taxa de iluminação pública** teria como "fato gerador" não o "consumo de energia" mas o "serviço de manutenção da rede elétrica", como denominado no Anteprojeto de Código Tributário Municipal de São Paulo, em elaboração e assim o fato gerador não seria idêntico ao do imposto único?

A nosso ver isto seria apenas um sofisma ou deixar a substância, a natureza das coisas, para se apegar ao abuso das formas. Seria tomar a embalagem ou continente pelo conteúdo.

A iluminação pública não vem pelo ar. O povo não usa ou consome os postes, fios ou lâmpadas, enfim a instalação, mas apenas usufrui a claridade, como de dia, a do sol e pelas vias e logradouros não iluminados, às vezes, ainda, a do plenilúnio e/ou das estrelas que o bom Deus lhe dá. Os postes, os fios e as lâmpadas são apenas estamentos, insumos ou veículos da iluminação elétrica. Esta, e não aquelas, é o bem de uso, consumo, enfim, a utilidade pública ou comum.

Bastaria, a nosso ver, perguntar se alguém pode usar, utilizar-se, usufruir ou consumir a iluminação pública, sem que esta esteja instalada e mantida em funcionamento.

É evidente que cabe ao Município, entre as suas funções, não só a de executar obras de instalações de iluminação pública indenizáveis por Contribuição de Melhoria, como também a da manutenção das respectivas redes elétricas, para uso comum do povo, cuja manutenção deve ser custeada com a arrecadação dos impostos, porque estes gastos são **despesas gerais**.

DIREITO TRIBUTÁRIO COMPARADO

XX — Para finalizar, vejamos no exterior o entendimento dos maiores especialistas, não só em obras **monográficas sobre as taxas**, mas ainda em obras **sobre os tributos**, para ressaltar as especificidades daquela e demonstrar a convivência harmônica entre impostos, taxas e contribuições, pois cada um é categoria própria, são inconfundíveis e harmonizados dentro dos respectivos SISTEMAS.

1. Em uma das mais notáveis, e mais completa monografia, com 347 páginas, sob o título preciso de GEBÜHRENRECHT UND GRUNDGESETZ — Ein Beitrag zum allgemeinen Abgabenrecht (DIREITO DAS TAXAS E CONSTITUIÇÃO — uma contribuição ao Direito Financeiro Geral), o Professor Dieter Wilke; como luva confortável ao presente caso, esclarece com estas palavras que traduzimos do original:

“Distinguindo-se do imposto, a taxa é um tributo cuja exigência depende de uma prestação estatal individualmente imputável (ou atribuível, referide, vinculade).

Pressuposto de uma prestação sujeita à taxa ou de uma “situação taxável” é ser e mencionada prestação de natureza pública divisível. Em contraposição segundo K. T. von Eheberg, os impostos “se destinam à cobertura dos gastos gerais acarretados pela coletividade, cuja distribuição é impossível pela natureza comunitária destas prestações públicas”.

A atribuição ou divisão individualizada de prestações públicas permite uma delimitação, rezoavelmente clare, entre prestações que devam ser custeadas pela taxa e aquelas que devam ser exclusivamente financiadas por meio de impostos”. (Editora C. H. Beck, München, 1973, pág. 67).

2. Como já vimos, enquanto para a obra de instalação da iluminação pública, como melhoramento, é possível cobrar a Contribuição de Melhoria, já pelo **uso comum** da iluminação pública não é possível cobrar TAXA, porque o serviço de sua manutenção é serviço geral e deve ser custeado pelos impostos. Assim já em sua grandiosa obra A TREATISE ON THE LAW OF TAXATION de 1903, o clássico Thomas M. Cooley, falando especificamente da iluminação das ruas (Lighting streets), já esclarecia com estas palavras que, do original, assim passamos para nosso idioma:

“ILUMINAÇÃO DAS RUAS — Embora o serviço de iluminação das ruas seja custeado pelo imposto, nenhuma razão existe pela qual não possa ser cobrada a Contribuição de Melhoria. Para tal existe em vários Estados legislação de Contribuição de Melhoria”.

Tendo sido contestada, àquela época, nos EE.UU., a cobrança da Contribuição de Melhoria, sob a alegação de que os contribuintes já pagavam os impostos gerais, cita o Autor, no rodapé nº 1 da mesma página 1.178, acórdão que decidiu pela possibilidade de ser indenizado o custo da obra de instalação por meio de Contribuição de Melhoria, baseado em que essa obra pública acarretava a melhoria ou benefício aos respectivos proprietários, nestes termos:

“Os postes, fios e lâmpadas de um sistema da iluminação da rua configuram melhoria do local, cujo custo deve ser lançado a cargo do beneficiário”. (3ª Edição Callaghan and Company, Chicago, 1903, vol. II, pég. 1.178).

Como se vê, a Contribuição de Melhoria é paga pela consideração de a obra tornar iluminada a rua, jamais se falando em taxa (em inglês “fee”) para manutenção dessa iluminação, a ser usada em comum e, por isso, daí em diante mantida como despesas gerais, pelos impostos.

3. Outro destacado tributarista, Karsten Uffhausen, escrevendo agora sobre a TAXA DE USO (DIE BENUTZUNGSGEBÜHR), também ressalta:

“Como a taxa é pagamento de uma prestação estatal específica, ela pressupõe, obrigatoriamente, que esta prestação seja de natureza específica. Isto significa que somente pode ser exigida uma taxa quando é concedido ao cidadão um serviço específico, isto é, uma prestação estatal que exceda às prestações estatais genéricas e mais, que só possa ser exigida uma taxa até esta prestação se revelar como específica, como também ser destinada a uma pessoa determinada”. (DIE BENUTZUNGSGEBÜHR, Karsten uffhausen, edição do Autor, pág. 56, Gottingen, 1970).

4. O insuperável Mestre dos Mestres, Seligman, no vol. II de seu afamado ENSAIO SOBRE O IMPOSTO, traçando as diferenças entre este e a TAXA de Serviços, já ensinava também, que

"Esta é uma retribuição compulsória por um serviço no qual deve estar presente o elemento interesse público, mas a taxa difere do imposto por vários pontos importantes".

Começando por ressaltar que a primeira característica do imposto é a sua qualidade de tributo arrecadado em função da **capacidade contributiva** e destinado à cobertura das despesas gerais, isto é, para pagar àquelas que, como a despesa de manutenção de iluminação pública, que por ser de **uso comum do povo** não permite ser indenizada pela taxa, posto que, sendo a iluminação pública de uso facultativo e indeterminavelmente de todos, não ser esse serviço atribuível, imputável a ou cobrável de ninguém, passa ainda a destacar, com precisão, que:

"A base do imposto é a capacidade do contribuinte; a base da taxa é a vantagem especial que usufrui o indivíduo.

Se se trata de um imposto, a verdade que esta capacidade pode ser influenciada em certa medida pelas "oportunidades", ou os privilégios ou as vantagens recebidas. Porém, a diferença reside na mensurabilidade. Quando se trata de taxa, a prestação pode ser medida: se estamos diante de um imposto a vantagem não é suscetível de ser diretamente avaliada. Se se trata de taxa, o serviço específico é a verdadeira razão do pagamento; se se trata de um imposto, o serviço particular, se existir, será um simples resultado ocasional da ação do Estado". (Trechos que traduzimos da versão francesa da 8ª edição americana do ESSAIS ON TAXATION: ESSAIS SUR L'IMPÔT, traduction par Louis Suret, edição M. Giard & É. BRIÈRE, Paris, 1914, vol. II, págs. 136/137).

5. Ainda na monografia AS TAXAS (DIE GEBÜHREN), de autoria de dois mestres de Colônia, Hansmeyer e Fürst, no § 8, tratando de A SELEÇÃO OU ESCOLHA DOS OBJETOS OU PRESTAÇÕES TAXÁVEIS (Die Wahl des "Gebührenobjekts), acentuam:

"Primeiro pressuposto para que um objeto possa ser suscetível da cobrança de uma taxa é que o Estado (o Município — Die Gemeinde), ofereça uma prestação (serviço) imputável a um indivíduo ou a um grupo, cobrindo uma necessidade individual dos cidadãos. A palavra necessidade individual indica que esta necessidade é sentida e avaliada pelo indivíduo ou grupo.

Prestações que sejam de interesse exclusivo da coletividade (isto é, comum ou de todos), estão, pois, expressamente ex-

cluídas do campo da TAXA". (DIE GEBÜHREN - Zur Theorie eines Instrumentariums der Nachfragelenkung bei öffentlichen Leistungen, von Prof. Dr. Karl Heinrich Hansmeyer und Dipl.-Volkswirt Dietrich Fürst, Köln, Editora Kohhammer, Stuttgart - Berlin-Köln-Mainz, 1968, pág. 43).

XXI — Em conclusão, enquanto dentro da lei e da lógica ou harmonia do Sistema Tributário Nacional entendemos cabível a **Contribuição de Melhoria** para indenizar os custos da obra pública de iluminação e dos estamentos desta, entendemos que não é constitucional, legal ou juridicamente possível a cobrança de taxa dos munícipes, para custear a manutenção do serviço comum da iluminação pública. O custo dessa manutenção é despesa geral, a ser custeada com a arrecadação dos impostos.

LICENÇAS URBANÍSTICAS

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO.

Professora-Assistente de Direito Administrativo da
PUC — SP.
Procuradora do Município de São Paulo.

1. O tema "licenças urbanísticas" é de particular amplitude.

Entretanto, podemos afirmar que o regime jurídico das licenças urbanísticas não revelará pontos diacríticos acentuados.

Assim sendo, afigura-se-me de utilidade enumerar as principais licenças urbanísticas e, depois, de maneira específica, tratar da licença para edificar.

Impende, inicialmente, distinguir Urbanismo de Direito Urbanístico a fim de poder sediar o tema que nos cabe examinar.

Urbanismo difere de Direito Urbanístico. O primeiro, de maneira singela, é uma arte, uma ciência. A arte de tornar a vida urbana mais agradável.

De seu turno, o Direito Urbanístico refere-se às normas disciplinadoras da propriedade com as limitações referentes à sua função social.

Se é verdade que o texto constitucional assegura, e assegura amplamente em seu artigo 153, § 22, o direito de propriedade, não menos verdade será a afirmação de que este mesmo diploma legal consagra a função social da propriedade.

O artigo 160, inciso III refere-se expressamente à função social da propriedade como sendo um programa, uma meta para o Estado. Ademais o artigo 161 da Constituição também vai corporificar a função social da propriedade.

Disso decorre que as normas de Direito Urbanístico estão vocacionadas a dirigir a realização dessa função social.

Não cabe mais, no estágio atual do Direito, a utilização da propriedade como conhecida no Direito Romano. Tal seja, como o direito de usar, dispor e abusar (jus utendi, fruendi et abutendi).

A propriedade privada, em face das normas de direito, não mais pode ter o perfil delineado no antigo Direito Romano.

Aula proferida em 25/10/80, no "Curso de Extensão em Direito Urbanístico" — promovido pela Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre Rio Grande do Sul.

De conseguinte, coloca-se como freio e contrapeso ao direito individual o direito da coletividade (função social da propriedade).

Destarte, as licenças urbanísticas estão diretamente ligadas ao problema da função social da propriedade.

São elas absolutamente necessárias, a fim de coartar o particular de fazer utilização inadequada de sua propriedade, em dissonância com os direitos da coletividade.

Evidentemente, ao referirmos aos direitos da coletividade, implícita já está a assertiva da necessidade de existência de lei conformando ditos direitos.

Esta a diferença fundamental entre as normas de Direito Público e as normas de Direito Privado.

Enquanto a Administração só pode fazer o que a lei lhe permite, o particular pode fazer tudo o que, por lei, não lhe for vedado.

De conseguinte, a fim de que a Administração possa constranger o particular, necessária será a existência de lei.

As licenças urbanísticas surgem, pois, como decorrência obrigatória das normas disciplinadoras do Direito Urbanístico.

2. Enumerando as licenças mais comuns abrigadas no tema "Licenças Urbanísticas", temos:

- a) licença para lotear, disciplinada a partir de dezembro de 1979 pela Lei 6.766, a nova lei de loteamentos urbanos;
- b) licença para construir, a licença para edificar;
- c) licença para funcionar, conseqüência da própria licença para construir; ínsitos na licença para funcionar encontram-se os problemas atinentes ao zoneamento;
- d) licença para habitar, também corolário lógico da licença para construir.

Emergentes da licença para construir, como consectárias necessárias, temos a licença para habitar ou funcionar, dependendo da destinação do imóvel. Pode o imóvel ser vocacionado a uma utilização residencial ou, ao invés, industrial ou comercial.

3. Relativamente à licença para abertura de loteamentos as inovações que compete assinalar são as seguintes: as disposições penais contra o loteador clandestino; b. obrigatoriedade de as municipalidades procederem às obras de infra-estrutura, se estas não forem realizadas pelo loteador.

Refiro-me à obrigatoriedade tendo em vista que incumbe às Prefeituras, por meio de seus órgãos de fiscalização, o acompanhamento de todo o parcelamento do solo.

De sua omissão resultará, consoante nosso pensamento, sem sombra de dúvida, a obrigação de realizar aquilo que foi descurado.

Assim sendo, "de lege ferenda", parece-nos de todo desejável que a licença para arruar preceda à licença para lotear. Nesta hipótese somente ultimadas as obras de infra-estrutura poderia o proprietário da gleba vender os lotes.

Os problemas atinentes às obras de infra-estrutura não dizem respeito aos adquirentes dos lotes. Sequer teriam estes, possibilidades de fazê-las.

Tenho para mim inferir-se do ordenamento jurídico a obrigação, em que se encontra, aquele, a quem caberia fiscalizar na ausência de fiscalização eficiente, de proceder às obras.

Não será o particular que deverá arcar com qualquer ônus. E muito menos não conseguir ver regularizada sua construção porque o loteamento passa a ter a conotação de loteamento clandestino, ou por não ter licença, ou por ter execução desconforme com a licença outorgada. O particular nada tem a ver com a omissão do Poder Público.

Da Lei 6.766, nas disposições de seu art. 18, inciso 5º, infere-se que o arruamento deveria preceder ao loteamento. Vejamos o inciso 5º:

- "Art. 18.**
- I —
 - II —
 - III —
 - IV —
 - V — **cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo da verificação pela Prefeitura da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a**

execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma com a duração máxima de 2 (dois) anos," (Grifamos)

VI —

VII —

Neste passo, considero ter sido infirmado, infelizmente, o princípio inicialmente colocado. A meu ver, o arraamento deveria, necessariamente, preceder ao loteamento exatamente para evitar que se pusessem questões deste porte. E as obras que não são feitas? A Prefeitura, às vezes, não tem condição financeira de arcar com tais obras e terá de fazê-las. O ideal seria, pois, que os Códigos de Edificações, as leis municipais que tratam do parcelamento do solo, sobretudo a lei do Zoneamento, incluíssem, como condição essencial estar a gleba arruada pelo menos no mínimo de infra-estrutura necessária.

No tocante, também, às infrações penais, já as considerava aplicáveis, antes mesmo de editada a Lei. Poderia variar a pena, mas haveria, de qualquer forma, crime contra a Administração Pública, na medida em que, ocorrente a fiscalização municipal, teria havido o descumprimento de ordem da autoridade administrativa enquadrável como crime. Ademais, mesmo pela legislação antiga, o loteador estava equiparado ao incorporador (Lei 4.591/64). Portanto já seria perfeitamente possível uma ação criminal contra o loteador clandestino ou aquele que executou o loteamento em desconformidade com o legalmente permitido.

4. Relativamente à licença para construir, o material que tive em São Paulo foi realmente fartíssimo. O que existe de construção clandestina em São Paulo — "clandestino" usado agora no seu sentido mais amplo, tal seja, quer licenciado mas construído em desacordo ou absolutamente sem licença — é realmente fantástico. É um número tão grande, que tivemos, em São Paulo, de apelar para uma impropriamente chamada "Lei de Anistia", ensejadora de conservações em massa. Foi a Lei 7.875, de 1972 e, recentemente, também tivemos outra lei. Na realidade há uma enorme carência de fiscalização. Todos até já sabem que podem construir clandestinamente ou em desacordo com a licença, pois algum dia lograrão a conservação. Evidentemente isto irá prejudicar o panorama da cidade, os fins urbanísticos.

Disso decorre, por sem dúvida, o direito de os particulares exigirem o cumprimento da legislação urbanística. Assim como o particular tem de respeitar a legislação urbanística, tem direito a ver essa legislação respeitada pela Administração Pública. É dizer: a Administração não poderá conceder qualquer licença à revelia da lei e também não poderá eximir-se de sua obrigação legal, sua competência fiscalizadora. E a fiscalização, infelizmente, não é feita, ou quando feita é muito mal feita.

5. A licença para funcionar, como já disse, será uma decorrência da licença para construir. Entendo que um imóvel feito com determinada destinação, com determinada finalidade, ao cabo desta construção, terá, o particular, o direito de vê-lo licenciado dentro da finalidade para a qual foi edificado.

Caso curiosíssimo aconteceu em São Paulo com um posto de gasolina. A questão chegou até a nível de recurso extraordinário. O Supremo resolveu, a meu ver, de maneira bastante estranha. Quer dizer, talvez o Supremo não tenha resolvido de maneira estranha, estranha tenha sido a maneira como interpretaram sua decisão. Na realidade, não havia sido levado ao Supremo, naquele recurso, o problema do funcionamento.

Tratava-se de uma construção licenciada à luz de uma legislação antiga com a destinação específica de posto de gasolina, numa zona que, posteriormente à licença, passou a ser Z1. Em São Paulo, a zona Z1 é estritamente residencial. Este alvará foi cassado — a denominação era **cassado**. Mas este alvará foi "cassado" por se considerar aquela construção inconveniente ao local. Em conseqüência da cassação do alvará foi impetrado um mandado de segurança que acabou no Supremo. Este deu ganho de causa ao detentor da licença. Porém a decisão ficou adstrita à cassação do alvará. É dizer: teve como ilegal a cassação do alvará.

A interpretação, no tocante à decisão do Supremo provendo o mandado de segurança, em recurso extraordinário, portanto confirmando a segurança inicial, foi no sentido de que a licença teria sido mantida, mas o posto não poderia funcionar. Ora, isto seria um verdadeiro contra-senso. Como entender a licença para construir vigente (se o foi com destinação especial de posto de gasolina) e depois impedir-se seu funcionamento?

Na realidade, se cumprida a licença para construir tal qual outorgada, terá o particular, a meu ver, o direito de utilizar a construção para aquele fim (com que foi licenciada). Portanto, se é uma residência com fim residencial, se é um posto de gasolina com fim de posto de gasolina, mesmo que sobrevenha legislação posterior tornando aquele uso inadequado ao local.

E, com respeito ao zoneamento, destacaríamos ser o zoneamento elaborado, sempre, a lume das peculiaridades locais. Há usos que são — e o Prof. Hely Lopes Meirelles os define muito bem no seu "Direito de Construir" — conforme, desconformes ou sujeitos a controle especial. Uso conforme é aquele adequado ao local. Uso desconforme, por seu turno, é o não adequado, o inadequado ao local. E o sujeito a controle especial é aquele que poderá permanecer se os transtornos trazidos ao local não forem de molde a surprimi-lo.

O uso conforme terá necessariamente que ser deferido. O uso desconforme, por sua vez, terá necessariamente de ser indeferido.

E o sujeito a controle especial, diria eu, não deveria gozar nunca de uma licença, mas sim de uma autorização exatamente para se lhe dar uma certa precariedade, que não ocorreria se houvesse uma licença.

6. No tocante à zona rural, na Lei de Loteamentos Urbanos, há a referência de que o INCRA sempre terá de ser ouvido. Veja-se o art. 53:

“Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, ...”

A única coisa de interesse a assinalar, sobretudo num curso de Procuradores, de Consultores, seria o fato de a zona por ser rural não se subtrair da competência municipal. O município, por evidente, tem competência sobre a zona rural.

Questões muito interessantes foram colocadas em São Paulo, até, por exemplo, no atinente à coleta de lixo. Estende-se ou não se estende a coleta de lixo à zona rural? A resposta só pode ser afirmativa.

7. Como se constitui uma licença? A licença é um ato administrativo. Na realidade, a aplicação do regime dos atos administrativos é integral no referente à licença. Isto precisa ficar bem claro; tudo que disser respeito ao ato administrativo, procedimento administrativo, será aplicado na sua totalidade ao problema da licença para habitar, funcionar, etc.

É incrível como tudo referente ao regime jurídico do ato administrativo, no que diz respeito à invalidação, revogação, supressão deste ato, será aplicado ao procedimento da licença.

Por quê? Exatamente porque a licença é um ato administrativo vinculado. E usando a terminologia do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, diríamos nós, constitutivo-formal exatamente porque nada agrega à esfera de direitos do indivíduo, tão-somente permite a utilização destes direitos.

A licença é um ato administrativo constitutivo-formal. E assim sendo, cabe perguntar: qual é o regime jurídico desta licença? A primeira questão que se põe é atinente ao direito à execução desde o momento em que foi concedida a licença. Colocam-se questões importantíssimas, como por exemplo, a da legislação superveniente. Cabe registrar o parecer do Ministro Seabra Fagundes, em que se encontra a seguinte assertiva: **“deferida a licença, tem o particular o direito de executar a obra. A Administração Pública não poderá suprimi-la sem qualquer ônus. A licença sendo um ato constitutivo-formal outorga ao particular o direito à execução do licenciado nos moldes em que foi deferido, mesmo havendo legislação superveniente”**.

Perguntarão vocês: bem, então se acaba o direito da Administração? E o interesse público? A supremacia do interesse público sobre o particular, onde fica?

Acho exatamente que não se tolhe o interesse público nem a supremacia da Administração na tutela desse interesse. A Administração nada mais é do que a própria coletividade. Para a realização dos cometimentos públicos, se os interesses privados interferirem, a lei deu, no seu mecanismo de freios e contrapesos, direitos de um lado e deveres de outro.

Se a administração pode suprimir uma licença, deverá, entretanto, necessariamente indenizar.

Discordo, pois, da orientação do Supremo em um caso importante, quando afirmou: **“uma vez iniciada a construção a licença não poderá ser suprimida”**. Afirmo que, do ponto de vista estritamente jurídico, é totalmente irrelevante ter sido ou não ter sido iniciada a construção. Se a licença estiver em vigor, o fato de ter sido ou não ter sido iniciada a construção é irrelevante. A única consequência que trará o início da obra é concernente ao quantum indenizatório. Este será cada vez maior. Mas o início da obra é absolutamente irrelevante.

Já extraíra esta conclusão ao versar o tema e ratifiquei-a posteriormente por estar absolutamente convencida da irrelevância de estar iniciada ou não a obra, do ponto de vista jurídico. Obviamente, do ponto de vista fático assim não será. A indenização será maior ou menor, dependendo do real prejuízo.

8. Como proceder para suprimir uma licença validamente outorgada? Para suprimi-la só há uma coisa a fazer: expropriação do direito. A expropriação de qualquer direito é largamente aceita em nosso ordenamento. Não será, pois, a expropriação daquele determinado bem, mas sim do direito, do direito adquirido já apto a ser exercido pelo particular.

E com relação às áreas declaradas de utilidade pública?

Este é um outro interessantíssimo problema que se pôs reiteradas vezes em São Paulo. A Municipalidade normalmente recusava licença em área declarada de utilidade pública. Bastava, às vezes, a mera declaração de utilidade pública, ou, até mesmo, a existência de uma simples lei de melhoramento público era hábil a tolher totalmente o administrado.

Como afirmei, mesmo na hipótese de existência apenas da lei, sem haver sequer a declaração de utilidade pública, o particular já nada mais podia fazer em sua propriedade porque o Poder Público recusava dizendo ser a área de interesse para a Administração.

Muito bem, se a área interessar, promova-se a desapropriação. O que não se pode é agredir flagrantemente o texto constitucional, o art. 153, § 22.

Discordo, pois, da Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal que, apesar de pôr fim ao problema da Municipalidade não licenciar, não solveu toda questão. Discordo no que tange à indenização. O Supremo, a meu ver, teve uma solução intermediária. Porém, acho que, assim mesmo, ficamos muito aquém do texto constitucional, na medida em que a Súmula 23 permite a construção em área declarada de utilidade pública. Porém, as construções feitas não deverão ser indenizadas. Não deverão integrar o quantum indenizatório.

Isto parece um absurdo e, ademais, ilógico. Primeiro porque se, exatamente pelo fato de o particular continuar com plena disponibilidade de sua propriedade, o deferimento da licença é obrigatório, a não indenização será um verdadeiro confisco.

Não teria nenhuma razão de se admitir a possibilidade de edificar, de se obter uma licença em área declarada de utilidade pública para, ao depois, esta construção não ser indenizada.

Como fazer, então? Realmente entendo que o Poder Público deverá concretizar imediatamente a expropriação.

O Professor Sérgio Ferraz, ao relatar em Manaus uma tese, no Congresso dos Procuradores Municipais, foi ainda mais longe. Afirmou a obrigatoriedade de a conservação dever também ser indenizada. Concordo inteiramente.

Na realidade, tudo o que for feito no local, se for passível de conservação deverá ser conservado e terá de ser indenizado. As sanções para as construções ilegais serão outras, mas não o confisco. Isto seria um verdadeiro confisco!

Entendo, pois, que nas áreas declaradas de utilidade pública, o Poder Público poderá e deverá concretizar, de imediato, a expropriação, caso seja requerida uma licença e se ainda lhe interessar a área.

9. Chegamos a um outro tópico importante que seria o esgotamento natural da licença e sua caducidade.

O esgotamento natural de uma licença ocorre quando o objeto já foi cumprido. Diz Robin de Andrade que um ato administrativo se esgota naturalmente quando esgotada a utilidade que traz em seu cerne. Quer dizer: se a licença é para lotear, loteado o local, exauriu-se. Se a licença for para edificar, edificado, exauriu-se o ato.

Depois, estaríamos diante de novos atos como, por exemplo, no caso de licença para edificar, ter-se-ia que passar a um ato de vistoria e depois à licença para habitar.

O esgotamento natural é exatamente o modo normal de extinção do ato de licença. Entretanto, o desaparecimento normal do ato de licença pode dar-se pelo de-

saparecimento da coisa. Suponha-se, por exemplo, um imóvel, para o qual se tenha outorgado uma licença de funcionamento, destruído por um incêndio e que estivesse (mercê do direito adquirido) numa zona desconforme. Evidentemente, não poderá, a meu ver, ser reconstruído. A licença é um ato "intuito rei" e não "intuito personae", portanto, em função da coisa e não da pessoa. Tanto que, se transferida a coisa, transferem-se os direitos a ela aderidos. Assim, a licença se incorpora. Portanto, se destruído um imóvel que estava em área desconforme, em uso desconforme, não poderá ser reedificado sob pena de agressão aos valores do ordenamento jurídico.

A caducidade da licença dá-se, a meu ver, quando o alvará, aquilo que se chama "alvará", o ato formal de licença, perde a sua eficácia.

Infelizmente, no Código de Edificações de São Paulo, temos um lapso temporal, um prazo, tão-somente para que se comece a edificar, mas não o temos para que a construção se complete.

Isto é péssimo porque pode, a parte, sustar a caducidade do ato com manobras de fácil execução. Explico citando decisões do Conselho de Estado Francês. Em uma dessas decisões havia a seguinte assertiva: **não haverá caducidade quando existir o reinício de obras de "importância suficiente"**. De conseguinte, joga-se com um conceito impreciso: "importância suficiente".

Pois bem, saber o que sejam obras de importância suficiente já demanda certa meditação. Enfim, fica-se diante de um conceito de deslinde difícil. O que são obras de importância suficiente?

O Código de Edificações de São Paulo dispõe que, se num lapso de dois anos, não houver início de obras ou reinício de obras no caso de paralisação, haveria caducidade. No que tange ao início de obras, o Código de Edificações define. Entretanto, a existência de paralisação, ao depois de um certo tempo, já é um problema bem mais complicado.

Nós tivemos casos concretos em que a parte, por exemplo, comprava material, tinha as notas do material, e afirmava não haver parado a obra. Do ponto de vista extra-jurídico seria bem melhor que se tivesse uma norma que obrigasse, conforme o número de m² a ser construído, o término dessa construção num determinado prazo de tempo. Sem dúvida agride o ordenamento urbano uma construção incompleta.

10. A invalidação da licença deverá ocorrer da mesma maneira como se constitui a licença, como se outorga a licença. Assim, deverá ser invalidada a licença se emitida em desconformidade com o ordenamento jurídico. A invalidação da licença

deverá ser procedida pela Administração ou pelo Judiciário. E, a meu ver, é um direito do particular, dos administradores em geral — coloco isto exatamente entre os direitos dos particulares — a desconstituição de licenças deferidas à revelia da lei.

Às vezes há licenças incrivelmente agressivas aos direitos da coletividade como, *verbi gratia*, a licença para lotear em glebas de preservação de áreas verdes.

A invalidação da licença será por conseguinte, a desconstituição do ato administrativo emitido em desconformidade, em descompasso com o ordenamento jurídico. Poderá efetuar-se pela Administração ou pelo Judiciário como já referimos. E esta anulação deverá ter efeitos "ex tunc". É dizer: a licença morre desde o seu nascedouro e a obra deverá, então, ser demolida para que a coisa volte ao estado anterior.

Relativamente à demolição, afirmo a existência de diferença entre a obra edificada sem qualquer licença ou a edificada em desconformidade parcial com a licença deferida. O ato de demolição é um dos atos mais graves, mais sérios que a Administração pode auto-executoriamente deflagrar.

Portanto, entendo só se justificar a auto-executoriedade da medida concernente à demolição quando a obra ameaçar a incolumidade pública ou outros valores primordiais do ordenamento jurídico.

Assim afigura-se-me necessário submeter ao Judiciário, o pedido de demolição — em certos casos — a fim de se constituir o particular numa autêntica obrigação de fazer, tal seja, demolir.

Evidentemente, depois da ordem judicial, não a cumprindo o particular, a autoridade administrativa poderá executar a demolição ressarcindo-se, ao depois, dos ônus decorrentes.

A supressão da licença em virtude de legislação superveniente é chamada vulgarmente como cassação. Entretanto, não se poderá dar por um outro ato administrativo de cassação, mas sim por expropriação do direito. Friso que é "expropriação do direito" e não do bem.

Por evidente, a Administração não deverá expropriar o bem se dele não necessitar. Apenas não lhe sendo conveniente nem oportuno que o particular edifique numa zona que, por hipótese se tornou Z1, deverá suprimir o direito já constituído do administrado. Não há necessidade de a Administração expropriar o bem, mas sim meramente o direito, o que evidentemente dará, em termos de custo, um ônus muito menor. Naturalmente isso envolverá toda uma prova pericial de aferir quanto trará de dano para o particular. Porém é mera questão de prova. Só num casuísmo verificar-se-á qual o valor desse dano e, evidentemente, a lume de um levantamento pericial.

Reservo o termo cassação da licença exatamente para quando há descumprimento da parte beneficiário do ato. Distingo, pois, caducidade de cassação. Em matéria de ato administrativo a nomenclatura é utilizada em total descompasso. Muitos autores referem-se à caducidade quando querem se referir à cassação e vice-versa. Em matéria dos chamados elementos do ato administrativo, um denomina objeto aquilo que outro chama de conteúdo, e assim por diante. Prefiro distinguir os dois conceitos; caducidade é, então, a perda de um direito tendo em vista o seu não exercício em tempo hábil. A cassação é a supressão de uma licença, tendo em vista o descumprimento das regras contidas no ato administrativo. Um exemplo prático a ser trazido a contexto é o de um "auto de conclusão parcial". Entendo que, deferido o "auto de conclusão parcial", deverá, a parte, (isso está dito no Código de Edificações de São Paulo, expressamente) edificar o resto em consonância com a licença expendida. Vamos supor uma construção com três blocos de apartamentos. O primeiro já está completo ou, então, até o andar tal já está tão completo que poderá ser habitado. É possível conceder-se um auto de vistoria parcial, uma licença de habitação parcial. Entendo, entretanto, que concluída a construção do prédio, se houver infração deverá ser cassado inclusive o "habite-se parcial". A obra há de ser vista na sua totalidade. Não é possível uma parte conforme e outra desconforme. De conseguinte, até que haja uma conformidade total aquela obra, consoante nosso entendimento, será uma obra sem licença para habitar.

A cassação da licença é, pois, decorrência do descumprimento do particular detentor da licença. Ao passo que a caducidade, como já o afirmei, dar-se-á na hipótese de não ter havido, em tempo hábil, o exercício do direito.

11. Passo, finalmente, e com isso devo finalizar, à abordagem do dever de observância da legislação urbanística quer por parte da Administração quer por parte dos particulares. É dizer: a legislação urbanística há de ser observada tanto pela Administração quanto pelos administrados. Aquele que não a observar, descumpri-la-á por sua conta, riscos e perigos. Se a administração descumprir a legislação urbanística, por evidente, será passível de suportar o dever de indenizar. É um caso típico de responsabilidade extracontratual do Estado inculpada na Constituição, em seu Art. 107.

De seu turno, se o particular não observar a legislação urbanística poderá ter de demolir uma construção, pagando todas as multas. Enfim, terá de arcar com todas as conseqüências imputadas pelo ordenamento jurídico.

Realmente as sanções pelo descumprimento são de parte a parte, da Administração e do administrado. Isto porque a coletividade, e faço questão de frisar isto, a coletividade tem direito ao respeito da legislação urbanística. Poderá, pois, haver interposição de um mandado de segurança em virtude de a Administração outorgar um alvará, uma licença, em descompasso com o ordenamento jurídico. Poderá ser impetrada também uma ação popular porque a Administração estará lesando o pa-

trimônio da coletividade. Também entendo que a Administração deve ser compelida a se utilizar de todos os remédios jurídicos à sua disposição para o cumprimento de seu dever de fiscalizar. Surge a primeira consequência: há algo em descompasso, qual a obrigação que incumbe à autoridade administrativa? Obviamente, multar, notificar, e, se estiver diante de uma obra, um loteamento, deverá embargar. Se o embargo administrativo não der resultado, deverá fazer o embargo judicial. E se o embargo judicial ainda não for cumprido, deverá tomar todas as providências que o ordenamento jurídico lhe enseja. É dizer: deverá percorrer todo o "iter", só assim estará bem e fielmente cumprindo a lei.

Acho tal fato de particular relevância porque de nada adianta uma legislação urbanística se não houver fiscalização.

Se assim não for estaremos sempre diante de situações consumadas. Se a Administração, por exemplo, deixar a obra ir até o seu final, não poderá mais propor ação de nunciação de obra nova. Terá de propor uma ação demolitória, consubstanciada em uma obrigação de fazer.

Na realidade, quando a Administração se omite sujeita-se, expõe-se ao ressarcimento. E de seu turno, se o particular infringir a legislação, estará sujeito a todas as consequências que o ordenamento jurídico lhe imputar. A defesa de toda uma coletividade atingida pelo desrespeito à legislação urbanística só assim se concretizará.

CONCLUSÃO

O tema, como disse, era muito amplo. Resolvi, e não sei se terei colhido bons resultados, dar uma pincelada nas licenças urbanísticas que existem procurando mostrar, de maneira bastante genérica, o que é uma licença, qual o seu regime jurídico, como se esgota naturalmente e como se esgota anormalmente, patologicamente.

Procurei frisar também o problema da obrigatoriedade de a Administração respeitar a legislação urbanística. Disso decorre o direito da coletividade de interpor, por meio de um cidadão, ação popular e o direito de cada um de interposição de mandado de segurança quando se sentir lesado pelos atos administrativos.

Tais conclusões referem-se ao regime jurídico de todas as licenças urbanísticas e não tão somente à licença para edificar, escolhida, apenas, para a aplicação prática dos princípios norteadores do instituto.

RECONVENÇÃO, CUMULAÇÃO DE AÇÕES E AÇÃO RESCISÓRIA

ADERBAL TORRES DE AMORIM
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

I — O LIBELO

1. Segundo lição de CALMON DE PASSOS, constitui-se a petição inicial no "projeto da sentença que o autor pretende do juiz" (Comentários ao CPC, 2ª ed., vol. III, pág. 210). Na melhor e mais moderna doutrina processual a peça vestibular pode ser como que cindida em uma perspectiva eminentemente material e em outra de índole nítida e diferenciadamente processual. Assim é que, tomando-se os requisitos postos pela lei instrumentária em seu art. 282, ter-se-iam como tópicos de direito material (*rectius*: de meritis) os incisos III e IV e, como elementos processuais, os demais (ob. e loc. cit.).

A parte referente ao mérito designar-se-ia libelo, ou pedido; no que concerne à matéria instrumentária, requerimento. Nota-se, ademais, ausência de predomínio entre uma e outra parte da inicial já que ambas se apresentam como condição essencial ao conhecimento da pretensão deduzida.

2. Nem sempre, porém, assim foi. A palavra libelo muito perdeu de seu uso no processo civil em virtude da moderna tendência de se isolar o processo como ciência autônoma, como campo bem delimitado e independente dentro do direito. Se se tomarem as significações múltiplas com que a palavra já foi empregada, chegar-se-á à conclusão que deixou de sê-lo mais por prudência do que por critério preconceituoso. De efeito, libelo já foi empregada como codicilo (Digesto, Liv. 43, Tit. 5, frag. 1), súplica ao príncipe (Dig., Liv. 2, tit. 4, frag. 15), carta de repúdio de qualquer dos cônjuges (Dig., Liv. 24, tit. 2, frag. 7), e até mesmo foi tomada como sepulcro. Como visto, libelo apresentava-se como efeito de verdadeira Babel ou, no dizer de AFONSO FRAGA, "... verdadeira expressão prática destinada a representar na linguagem jurídica antiga várias imagens e pensamentos do espírito humano" (Instituições do Processo Civil do Brasil, Saraiva, T. II, pág. 201).

Por que tomou essas várias conotações, a pouco e pouco foi sendo abandonada no âmbito do processo civil restando intacto seu uso, porém, no direito criminal. Do ponto de vista da melhor técnica, entretanto, ousa-se sustentar que foi medida menos feliz. Verdadeiramente, é o libelo que põe face ao juiz o princípio a que PONTES DE MIRANDA denomina adstricção. O juiz fica efetivamente adstrito ao petítum, à formulação posta pelo demandante; jungido a ela.

II — RECONVENÇÃO E CUMULAÇÃO DE AÇÕES

3. No que interessa ao tema em foco indaga-se, em primeiro lugar, da possibilidade de se formularem na reconvenção (libelo contra libelo) vários petita, de se cumular na peça reconvençional duas ou mais ações. Visto que é possível a cumulação de vários pedidos contra um mesmo réu **no mesmo processo**, indaga-se se igualmente na reconvenção abre-se ao réu reconvincente a possibilidade de adotar, pertinentemente ao reconvincente, o mesmo proceder. Conquanto possa seduzir o primeiro impulso intelectual que responde afirmativamente à questão proposta, em verdade a matéria não é, como parece ser, de entendimento cediço.

4. Como visto em trabalho anterior (Reconvenção e Revelia, in Revista da Proc. Geral do Estado do Rio Grande do Sul 32/47), a Ação Reconvençional é pretensão, que poderia ser deduzida em ação autônoma. Em verdade, se se admite, por exemplo, pretensão constitutiva que enfrenta pretensão da mesma índole, a primeira por certo pode ser deduzida em ação destacada e até mesmo (se as regras de competência o permitem) em outro juízo. E se pode ser demandada como ação autônoma, por certo que pode ser **cumulada**, ou que **pode cumular** diferentes pedidos, "... ainda que entre eles não haja conexão" (art. 292 do CPC). Exige-se, tão-somente, que os pedidos não sejam incompatíveis entre si, que o juiz seja competente para deles conhecer e que todos eles se possam adequar ao mesmo procedimento (art. 292, § 1º e seus incisos).

Para esclarecer: na ação autônoma (que poderia ser proposta como reconvenção) a cumulação é admissível **ainda que entre os petita conexão inexista**. O que agora se sustenta (e que fere de frente o ponto nodal do presente estudo) é que **a recíproca não é verdadeira**: na reconvenção, que **sempre** poderia ser proposta como ação autônoma, a cumulação é admissível **somente** se e quando existir conexão não somente entre os petita mas, fundamentalmente, entre estes e a ação primitiva, ou entre estes e os fundamentos da defesa.

5. Se se pensar no oposto, ou seja, em que se haverá de admitir cumulação de pedidos na ação reconvençional ainda que entre eles inexista conexão e, por decorrência, que inexista conexão entre alguns deles, ou alguns deles, e a ação ou os fundamentos da defesa, concluir-se-á de forma a negar um dos fundamentos teleológicos inspiradores da admissibilidade de reconvenção, qual seja o da economia processual. De efeito, pudesse o réu reconvincente deduzir pretensão, ou pretensões que porventura tivesse contra o autor reconvincente, sem qualquer lhome com a ação dita principal, então a atividade cognitiva tumultuar-se-ia de tal forma que o remédio criado (a reconvenção) travestir-se-ia em verdadeiro **veneno** a contaminar a atividade judicante.

III — RECONVENÇÃO E AÇÃO RESCISÓRIA

6. Para que se examine e se constate do descabimento de cumulação estranha à ação na reconvenção, cuide-se do que ocorreria, por exemplo, com reconvenção

à ação rescisória. Muito embora se pudesse discutir da pertinência de reconvenção a rescisória, matéria, ademais, de indagação até mesmo filosófica, de há muito existe posição sustentada por JORGE AMERICANO segundo a qual "a propositura da reconvenção parece implicar a confissão tácita da procedência da rescisória, confissão decorrente da própria natureza de tal incidente processual. **Hoje porém, re-considerado a opinião anterior, admitimos a reconvenção**". (Estudo Theorico e Prático da Ação Rescisória, Saraiva, 1936, 3ª ed., pág. 119) sic.

Igualmente os modernos doutrinadores do processo, em sua significativa maioria, adotam idêntico pensamento. Assim, CALMON DE PASSOS, sustentando o cabimento, aduz que "exemplo de fácil apreensão é o da rescisão de uma sentença em que o autor e o réu tenham sido vencidos e vencedores em parte. Propondo um deles a rescisória, para afastar a coisa julgada material na parte em que a sentença lhe foi adversa, poderá também o outro reconvir pedindo a rescisão da parte em que fora vencido, ..." (Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, pág. 418). O mesmo caminho palmilha BARBOSA MOREIRA exemplificando que, "... se houve 'sucumbência recíproca', e um dos litigantes pleiteia a rescisão da parte da sentença que lhe foi desfavorável, pode o adversário reconvir quanto à outra parte". (Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, pág. 220). Com o mesmo entendimento, PONTES DE MIRANDA (Comentários ao CPC, t. VI, págs. 247, 388 e 414 e Tratado da Ação Rescisória, págs. 85 e 515).

Do cabimento di-lo não só a melhor doutrina como, da mesma forma, já copiosa jurisprudência de que é exemplo a Ação Rescisória nº 226.764 julgada pelo 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo em 18.8.77 (in Jurisprudência Brasileira, Juruá, 28/333).

7. Ora, se no denominado *judicium rescindens* dá-se a **rescisão da sentença** nula e no *judicium rescisorium* ocorre **novo decisum** sobre o objeto da controvérsia, descabe pensar que nesse segundo tempo do juízo rescisório se poderá criar "decisão" (*lato sensu*) estranha ao objeto da lide primitiva. É que se o juízo rescisório tem por escopo o enfrentamento de coisa julgada anteriormente posta no mundo jurídico, o novo julgamento não poderá afastar-se do fulcro da matéria discutida na ação primitiva para derramar-se em questões nela não suscitadas ainda que fossem trazidas pelo veículo da reconvenção. Neste caso, pois, parece de clareza solar que a pretensão reconvençional restará adstrita à matéria rescindenda.

A cumulação, agora tida como descabida, não deve ser confundida com a cumulação intrínseca ocorrente na rescisória. Ainda no magistério de AMERICANO, "... pelo facto da ilegalidade ou nulidade da sentença, resulta a ação tendente a rescindi-la; pelo mesmo facto resulta ainda a necessidade de **nova pronunção sobre a espécie** cuja decisão se anula". (ob. cit., pág. 14) — grifou-se.

IV — CONCLUSÃO

Do exposto parece exsurgir o fato de que não pode a ação reconvençional derramar-se para fora dos lindes postos pela ação primitiva, pena de tumulto pro-

cessual com inafastáveis prejuízos à atividade cognitiva. É imperioso que se interprete o conteúdo da ação reconvençional em consonância com sua posição teleológica na sistemática do processo. Se, por um lado, é de fato ação que poderia ser deduzida autonomamente e que, por isso mesmo, a ela se poderiam cumular pedidos ainda que não conexos entre si, de outra banda, quando proposta em contra-ação, haverá de se adequar e de se limitar ao campo de incidência da ação primitiva à qual se opõe. Por tudo que se disse, cabe concluir que é possível cumulação de pedidos na reconvenção desde que, entre eles e a ação principal, ou entre eles e os fundamentos da defesa, haja conexão.

Porto Alegre, 04 de maio de 1982.

UMA PEQUENA REFLEXÃO SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

MAURO PINTO MARQUES
Assistente do Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Constitucional na Academia de Polícia Militar

"Talvez constitua a HERMENÊUTICA o capítulo manos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem" (1) afirma o mestre sempre lembrado CARLOS MAXIMILIANO. Hoje isso ainda é verdade? Será a ciência legislativa, ou legiferante, a de fazer leis, uma atividade onde a palavra é lançada a esmo e entregue a lei à sua sorte?

A interpretação da norma jurídica evolui e a utilizamos (o processo interpretativo) como se as regras do direito ainda fossem elaboradas não só abstratas e gerais no seu alcance, na sua abrangência, mas também na imprecisão e indefinição dos seus conceitos e significados.

Essa a reflexão a que me proponho.

2. Há rigor científico e técnico em todos os campos da criação do Homem. Há método para toda a atividade. Mas no método de aplicação do Direito faz-se como se surgisse, e positivo obrigasse, sem uma intenção clara de quem o pensou e o elegeu como indispensável à regulação da conduta social. Havendo ciência em interpretar e aplicar a lei, não terá que haver rigor ao fazê-la? Incoerência, parece.

Estou afirmando que se faz valer hoje a norma (isso é notório em muitas manifestações do jurista, seja julgando ou argumentando) **com um quase descaso pela letra da Lei**. Ao se procurar adequá-la aos fatos, todas as formas de entendê-la e de fixar seu sentido são para afirmar que o que menos interessa é sua expressão gramatical.

É certo que não é possível que o sistema de regras sintéticas espelhe toda a realidade, como diz BETTI, trazido por RUI CIRNE LIMA: **"Um ordenamento jurídico em que uma norma houvesse, específica, para cada relação jurídica seria, sa admissível, disciplina social da rigidez despótica, a travar com a tipicidade individualizante da sua regulação, toda a variedade a progresso das relações humanas" (2)**. É verdade que a **"parpatuum mobila"**, nas relações e in-

(1) MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9ª edição, Rio de Janeiro, 1980, pág. 11.

(2) BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, APUD Lima, Rui Cirne in *Lacunae e Conflitos de Leis*, Sulina, Porto Alegre, 1963, pág. 9.

terações sociais, exige uma adequação atenta aos fatos para que o direito sirva à regulação e não à insegurança destas mesmas relações. Não se discute a velocidade dessas mutações que obriga a uma atualização permanente na forma de "dizer" o direito. Insofismável é que o direito é anterior à lei e, por isso, o "Estado não é última ratio do direito", como afirmava JHERING, trazido por FRANZEN DE LIMA (3). Mas também é indiscutível que um mínimo de fidelidade à disposição escrita é preciso para que nem tudo seja "letra morta" e para que não se aplique o que vige como se não vigesse e ultrapassado fosse. Onde está a segurança jurídica que só o direito pode dar? Onde a coerência das decisões que se seguem umas às outras? Onde a confiança no julgamento e nas realizações dos negócios jurídicos?

3. Prática o exegeta, sem dúvida, uma verdadeira arte. As regras de que se utiliza nasceram, e ainda continuam a surgir, da necessidade de dar solução mais justa aos litígios.

4. As primeiras regras se encaixavam no SISTEMA TRADICIONAL (escolástica para uns, dogmática para outros). Foi o único e valeu enquanto o Direito Romano foi o grande norte das criações jurídicas. Levado ao exagero, deu lugar ao SISTEMA HISTÓRICO-EVOLUTIVO, ou simplesmente evolutivo, ou só histórico, que surgiu de uma "renovação da crítica histórica, por sua aplicação à História das Instituições e das idéias" (4) e teve em SAVIGNY o argumentador maior. Este afirmava a noção de um direito fundado sobre os dados positivos da História, que evolui e é dependente do caráter do povo ao qual se aplica resumindo que "é o povo que cria o Direito e o povo não é apenas o conjunto dos cidadãos que existem em determinada época; é a unidade no seio da qual se sucedem as gerações, unidade que liga o presente ao passado e ao futuro. É a tradição que vela pela conservação do direito; e a tradição é a herança que se transmite pela sucessão contínua e insensível das gerações" (5).

5. O PROCESSO TELEOLÓGICO (ou sistema) aparece como contraposição (e sempre é assim) ao HISTÓRICO e com JHERING ganhou notoriedade. O fim é o criador de todo o direito, dizia, e à idéia de finalidade juntou-se a idéia de luta. O fim é o garantidor das condições de vida social, resumia.

6. O SISTEMA SOCIOLÓGICO lhe seguiu e se justificou dizendo que o direito é um todo orgânico e não se lhe pode ver uma parte apenas. É a sistematização que abrange o todo complexo do direito. CALDERA pregava "(...) sem uma cultura completa não há um intérprete seguro" (6). É aplicação sistemática do direito

(3) DE LIMA, Mário Franzen, Da Interpretação Jurídica, edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, pág. 250.

(4) FRANZEN DE LIMA, op. cit., pág. 21.

(5) FRANZEN DE LIMA, op. cit., pág. 23.

(6) APUD, FRANZEN, op. cit., pág. 47.

onde o aplicador "(...) torna-se um obreiro, inconsciente ou consciente, do progresso" (7) visando atender às necessidades da sociedade a quem a norma se dirige.

Esse sistema, extremado-se, leva ao chamado "direito livre". Ele é hoje, ainda, um movimento, apesar da sua idade madura (já se perguntava no início deste século o que era a escola do direito livre), pois já nascera antes do século XX. Anterior ao direito livre um outro movimento de idéias chamado "livre pesquisa científica", que cuidava de explicar as fontes e o método do direito, teve tanta repercussão na jurisprudência que, afirmam os doutrinadores, serve de base à revolucionária tendência do direito livre.

7. Essas mesmas tendências que fazem a história da interpretação jurídica (não como dado isolado mas dentro do desenvolvimento global do direito) vêm desaguar, como ensinou CARLOS MAXIMILIANO, nos processos de interpretação que hoje estão assentes e determinados na doutrina. Os processos, na interpretação do insigne jurista gaúcho, são: o gramatical, o lógico e o sistemático (que engloba os elementos histórico, teleológico, direito comparado, princípios gerais, jurisprudência, equidade, analogia e até os brocardos).

O processo gramatical, ou verbal, ou ainda filológico se preocupa com o aspecto exterior do texto. Cada palavra com seu sentido.

O processo lógico afasta o elemento exterior e procura o sentido das expressões, firme em um conjunto de regras tradicionais e precisas com base na lógica formal. É o raciocínio dedutivo, utilizando o silogismo com toda a sua perfeição, que deve levar a uma conclusão.

O processo sistemático afirma que não existe um princípio isolado (não só no direito, mas em qualquer fenômeno) achando-se cada um em sincronia com outros. O direito é uma unidade; unidade histórica, finalística e mais. É a forma de interpretar que relaciona a norma avaliada com o todo do direito.

8. Ganha destaque na interpretação sistemática o elemento finalístico, a ponto de ser visto como um processo à parte na busca do entendimento da regra. MAXIMILIANO deixa dúvidas (e é claro, didaticamente cristalino, seu magistério em outros momentos) sobre a inclusão do elemento teleológico no processo sistemático de interpretação.

A "ratio iuris" deve perquirir o momento da feitura da lei (*ocaccio legis*), as circunstâncias que envolveram o seu nascimento e a causa do surgimento para se poder concluir sobre o seu fim.

(7) MAXIMILIANO, op. cit., pág. 50.

9. A reflexão, nas linhas anteriores, rememorou verdades doutrinárias e práticas da interpretação e o fez para retomar uma ordem na materialização do pensamento. Todas as formas devem ser utilizadas ao se buscar o sentido da regra. Com isso todos são concordes. Embora **"in claris cessat interpretatio"** (afirma o brocardo secular) **raramente** — ou quase nunca — **se concorda que é clara a norma.**

10. Uma experiência angustiante, mas esclarecedora, vivi no Supremo Tribunal Federal. Assistia, como de outras vezes respeitoso e embevecido, a uma Sessão daquela Corte Maior, impressionado com a atmosfera de sobriedade (até mística), intelectualidade e cultura jurídica. O exame de matéria constitucional trazido a lume no julgamento em pauta, soava aos ouvidos e chamava à reflexão nas eloqüentes manifestações de cada interveniente (levando às alturas a discussão jurídica) quando foi preciso aplicar dispositivo da Lei Máxima. Lembro bem, tratava-se do artigo 31 do Estatuto Básico. Aplicá-lo seria, para uma das correntes que se antagonizavam, desmanchar todas as magníficas elocubrações e todo um argumento perfeitamente estruturado com considerações de ordem filosófica, política e moral até. A **letra clara** do dispositivo, irrefutável, intelegível a média cabeça (não habituada ao trato do direito) **precisava ceder** e outros argumentos ainda mais eruditos de ciência política se amontoavam para negá-la. Impressionantes demonstrações de análise histórica, lógica e sistemática do constitucionalismo brasileiro e alienígena eram articulados para não ver através da límpida transparência do que estava escrito.

Pensando na idade da Constituição Federal (da mal denominada Emenda Constitucional nº 1, de 1969) constatee estar ela iniciando sua adolescência (faria 12 anos) e firmei que não podia estar inadequada à regulação da estrutura do Estado Brasileiro. Estaria mal feita? Mas então os doze anos seria, ao contrário, muito tempo de vigência. O dispositivo a ser aplicado estaria contrastando com o todo da Lei? As palavras empregadas comportavam mais de um significado? Parece que nada disso.

Aquele diploma normativo maior que aspira ter **"uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta"** (na linguagem de KELSEN ou **"norma hipotética fundamental"** no dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS, a meu sentir, mesmo que tivesse os defeitos de origem que alguns destacam, mesmo com a ideologia que carrega implicitamente e que também não agrada a muitos, tem uma estrutura e uma redação jurídica que não se pode deixar de refutar preciosas.

11. Acredito que as leis de hoje são feitas com cuidado e por entendidos na atividade de legislar, ou pelo menos que o sejam (junto à capacidade do nosso legislador estão assessores com número e conhecimento abundantes), pois não podemos admitir que só nesse campo das realizações do homem, quicá o mais importante, não haverá cuidado o método científico.

Afirma-se, e com razão, que a lei, depois que nasce, tem vida própria independentemente dos motivos e das pessoas que a mentalizaram (a pesquisa da vontade do legislador é mera ficção) e que o juiz é um **"legislador suplente"**.

Será esse o perigo? De um lado, a lei vigendo com certeza imperativa; por outro lado, os aplicadores e os informadores da opinião jurídica tomando para si a reforma da lei ao sabor de opiniões pessoais, políticas e outras. Contradição assustadora. **"Em tempos de anarquia, magistrados impolutos dacidem, de preferência pela autoridade; tranqüilos os aspíritos, homens de igual inteiraza de caráter interpretem os mesmos textos no sentido da liberdade"**, diz com elegância MAXIMILIANO (8).

12. A lei, ou qualquer outra manifestação do direito, ou com o direito, gramaticalmente bem feita, e a sua atualização não seriam o melhor? **"As idealidades jurídicas"** não deveriam estar na norma ao invés de estar em cada um?

Aprimorar a técnica legislativa e fazê-la mais atuante é possível pois que existem as regras e os legislativos soberanos são presentes em qualquer estrutura do estado moderno. Reformar a lei, ou deixar que a vida social **"empurre o diraito pare dentro dos legislativos"**? Não só uma **harmenêutice científica** (e MAXIMILIANO disse que é o **"capítulo menos saguro, mais impreciso da ciência do direito"**), mas também uma **legifarância científica**.

Voltar a valorizar a interpretação literal, tão desgastada, me parece ser o começo desse desiderato e um fim para a incessante busca de novos processos de entender o direito escrito, ao invés de ir buscar a **"lei sábia"**. As leis são feitas por homens e portanto sujeitas às falhas inerentes à natureza deles, se repete. Mas as aplicações decorrentes de interpretações humanas (idealidades jurídicas de cada um) não conduzem ao mesmo dilema?

O próprio direito, que realiza, ou formula, ou atua praticamente o Direito (o Direito Processual ou Instrumental) não veria diminuída sua atividade aproximando-se do ideal da **"justiça barata e rápida"**?

13. Encontro-me em condições de afirmar e encerrar a reflexão proposta, que a segurança jurídica ainda pode sentir-se forte pela **revalorização da letra da regra**, que obrigará a feitura de leis coerentes no seu texto e fiéis aos seus objetivos e tempo, pois que modificadas por quem deve.

Mude-se a lei várias vezes para que não se mude o direito tão freqüentemente.

(8) MAXIMILIANO, op. cit., pág. 48.

PARECERES

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO A EXIGIR O LAUDÊMIO.

ALMIRO DO COU TO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Romano na Faculdade de Direi-
to da UFRGS.

PARECER Nº 4.818

PRETENSÃO A COBRAR LAUDÊMIO.
INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

CITIBANK, N.A. requereu, em fevereiro de 1979, ao Senhor Secretário da Fazenda fosse averbada a sua atual denominação social, no seu título foreiro, referente ao domínio útil do terreno reservado, situado nesta Capital, na Rua 7 de Setembro, onde se acham os prédios de nos. 1154 e 1158. Do exame da documentação apresentada pelo postulante verificou-se, porém, que a mudança de denominação social resultara da fusão de dois estabelecimentos bancários, razão pela qual entendeu-se devido o laudêmio, com base no Parecer nº 4.121, desta Procuradoria-Geral do Estado, da lavra do Procurador ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL. Nesse Parecer fazia-se remissão a pronunciamentos anteriores deste Órgão, designadamente ao Parecer nº 2.688, do Procurador MÁRIO NUNES SOARES e ao Parecer nº 3.516, do saudoso Consultor Jurídico e Eminentíssimo Professor de Direito Civil, CELSO MARTINS COSTA. No primeiro desses pareceres entendeu-se devido ao laudêmio na hipótese de transferência de bem enfitêutico para integralização de capital social e no segundo aludia-se a caso de fusão de sociedades, concluindo-se igualmente devido, em tal situação, o pagamento de laudêmio, na linha de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 1938. Naquela ocasião assim entendeu a nossa mais alta Corte de Justiça:

"O laudêmio não é imposto; é a contribuição ao senhor do domínio direto pela desistência da preferência que lhe cabe para ser a ele transferido o domínio útil do bem enfitêutico; é devido em todos os casos de alienação onerosa. Quando uma sociedade se incorpora a outra, ou duas se fundem, constitui-se de fato e de direito uma nova sociedade. Com essa fusão há transferência de bens de uma a outra. Quem entrega bens para constituir o fundo social não fice condômino dos mesmos; não faz doação, não realiza, tampouco, um ato benéfico, efetua um negócio, visa o lucro. Neste caso, se os bens incorporados ao fundo social forem enfitêuticos, cabe a exigência de laudêmio." (RT, 111/763).

Sem discutir o mérito da solução adotada na área administrativa, aduz agora o CITIBANK, N.A. argumento novo. Alega que, mesmo que fosse devido o laudêmio, estaria prescrita a pretensão do Estado a cobrá-lo, uma vez que a fusão das sociedades ocorreu em 1955, tendo sido publicada no Diário Oficial da União, de 15 de fevereiro de 1956, a tradição dos atos societários que continham explícita referência à fusão. Por outro lado, a alteração estatutária do requerente, subsequente à fusão, e pela qual se modificou também a denominação da sociedade, foi aprovada pelo Decreto presidencial de nº 37.865, de 6 de setembro de 1955. De resto, na época — diz o postulante — **“a alteração havida foi comunicada pela imprensa desta capital e determinou mudança do nome do Banco no Guia Telefônico, impressos, etc. tornando-se inequivocamente fato público e notório nesta Capital, sede da administração estadual”**. Declara, ainda, que não deu aviso ao Estado em razão do caráter especialíssimo dos atos jurídicos de fusão, havendo ocorrido a versão do domínio útil no patrimônio da nova sociedade não como um fim em si, mas apenas como simples consequência de uma operação muito mais complexa, na qual aquela assumia feição secundaríssima. Em conclusão, sendo de natureza pessoal o direito e a pretensão a reclamar o laudêmio estariam eles abrangidos pela prescrição vintenária.

2. Do modo como foi posta a questão e dada a orientação desta Procuradoria-Geral do Estado, não cabe mais examinar o mérito. O que está, porém, em discussão, em suma, é o termo inicial do prazo prescricional, naqueles casos em que o enfiteuta não dá aviso ao senhorio direto de que pretende transferir o domínio útil. Desrespeitado o direito de opção, abrem-se ao senhorio direto dois caminhos, a que apontam, respectivamente, os artigos 685 e 686 do Código Civil. Pelo primeiro deles, confere-se ao senhorio direto a pretensão a haver do adquirente o imóvel, pelo preço da aquisição. Trata-se, portanto, de pretensão **real**. Pode ocorrer, porém, que ao senhorio direto não interesse haver o imóvel, preferindo reclamar o pagamento do laudêmio, pelo não exercício da opção que lhe competia, como lhe assegura o artigo 686. Em tal hipótese a pretensão será pessoal e caberá ao senhorio direto quer tenha ou não sido avisado pelo titular do domínio útil. A diferença entre uma e outra situação está em que, se tiver sido avisado e não houver exercido a opção no prazo legal, terá o senhorio direto tão-somente a pretensão ao pagamento do laudêmio, não lhe sendo lícito haver o imóvel do adquirente.

No caso não há interesse do Estado em consolidar o domínio. Interessa-lhe tão-somente receber o laudêmio, como se infere do ato do Senhor Governador do Estado que aprovou o Parecer nº 4.121, desta Procuradoria-Geral do Estado (fls. 52).

3. O laudêmio é uma compensação que tem o senhorio direto pela renúncia ao **“ius pradationis”**. Este direito, sabidamente, só se constitui com o **aviso** do enfiteuta ao senhorio direto (Código Civil, artigo 683). Note-se que a lei, na sua literalidade, exige **aviso**, por conseguinte ato do enfiteuta de que seja destinatário o senhorio direto. A **“ratio legis”** é, entretanto, a de assegurar o conhecimento ine-

quívoco do senhorio direto, não bastando para tais fins, por consequência, a simples publicidade ou a presunção de conhecimento da intenção do enfiteuta ou do negócio jurídico de alienação do domínio útil, que tenha praticado. Dessa sorte, se não houve aviso, mas indubitavelmente o senhorio direto teve notícia da alienação, a partir desse instante começa a correr o prazo prescricional referente à pretensão e à ação a reaver o imóvel, como teve ocasião de decidir o Supremo Tribunal Federal (RTJ, 55/219).

4. No caso presente, cremos que o prazo prescricional da pretensão a reaver o imóvel só começou a fluir a partir do momento em que foi recebido pela administração o requerimento de averbação, que abre o processo submetido a novo exame. Na verdade, os atos publicados no Diário da União não servem para esse efeito, pois, como se viu, uma vez que o titular do domínio útil tinha o dever jurídico de avisar o senhorio direto, era indispensável se comprovasse o conhecimento, real e não presumido, dos atos de transferência.

5. A linha de raciocínio até aqui desenvolvida induz a conclusão de que se o prazo prescricional da pretensão a reaver o imóvel só começou a correr a contar de 15 de fevereiro de 1979, data em que o Tesouro do Estado recebeu o pedido de averbação, a pretensão a cobrar o laudêmio só nasceu quando o Estado renunciou àquela outra pretensão, pois a segunda é substitutiva da primeira. Vale dizer, portanto, que o prazo prescricional referente à pretensão a cobrar o laudêmio, tem seu termo inicial com a aprovação, pelo Senhor Governador do Estado, do Parecer nº 4.121, desta Procuradoria-Geral do Estado, o que ocorreu a 10 de agosto de 1979.

6. Outro entendimento, como sustentado pelo requerente, se adotado, implicaria verdadeiro convite à fraude, pois, como rarissimamente o Estado exerce o direito de preferência, seria mais conveniente ao titular do domínio útil transferi-lo sem aviso ao Estado, apostando no transcurso do prazo prescricional para a cobrança do laudêmio. A posição sustentada pelo postulante padece, a nosso juízo, do grave vício lógico de tornar independente a pretensão a cobrar o laudêmio da pretensão a reaver o imóvel, quando é indiscutível que ambas se articulam em termos de sucessão e substituição. Enquanto inexistir renúncia à pretensão a reaver o bem inexistirá pretensão a cobrar laudêmio.

7. **POR TODO O EXPOSTO** entendo, assim, não se haver consumado a prescrição da pretensão a exigir o laudêmio.

Porto Alegre, 06 de novembro de 1981.

REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

NEY SÁ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Comercial na UNISINOS

PARECER N° 4628

**Processo Administrativo-Disciplinar.
Revisão.**

O portador de personalidade psicopática não é incapaz para a prática de atos jurídicos podendo, apenas em determinadas circunstâncias, lhe ser reconhecida incapacidade relativa para a prática de certos atos de disposição de bens patrimoniais. Não constitui, assim, cerceamento de defesa o fato de ter o servidor, portador de personalidade psicopática compulsiva, se defendido pessoalmente no processo administrativo contra ele instaurado.

A absolvição criminal só tem repercussão na área do direito administrativo-disciplinar quando decorre do reconhecimento da inexistência de crime ou negativa de autoria. Por conseqüência, a impunidade criminal por prescrição ou por insuficiência de provas não se constitui em motivo para modificação do apenamento disciplinar. Lei Estadual n° 1.751/52, art. 262.

Em direito disciplinar, a indicação do texto da lei nova, sem ofensa ao princípio da "nulla poena sine lege", não se constitui em defeito capaz de invalidar o ato administrativo de que resulta o apenamento.

Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, art. 41 e §§.

Exegese.

Prescrição quinquenal consumada.

Improcedência da reclamação.

A. I. F. S., que exerceu o cargo de Delegado de Polícia de 3ª classe, da Secretaria da Segurança Pública do Estado, pede revisão do ato de demissão, a bem do serviço público, de que foi alvo, com fundamento nos artigos 22, inciso XXIX, e 25, § 3º, letras c e e, da Lei n° 6.194/71, combinados com o artigo 218, inciso I, da Lei n° 1.751/52.

O ato demissório, objeto do pedido de revisão, data de 8 de novembro de 1973 e decorreu de três processos administrativos instaurados na Secretaria da Segurança Pública, tendo como razão a prática de crimes contra os costumes, cometidos pelo ex-Delegado.

Esses delitos, de que foram vítimas três menores, estão minuciosamente relatados no Parecer nº 2442, de 07 de novembro de 1973, da lavra do saudoso Consultor Jurídico desta Casa, Doutor JOÃO SOARES CARRICONDE, que se encontra, por cópia, nestes autos, nas fls. 09 a 18.

Os processos administrativos, que foram reunidos na própria Secretaria da Segurança Pública, tiveram a defesa do acusado exercida pessoalmente e aí reside a causa do pedido de revisão que originou o desenvolvimento deste processo de que ora se cuida.

É que, consoante o Laudo do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, acostado nas fls. 19 e segs. dos autos, por cópia autenticada, o ora recorrente foi classificado como **"personalidade psicopática compulsiva"**, tendo sido julgado pelos Peritos como não possuindo **"ao tempo da ação, a plena capacidade de entender e de se determinar de acordo com o entendimento que pudesse ter do caráter criminoso dos fatos"**. (fls. 23)

Diante desse diagnóstico, entende o suplicante que ficou prejudicada a sua defesa, feita por ele próprio, que não levantou essa questão no decorrer dos inquéritos, o que bem se explica, segundo ele, **"pela própria natureza de sua doença, de que nunca teve plena consciência"**. Considera-se ele, face a doença que lhe foi atribuída, **"relativamente incapaz, e, pois, equiparado a menor, para efeito de assistência de um curador, nomeado pela autoridade policial, por ocasião dos inquéritos"**, a teor do que se contém no artigo 15 do Código de Processo Penal.

Esse Laudo foi obtido em 1976, quando em curso um dos processos-crime a que respondeu, originado esse da prática do crime de atentado violento ao pudor contra uma menor, de 11 anos de idade, fato esse ocorrido no interior da Delegacia de Polícia de Alvorada, que titulava à época.

A sentença, que condenou o denunciado à pena de dois anos e seis meses de reclusão, além de pena acessória de interdição de direitos e de incapacidade para investidura em função pública, pelo prazo de cinco anos, foi, afinal, reformada por acórdão da Egrégia 3ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado, como se pode observar pelo documento de fls. 27 a 34 dos autos, resultando daí a absolvição do réu, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Consoante prova também junta aos autos, o recorrente logrou absolvição em um outro processo a que respondeu em Encruzilhada do Sul pelo delito de corrup-

ção de menor (fls. 35), tendo sido julgada extinta a punibilidade, por prescrição, no terceiro processo a que respondeu como incurso nas sanções dos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do Código Penal, fatos estes originadores dos outros dois processos administrativos instaurados na Secretaria da Segurança.

Por estes motivos, isto é, pela inexistência de condenação criminal e, ainda, diante da circunstância de que a Lei nº 6.194/71 só entrou em vigor depois da prática dos atos a ele atribuídos e considerando, mais, que o artigo 218, inciso I, da Lei nº 1.751/52 faz alusão a atos de incontinência pública e escandalosa do funcionário, o que não ocorreu nos delitos que lhe são atribuídos, **"por sua própria natureza, cometidos às ocultas, sem a presença de quem quer que seja"**, pede seja procedida a revisão dos processos administrativos a que foi submetido, convertendo-se o ato demissório em licenciamento compulsório, nos termos do artigo 144 da Lei nº 1.751/52, para que lhe sejam proporcionados o tratamento e a proteção legal dispensados aos psicopatas pelo Decreto Federal nº 24.559/34.

É o relatório.

Indubitavelmente o recorrente é um psicopata: o Laudo do Instituto Psiquiátrico Forense é conclusivo a respeito e ele próprio toma esse diagnóstico como motivo central do pedido que formula. É, também, essa circunstância que pode dar margem à renovação da instância administrativa, como único elemento novo de prova, por ele invocado, a teor do artigo 200, inciso III, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado. Aliás, o próprio comportamento do recorrente não poderia levar a outra conclusão senão a que chegou o Instituto Psiquiátrico Forense ao classificá-lo como psicopata compulsivo.

Cumprido, pois, examinar a alegação do recorrente, de que ficou prejudicada a ampla defesa assegurada por lei, em decorrência de ter sido ele próprio quem orientou a prova, defendendo-se pessoalmente, sem ter argüido a psicopatia de que, de resto, segundo afirma, ignorava até o advento do Laudo que o deu como tal.

Como observado com propriedade nas próprias razões de recurso, o psicopata não pode ser confundido com o psicótico, uma vez que o primeiro enquadra-se na categoria vulgarmente conceituada como **"fronteira"**, enquanto que o último é o louco, totalmente privado da razão, constituindo-se a psicose em um processo patológico evolutivo enquanto que a psicopatia mais não é do que uma estruturação mórbida, precoce, constitucional e irreversível.

No campo da psiquiatria é conhecida a controvérsia que esses indivíduos anormais psíquicos, conhecidos como fronteiriços, têm suscitado. Algumas vezes são declarados verdadeiramente loucos, e, portanto, irresponsáveis; outras vezes, se diz que são apenas semiloucos e reconhece-se a sua imputabilidade restrita; existem, ainda, os que afirmam a sua nenhuma identidade com os insanos mentais.

Dentre estes últimos alinha-se WILMANS, ilustre psiquiatra de Heidelberg, cuja obra, *Die sogenante verminderte Zurechnungsfähigkeit*, veio modificar profundamente a orientação científica relativamente aos psicopatas ou anormais psíquicos, segundo referido na Exposição de Motivos do Código Penal, onde transcrita esta passagem do renomado autor.

"Vem-se reconhecendo, cada vez mais, o desacerto e impropriedade de submeter esses caracteres anormais, sem melhor investigação, ao mesmo processo usado com o alienado mental. Chegou-se à convicção de que a esses "prejudicados" em geral á proveitosíssima a aplicação de pena. Dau-se uma transformação no sistema de tratamento que se julgava adequado ao psicopata: este não é mais o pobre enfermo, de quem se deva cuidar como os insanos mentais; mas, sim, um indivíduo passível de métodos correcionais e, quando seja o caso, de coerção disciplinar".

Outra não é a orientação de BIRNBAUM (*Die psychopatischen Verbrecher*), também citado na Exposição de Motivos, o qual assevera que a sujeição dos portadores dessas anomalias psíquicas a castigos, para corrigir-lhes o carácter indisciplinado, opera **"resultados maravilhosos"**.

O nosso Código Penal, que adotou o sistema biopsicológico na fixação do pressuposto da responsabilidade penal, como expressamente referido na Exposição de Motivos, manifesta essa orientação no artigo 22 e no seu parágrafo único.

Realmente, segundo o **"caput"** desse dispositivo **"é isento de pena o agente que, por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o carácter criminoso do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento"**.

No parágrafo único do artigo 22, **é facultada a redução da pena no tocante aos que, "em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o carácter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento"**.

Desta forma, o Código, colocando-se fora dos extremos dos sistemas biológico ou etiológico (francês) e psicológico, na apreciação da capacidade penal tendo em vista a normalidade mental, atendeu à prudente opinião de ilustres psiquiatras e juristas, avultando dentre estes a palavra de VIDAL, o qual referindo-se a certos desacertos do positivismo jurídico, assim se manifesta:

"L'école positiviste italienne a le tort de reduire le rôle de la peine à la defense sociale contre la seule personne du délinquant, alors que sa menace s'adresse a tous, doit servir de motif d'abs-

tantion, de coaction psychologique pour un grand nombre de ceux que ne commettent pas de delit, parce qu'ils sont susceptibles d'être impressionnés par elle et capables de resister à la tentation du delit. Elle supprime le Code pénal et lui substitue un Code médical; elle transforme les magistrats en physiologistes et en médecins et, en confondant la criminalité avec la maladie, elle tend à substituer au sentiment public de blame et de mepris pour le criminel un sentiment de pitié contraire à la conscience générale et eux intérêts mêmes de la société".

(VIDAL, Cours de droit criminel et science penitentiaire. págs. 161-162 — apud BENTO DE FARIA *Código Penal Brasileiro*. Jacintho Editora. Rio. 1942. vol. II, págs. 281-282).

O próprio Ministro BENTO DE FARIA, comentando o dispositivo em apreço, do nosso Código Penal, observa que este **"sem desprezar a responsabilidade moral (...) consagra a liberdade da vontade como a linha divisória entre o — enfermo — mental e o são de espírito, estabelecendo as maiores possibilidades de precisá-la na doença"**.

"E deve fazê-lo o Magistrado — prossegue o ilustre tratadista — porque, como resulta das observações de PARANT, o discernimento, o raciocínio e certa lógica de possível encontro nas alterações da sanidade mental não excluem a privação da vontade livre e a sujeição do agente a irresistibilidade das impulsões mórbidas". (ID. IBID.).

O parágrafo único do artigo 22 encara, em verdade, o problema da **imputeabilidade restrita**, definindo-se por abrir ao magistrado a possibilidade de reduzir a pena quando o delinqüente por razões de desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou perturbação da saúde mental não possuir ao tempo da ação ou omissão a plena capacidade para entender o carácter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Pela redação do dispositivo verifica-se, pois, que nele não são visadas as formas de enfermidades mentais de possível classificação em agrupamentos, mas aquelas que sem expressar o vício total da mente, têm por efeito a redução da mesma capacidade (cf. BENTO DE FARIA, op. cit., pág. 315).

Ademais, a conceituação do dispositivo é ampla, abrangendo não só os portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (os idiotas, os cretinos, os imbecis, os surdo-mudos e os silvícolas não adaptados) como, também, todos quantos apresentem alguma alienação mental que, não sendo completa, situa-se nos estados limítrofes, na terminologia dos psiquiatras alemães, neles inseridos os semiloucos, os psicopatas, os anormais psíquicos e os deficientes mentais.

Isto não quer dizer, porém, que os psicopatas sejam irresponsáveis. Ao contrário, sua responsabilidade criminal é reconhecida pelo nosso legislador, como já referido, e a sua imputabilidade é plena, vez que o parágrafo único do artigo 22 de que se está tratando não lhes dispensou um tratamento especial, obrigatório, no abrandamento da pena. O que a lei fez foi **facultar** ao juiz, diante do caso concreto, sopesadas as condições de capacidade de entendimento e determinação do delinqüente, de puni-lo por forma menos severa, observadas, sempre, as más condições pessoais.

Como refere NILSON SANT'ANNA os portadores dessas anomalias psíquicas, hoje conhecidos como psicopatas, eram designados como pessoas de "inferioridade psicopática", expressão introduzida na literatura psiquiátrica por KOCH, em 1855, que, sob tal nomen, reuniu "anormalidades psíquicas que não chegam a constituir doença mental, de natureza congênita ou adquirida, e de valor inferior, quando observadas sob o ângulo sociológico". (in Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro por J. M. DE CARVALHO SANTOS. Borsoi. Rio, vol. 43, págs. 184 verb. "Psicopatias").

Tratava-se daqueles estados mórbidos nos quais PRICHARD surpreendeu "uma perversão da afetividade e da vontade, sem alteração da inteligência e do pensamento, denominando-se "loucura moral"... (ID. IBID.).

Esses indivíduos se caracterizam por um progressivo desequilíbrio emocional, que os torna cada vez mais distantes dos padrões da conduta social normal, sem temor, violentos e desonestos, hábeis no mentir e parcios em atividade pragmática sadia. A atuação profissional é irregular, falha e inconstante, desobediente e sem continuidade. A afetividade e a sexualidade não guardam as proporções normais, predominando a indiferença, a inconstância e o desrespeito, aliados à lascívia, à luxúria, à maldade, quando não à própria tirania e à tortura do parceiro do amor. (ID. IBID.).

Caracterizam-se, assim, por desvios do padrão da personalidade, assumindo variantes que evidenciam um afastamento do plano médio que se aceita, para mais ou para menos, conforme explica KURT SCHNEIDER, citado pelo já referido NILSON SANT'ANNA (op. et loc. cit.).

Essas pessoas não são, entretanto, como se disse, irresponsáveis e normalmente se acham integradas à coletividade, não se notando, as mais das vezes, as anomalias psíquicas de que são portadoras.

"Muitos — refere BASILEU GARCIA — não teriam motivo declarado para estar nos institutos de ação terapêutica, que os não receberiam ou os conservariam efemeramente. Confundidos com os homens inteiramente sãos de espírito, na vida social, não devem ser havidos como irresponsáveis. A eficácia do Direito Penal

periclitaria se lhes fosse atribuída impunidade absoluta. É preciso que se exerça, na sua plenitude, a força coativa da lei penal, aplicando-se pena sempre que há entendimento e vontade por parte do autor do fato objetivamente criminoso. Como esses anormais dispõem de entendimento e vontade, embora reduzidamente, são intimidáveis — e um dos escopos da pena é precisamente a intimidação. Outra finalidade é a correção, e ninguém tem dúvida de que não estão os fronteiriços afastados da possibilidade de readaptação, da se tornarem menos ofensivos, o que se pode conseguir pela via repressiva". (GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4ª Max Limonad. São Paulo, 1965, vol. 1, t. I, pág. 333).

E se não são os psicopatas penalmente irresponsáveis, menos ainda poderiam ser tidos como civilmente incapazes. Sua capacidade civil, de regra, é plena, eis que o seu estado de semi-higidez mental não os coloca na condição de loucos de qualquer gênero (Código Civil, artigo 5º). Poderão, no máximo, colocar-se na condição de relativamente incapazes, para a prática de determinados atos, quando pelo seu comportamento se vier a denotar prodigalidade, como observa NILSON SANT'ANNA, no seu trabalho já antes referido.

"No foro civil e administrativo — lembra esse autor — faz-se necessária a interdição, quando a conduta anormal evidenciar provas de atos de prodigalidades, de dissipação dos bens e de outras atuações não condizentes com a conduta normal. A incapacitação deve ser parcial". (op. cit. pág. 185).

Tal incapacidade relativa, no entanto, quando ocorrente, fice limitada ao que sa contém no artigo 459 do Código Civil, de onde se conclui que a interdição do pródigo somente se refere aos seus bens. "A sua pessoa permanece livre, podendo ele exercer a sua profissão e dirigir-se como entender, sem necessidade de assistência", na palavra sempre autorizada de CLOVIS BEVILAQUA (Código Civil Comentado, 7ª, Francisco Alves, Rio, 1943, vol. 2, pág. 460).

Ora, no caso presente não há qualquer elemento nos autos — nem foi sequer alegado pelo interessado — que de sua personalidade psicopática tivesse decorrido prodigalidade, capaz de comprometer a sua plena capacidade civil, nos termos expostos. Entretanto, ainda que isto tivesse ocorrido, ou mesmo que a sua relativa incapacidade pudesse vir a ser reconhecida, isto não afetaria a sua atuação no exercício da sua própria defesa nos processos administrativos a que foi submetido.

O laudo psiquiátrico que o interessado faz juntar ao seu recurso, é expressivo na apreciação da vivacidade e inteligência do recorrente, afastando, assim, qualquer dúvida quanto às suas condições para atuar no processo administrativo que deu causa à sua demissão.

Desta sorte, a alegada nulidade por falta de ampla defesa, não tem cabimento, vez que tal alegação decorre tão-somente da circunstância de ter sido ele declarado portador de psicopatia compulsiva.

É de notar, aliás, que o caminho por ele eleito para promover a sua defesa, nos procedimentos administrativos, foi vitorioso no processo judicial onde, como já se observou acima, a sua absolvição se deu por insuficiência de prova da prática de um dos delitos apurados na instância administrativa, consistente na prática de atentado violento ao pudor contra uma menor de 11 anos de idade. O Tribunal, como se pode observar pelo acórdão que se encontra juntado por cópia nestes autos, a partir de fls. 27, dando agasalho aos princípios que informam a teoria da prova, no processo-crime, absolveu, realmente, o acusado, mas não sem aludir a que **"os inúmeros processos anteriores, com igual ou idêntica capitulação, assim como o resultado do exame psiquiátrico, dando-o como "personalidade psicopática compulsiva — com necessidade de assumir atitudes libidinosas" (fls. 133), tornam provável a prática do delito..."** (fls. 32/33).

Ora, como é sabido e a jurisprudência dos tribunais tem proclamado iterativamente, a absolvição do funcionário no processo criminal só tem influência na órbita administrativa quando se fundar na negativa da autoria ou na inexistência de crime. (v. Ac. do S.T.F., no Rec. Extr. n° 50.722-GB, **APUD** "Referências da Súmula do S.T.F.", vol 1/240, de Jardel Noronha e Cadalea Martins).

Assim, tendo a absolvição decorrido, tão só, de insuficiência da prova colhida no processo criminal, esse resultado em nada interfere com a punição que o recorrente sofreu na órbita administrativa onde também se procedeu a realização de prova da qual redundou o ato demissório contra o qual se rebela o recorrente.

Aliás, contra ele milita disposição expressa do Estatuto do Funcionário Civil do Estado (Lei n° 1.751, de 22 de fevereiro de 1952), de aplicação também aos servidores policiais, cujo artigo 262 assim dispõe:

"A absolvição no processo-crime a que for submetido o funcionário não implica sempre na permanência ou retorno do mesmo no serviço público, se em processo administrativo regular tiver sido demitido em virtude de prática de atos que o inabilitem moralmente para aquele serviço".

Sem razão, também, a reclamação contida no pedido inicial segundo a qual não estaria correto o ato demissório que o enquadrava em dispositivos da Lei 6.194/71, atual Estatuto da Polícia Civil, **"...só vigente depois da prática dos atos atribuídos ao suplicante, o que vem contrariar o princípio jurídico segundo o qual não se pode aplicar pena alguma que a lei vigente ao tempo do fato não estabeleça..."**.

Ao contrário do que quer dar a entender o recorrente, o anterior Estatuto da Polícia, Lei n° 1.752, de 23 de fevereiro de 1952, continha dispositivos idênticos aos

da lei hoje em vigor, nos quais capituladas as faltas cometidas pelo recorrente, que deram causa à sua demissão a bem do serviço público, não havendo assim como se dar aplicação, "in casu", à máxima **"nulla poena sine lege"**.

Com efeito, rezava o § 2° do artigo 18 do texto revogado:

"Art. 18 —

§ 2° — São atos considerados "falta grave":

b) praticar atos delituosos, dos quais possam resultar a condenação em processo regular;

f) ter hábitos ou vícios degradantes".

E o artigo 21, do mesmo diploma, estatua:

"Art. 21 — As penas de suspensão por mais de trinta dias ou de demissão com ou sem cláusula de "a bem do serviço público" são aplicadas na prática dos atos considerados "falta grave"."

O Estatuto vigente dispõe:

"Art. 22 — São transgressões disciplinares:

XXIX — entregar-se à prática de jogos proibidos ou ser convencido do vício de embriaguez ou ter hábitos ou outros vícios degradantes";

"Art. 25 —

§ 3° — são circunstâncias agravantes:

c) reincidência;

e) ter sido praticada a transgressão com premeditação ou com abuso de autoridade hierárquica ou funcional..."

"Art. 32 — A pena de demissão será aplicada nos casos de:

.....
V — prática das transgressões previstas nos incisos XXII, XXIII, XXIX, XXXIII e XXXVI do artigo 22;
.....

§ 4º — em função da gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a cláusula "a bem do serviço público", a qual constará sempre dos atos de demissão e se verificará nos casos previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado".

Como se pode observar, o Estatuto vigente é mais detalhado ao cominar a pena de demissão e, bem assim, a qualificação dessa pena com o acréscimo da cláusula "a bem do serviço público", deixando menor margem de arbítrio ao aplicador da lei. Deste modo, há de se compreender que o texto em vigor é mais favorável ao funcionário do que a lei revogada e, por isto, tem de se reconhecer que a aplicação dos dispositivos da lei nova se impõem, em razão da natureza penal das regras em questão. Nada há, desta forma, a questionar com relação também a esse aspecto do ato demissório.

Mas, ainda que assim não se pudesse entender, é evidente que a indicação do texto da lei nova, que não fere o princípio da "**nulla poena sine lege**" não se constitui em defeito capaz de invalidar o ato administrativo objeto deste recurso.

Igualmente nenhum significado tem a pretensão do recorrente de ver aplicado em seu benefício o princípio contido no artigo 41 e seus parágrafos, do Estatuto do Funconário Público Civil do Estado, segundo o qual "**o funcionário público preso para perquirição de sua responsabilidade em crime comum ou funcional, será considerado afastado do exercício, até condenação ou absolvição em sentença passada em julgado, com direito a dois terços do vencimento**".

Nos termos dos §§ 1º e 2º desse dispositivo, o funcionário absolvido terá direito à diferença dos vencimentos e demais vantagens que deixou de receber e, em caso de condenação, se essa não for de natureza que determine a sua demissão, continuará afastado, até o cumprimento total da pena, com direito a um terço do vencimento ou remuneração.

Esse dispositivo, a toda a evidência, não se aplica ao caso presente. Situa-se ele no Capítulo V do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, que trata do exercício do cargo, regulando o início, a interrupção e o reinício do exercício.

Essa norma em comentário tem, pois, única aplicação ao caso em que o funcionário fica privado do exercício do cargo em razão de ter sido preso.

De qualquer sorte este mandamento tem de ser interpretado em harmonia com outras disposições do mesmo Estatuto, dentre as quais de citar, especialmente, os artigos 260, 261 e 262.

É que, dentre as faltas funcionais capituladas na lei e capazes de, uma vez apuradas, dar margem à demissão do funcionário, apenas algumas sujeitam o acusado à prisão preventiva, constituindo-se muitas delas em faltas sem repercussão na órbita penal.

Ademais, considerado que, como já acima aludido, a própria absolvição criminal nem sempre repercute na esfera administrativa, nada obsta a que o processo administrativo tenha curso na pendência da ação criminal o que, de resto, a própria lei consagra, na letra do artigo 261 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Diante disso, é simplesmente evidente que o artigo 41 questionado só pode ser interpretado em termos de que o seu mandamento se aplica ao caso único de que tenha ocorrido a prisão do funcionário, sem instauração do processo administrativo correspondente — o que pode se verificar quando o crime que se está apurando não se constitui em falta disciplinar ou quando essa falta não acarrete a pena de demissão, caso em que o processo administrativo não é obrigatório.

Finalmente, estando demonstrado que ao recorrente não falta capacidade civil, é contra ele invocável a prescrição quinquenal, já consumada.

POR TODOS ESTES MOTIVOS, sou de entender deva ser desprovido o apelo, mantido, assim, o ato punitivo contra o qual se rebela o interessado.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 16 de março de 1981.

APOSENTADORIA ANTECIPADA DOS PROFESSORES

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

PARECER N° 4.864

EMENDA CONSTITUCIONAL N° 18/81.
PROFESSOR.

APOSENTADORIA.

Inteligência da Emenda Constitucional n° 18/81.

Conceito constitucional de professor.

O efetivo exercício compreende tempo trabalhado e tempo ficto.

As funções do magistério estão definidas no inciso V do art. 2° da Lei n° 6.672, de 22 de abril de 1974. É computável para efeito da aposentadoria antecipada o tempo dobrado, decorrente da conversão da licença-prêmio não gozada.

Em diversos processos encaminhados pelo Senhor Chefe da Casa Civil, a Procuradoria-Geral do Estado é instada a proceder ao reexame do Parecer n° 4.802, prolatado na Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal, pela Procuradora do Estado ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS, e que teve por objetivo traçar diretrizes para o cumprimento da Emenda Constitucional n° 18, de 30 de junho de 1981, definidora de uma aposentadoria antecipada para os professores.

2. O parecer sob reexame atendeu a requerimento do Senhor Secretário da Administração nos autos do Processo n° 1.778/81, desta Casa, e nele se procedeu a minuciosa exegese da norma trazida com a emenda Constitucional n° 18/81, procurando supedâneo na melhor doutrina para as conclusões apresentadas. A primeira delas é a de que a aposentadoria antecipada diz respeito tanto aos professores que sejam funcionários públicos, como àqueles que apresentam a qualidade de empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. A segunda conclusão é a de que se trata de norma de observância obrigatória para Estados-membros e Municípios. Outra é a de que se cuida de preceito auto-aplicável. Ao proceder a determinação dos destinatários do novo direito, o parecer preferiu expressamente optar por uma interpretação estrita, considerando **professor** apenas aquele servidor que **provê o cargo de professor** ou é contratado para funções de professor; considerando **em funções de magistério** apenas **aquele professor que ensina**, que **ministra aulas**; considerando efetivo apenas o exercício correspondente a serviço realmente prestado.

3. Analisando a Emenda à luz da legislação estadual, encontrou no Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público Estadual (Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974) o significado preciso do termo professor, para os efeitos da Emenda Constitucional nº 18/81, como sendo **"o membro do magistério que exerce atividade docente, oportunizando a educação do aluno"** (art. 2º, item III). Sustenta que, para a Emenda, professor não é todo e qualquer membro do magistério, mas somente aquele funcionário público provido em cargo de professor ou contratado para a função de professor, que exerce, efetivamente a atividade docente. Daí que o professor, que por transferência venha a ser provido em cargo de especialista de educação, embora continue a integrar o pessoal do magistério público estadual, e mesmo que exerça a docência, não é destinatário da aposentadoria antecipada, por não estar provido em cargo de professor. Igualmente — sustenta ainda o Parecer 4.802, — se o funcionário provido em cargo de professor estiver desempenhando atividades próprias do cargo de especialista de educação, não fará jus à aposentadoria antecipada, por não satisfazer a exigência do **"efetivo exercício em funções de magistério"**.

4. Entende ainda o Parecer 4.802, que a licença-prêmio, quando convertida em tempo dobrado de serviço, não pode ser computada para os efeitos da Emenda nº 18/81, porque não corresponde a período de efetivo exercício em funções de magistério, e de vez que só há efetivo exercício quando o serviço é realmente prestado.

5. A admitir-se que beneficiários da norma constitucional são apenas os detentores do cargo público de professor, e os contratados para funções de professor, em exercício dentro da sala de aula, dela ficaria excluída ponderável parcela de educadores, diretamente engajados nas atividades do ensino. Ainda: se a referência à sala de aula está formulada em termos de oposição às tarefas burocráticas desenvolvidas na escola, valeu-se de critério de distinção equívoco, pois esqueceu que a moderna unidade de ensino dos tempos de hoje não é integrada apenas por esses dois setores.

6. Um corte na estrutura de uma unidade escolar demonstra que ela se compõe de um núcleo administrativo e de um núcleo pedagógico.

7. O núcleo administrativo se compõe da Direção e do Apoio Administrativo. Integram a Direção o Diretor, o Vice-Diretor e o Conselho Administrativo-Pedagógico, e este último Conselho, o Diretor, o Vice-Diretor, o Coordenador do Serviço de Orientação Educacional e mais dois representantes do corpo docente. O apoio administrativo se compõe do serviço de secretaria, do serviço de pessoal, do serviço de material e dos serviços gerais, compreendendo mecanografia, conservação e limpeza e portaria e vigilância.

8. O núcleo pedagógico compreende o serviço de orientação educacional, o serviço de supervisão escolar, o corpo docente e o corpo discente. O serviço de orientação educacional se compõe do orientador educacional e dos conselheiros de

turma. O serviço de supervisão escolar é integrado pelo supervisor escolar e pelo coordenador de currículo. O corpo docente é integrado por professores e especialistas.

9. Se o organograma de uma escola permite identificar claramente o serviço burocrático no setor de apoio administrativo, também evidencia a complexidade da atividade propriamente dita de ensino, que já não mais se restringe ao professor que está na sala de aula, nem apenas à atividade exercida na escola.

10. Refletindo a preocupação de toda a classe do magistério, com o entendimento conferido à Emenda Constitucional nº 18/81, nesta Casa, o Senhor Secretário da Educação solicitou ao Senhor Governador do Estado a revisão do Parecer nº 4.802, assinalando que o direito positivo consagra as variadas funções que o professor é obrigado a desempenhar no cumprimento da tarefa educativa, e que a atividade docente é mais ampla, dinâmica e complexa que o contato puro e simples com o aluno, pois este encontro só se efetiva com real produtividade se o professor contar com o apoio técnico e pedagógico de outros professores, com quem se reveza em trabalhos. Sustenta que a atividade docente é a soma de ações, atribuições, encargos e serviços de toda e qualquer ordem que oportunizam a educação do aluno, exigindo uma estrutura de apoio que atua fora da sala de aula, mas que, pela natureza do trabalho e pelo conhecimento específico exigido, só pode ser executada por professores (Processo PGE nº 2.755). Antes, também em ofício dirigido ao Senhor Governador do Estado, o Senhor Secretário da Educação concentrara suas dúvidas a respeito da interpretação da Emenda Constitucional nº 18/81 em saber se se incluíam entre seus destinatários os especialistas de educação e os professores cedidos para entidades ou órgãos que exercem atividades no campo educacional. No Parecer nº 4.814, da Unidade de Assuntos de Pessoal, a primeira pergunta recebeu resposta negativa, e a segunda resposta positiva, condicionada ao exercício de funções de magistério no período de cedência (Processo PGE nº 2.255). Os outros dois expedientes em exame concernem a memoriais apresentados pela Associação dos Orientadores Educacionais do Rio Grande do Sul, Associação dos Administradores de Educação do Estado do Rio Grande do Sul, Associação dos Inspectores de Ensino do Rio Grande do Sul e Associação dos Supervisores de Educação do Estado do Rio Grande do Sul, advogando uma interpretação menos rígida da Emenda Constitucional nº 18/81, que não afaste dos benefícios constitucionais os especialistas de educação, congregados nas Associações requerentes (Processos PGE nos. 2.542 e 2.884).

É o relatório.

11. Estudo primoroso, o parecer em reexame aprecia metodicamente as questões jurídicas suscitadas, procurando sua solução desde um enfoque lógico e teleológico, na ótica do direito positivo estadual. Acompanhando o parecer em suas colocações iniciais e em suas primeiras conclusões, dele divirjo em relação às duas últimas, por entender que uma menos estrita exegese da norma constitucional sob in-

interpretação melhor se afeiçoa ao nosso direito, inclusive ao sistema do nosso direito constitucional positivo e à tradição de nosso direito constitucional. Por igual, deduzido que seja do próprio texto constitucional o real sentido das expressões que emprega, ele vai encontrar paradigma perfeito em toda a vigente legislação nacional disciplinadora do ensino. Por último, vale assinalar que recentíssimo parecer emitido na órbita federal pelo Departamento Administrativo do Serviço Público veio abonar uma interpretação menos rígida da Emenda nº 18/81.

12. A enunciada divergência relativamente às duas últimas conclusões do parecer radica numa diferente concepção de exegese constitucional, pois aqui se sustenta que a Constituição deve ser interpretada com um critério amplo, liberal e prático, e nunca estreito, limitado e técnico, de forma a que, na aplicação de suas disposições, se cumpram cabalmente os fins que a informam (JORGE TAPIA VALDES. **Hermenêutica Constitucional**. Santiago do Chile. Editorial Jurídica do Chile, 1973, p. 35). Como instrumento político que é, a Constituição deve ser interpretada liberalmente, de maneira a favorecer a atuação dos seus princípios, e facilitar os fins que teve em vista atingir com o seu estabelecimento (FRANCISCO CAMPOS. **Direito Constitucional**. Rio. Forense, 1942, pág. 32).

13. Preliminarmente, vale relacionar algumas indicações, do texto ou do contexto da Emenda, que sugerem uma interpretação mais aberta.

14. A primeira circunstância relevante sem dúvida radica na categoria constitucional da norma em foco, quando se sabe que as exceções às regras constitucionais sobre aposentadoria no serviço público, devem ser estabelecidas por lei complementar (Constituição Federal, artigo 103). Ter-se-á pretendido considerá-la regra geral e não exceção?

15. O parecer sob reexame dá como destinatário apenas o detentor de **cargo** ou emprego. O texto constitucional não faz esta restrição, mas, pelo contrário, ofereceu sinais evidentes que tornam pacífico o entendimento segundo o qual a norma atinge indistintamente tanto o titular de cargo, função ou emprego público, como o empregado privado e até mesmo o profissional liberal.

16. O parecer sob reexame dá como destinatário apenas o detentor do cargo de **professor**. O texto constitucional faz efetivamente referência expressa ao professor, mas identificar como destinatário da norma apenas os titulares do cargo ou emprego de professor parece uma concessão excessiva a uma interpretação de cunho nominalista. Na verdade, a denominação dos cargos titulados pelos agentes públicos é sabidamente matéria fluida e instável, sujeita a variações e até a caprichos e interesses, aos quais não se pode sujeitar um mandamento constitucional. O direito positivo oferece exemplos reveladores do pouco valor que se há de dar à simples denominação do cargo. No Rio Grande do Sul, a Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, que reorganizou o Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado e estabeleceu novo Plano de Pagamentos, determinou a reaglutinação de cargos, reen-

quadrando, por exemplo, o dietista como nutricionista, o guarda sanitário como auxiliar de saneamento, o cartógrafo como geógrafo, o observador meteorológico como auxiliar de serviços rurais, o musicólogo como técnico em assuntos culturais, o taxidermista como assistente de atividades culturais, o bilheteiro de teatro e o prefeito de menores como monitores de escola, o discotecário como agente administrativo auxiliar, o encarregado de jardinagem como agente de portaria, o mordomo e o sapateiro como agentes de serviços complementares, o contínuo e o padioleiro como auxiliares de serviços complementares. Na esfera federal, o Decreto-Lei nº 465, de 11 de fevereiro de 1969, enquadrou os ocupantes do cargo de pesquisador-chefe como professores titulares, de pesquisador associado como professores adjuntos e os de pesquisador auxiliar como professores assistentes. De resto, nem seria preciso ir tão longe na busca de exemplos, pois nesta Casa cargos de Advogado de ofício foram transformados em cargos de Consultor Jurídico, e os cargos de Consultor Jurídico em cargos de Procurador do Estado. Tais exemplos devem prevenir contra toda e qualquer tentação de amor fetichista pelo nome do cargo público.

17. Na verdade, o desprezo pela simples denominação do cargo público transparece do texto do artigo 98 da Constituição Federal, quando estabelece a regra da paridade dos vencimentos dos funcionários dos Três Poderes da República, e determina que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos **de atribuições iguais ou assemelhadas**.

18. Os exemplos colhidos na lei e a lição da Constituição estão a demonstrar que a denominação do cargo público, matéria de lei local, não pode ser tomada como parâmetro para interpretação do texto constitucional, inclusive sob pena de se abrirem as portas para a mais desabusada fraude à Lei Maior, com a manipulação de textos legais, seja para ampliar, seja para reduzir benesses constitucionais, o que não é de se admitir.

19. O parecer sob reexame dá como destinatário da norma constitucional apenas o professor que exerça sua **atividade docente na sala de aula**. Trata-se de restrição que o texto não faz expressa nem implicitamente, e gravemente violadora do princípio constitucional da isonomia. O texto refere-se ao exercício de **funções de magistério**, expressão reconhecidamente mais ampla e abrangente que a atividade do professor na sala de aula. O parecer sob reexame sustenta que entendimento diverso levaria ao absurdo de se considerar como inútil ou supérflua a expressão constitucional "**exercício em funções de magistério**". Adiante veremos como é possível entendimento diverso sem que se torne supérflua a expressão referida.

20. O parecer sob reexame considera de efetivo exercício apenas o tempo realmente trabalhado, muito embora seja da tradição de nosso direito administrativo reputar tal assim o serviço realmente prestado como o legalmente considerado. Ademais, levada às últimas conseqüências, implicaria na eliminação de outras hipóteses de exercício ficto, como as férias anuais, o que é absurdo.

21. Evidenciando a posição superior dos conceitos constitucionais, imutáveis pela legislação ordinária, e insuscetíveis de interpretação à luz da lei local, pontificou PONTES DE MIRANDA:

"Na definição de magistério, que é conceito inserto na Constituição em vários de seus preceitos, e pois não dilatável nem restringível pela legislação ordinária, nenhuma dificuldade há". (PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1970, t. 3, pág. 495).

22. Como não encontrou dificuldade na apuração do conceito de magistério, o inesquecível Mestre também não se preocupou em esclarecê-lo. Incumbe-nos, portanto, tal tarefa, porque como disse o Juiz HOLMES, **"uma palavra não é um cristal, transparente e imutável; é a epiderme de um pensamento vivo e pode mudar muito de cor e de conteúdo, segundo as circunstâncias a o momento em que é utilizado"** (Juiz HOLMES, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Towne V. Eisner*, 1917, 245 V.S. 425).

23. Estamos diante de um enigma, em que as palavras-chaves são professor e magistério. Acolhendo as palavras do sábio PONTES DE MIRANDA, cumpre decifrá-lo procedendo a esforço exegético, no sentido de buscar deduzir do próprio texto constitucional o sentido dessas palavras, apurando, sobretudo, se no vocabulário constitucional, a palavra professor tem sentido estrito ou amplo, e se nas referências existentes no texto constitucional há algum elemento nuclear sempre presente. Essa tarefa será mais completa se compreender não apenas o exame sistemático do texto constitucional vigente, mas a revelação da tradição constitucional brasileira.

24. Além da referência contida no inciso XX do artigo 165, mandado acrescentar à Constituição Federal pela Emenda que se quer interpretar, o texto constitucional reproduz essas palavras em nada menos do que seis diferentes artigos: no § 9º do artigo 93; nos incisos I, II e III do artigo 99; no § 3º do artigo 99; no inciso I do artigo 114; no caput e no § 3º do artigo 176, e no artigo 194. E de todos estes dispositivos, apenas nos três incisos do artigo 99 e no artigo 194 o vigente texto constitucional se refere a **professor**:

"Art. 99 — É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

- I — a de juiz com um cargo de professor,**
- II — a de dois cargos de professor,**
- III — a de um cargo de professor com outro técnico ou científico".**

"Art. 194 — Fica assegurada a vitaliciedade aos professores catedráticos (...) nomeados até 15 de março de 1967 (...)".

25. Em todas as demais hipóteses, salvo as acima mencionadas, o texto constitucional faz referência a função de magistério, atividade de magistério, cargo de magistério, carreira de magistério.

26. Assim:

"Art. 93 — (...)

§ 9º — A proibição de acumular provantos da inatividade não se aplicará aos militares da reserva e aos reformados, quanto ao exercício (...) de função de magistério (...)".

"Art. 99 — (...)

§ 3º — Lei complementar (...) poderá estabelecer (...) outras exceções à proibição de acumular, restritas a atividades de natureza técnica ou científica ou de magistério (...)".

"Art. 115 — É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

I — exercer (...) qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular (...)".

"Art. 176 — (...)

§ 3º — (...)

VI — o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior (...);

VII — a liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério".

27. Basicamente, a referência a professor e a magistério é feita a propósito da abertura de exceções à regra que veda a acumulação remunerada no serviço público. Disciplinando até um mesmo aspecto dessa realidade, a Constituição emprega indiferentemente as expressões **cargo de professor** e **cargo de magistério**. Por exemplo, no que tange à possibilidade de acumulação do cargo de juiz com o de professor, a Constituição visualiza a matéria inicialmente do ponto de vista do funcionário público, e no inciso I do artigo 99 permite a acumulação remunerada do juiz com um **cargo de professor**. Depois, contempla a mesma realidade no capítulo do

Poder Judiciário, e no inciso I do artigo 114 da Constituição Federal permite ao juiz exerça já agora um **cargo de magistério**. Para a Constituição, então, as duas expressões são necessariamente equivalentes. Ocorre o mesmo em relação ao artigo 99 da Constituição, em cujos diferentes incisos se prevê algumas exceções à regra que proíbe a acumulação remunerada, em benefício dos detentores de **cargos de professor**, enquanto o parágrafo 3º do mesmo artigo permite que a lei complementar amplie tais exceções, mas sempre restritas às atividades de **magistério**.

28. Nas demais hipóteses de referências do texto constitucional, o termo empregado é sempre magistério, e sempre com o mesmo sentido, como aliás deixam certo os comentadores da Constituição. Do emprego indiscriminado das expressões cargo de professor e cargo de magistério resulta necessariamente a conclusão de que o texto constitucional identifica o professor como o integrante do magistério, noção sem dúvida mais ampla.

29. Em verdade, a assimilação da figura do professor à noção mais ampla do membro do magistério não é nova. Já pertence à tradição de nosso direito constitucional.

30. Com efeito, ela aparece claramente já em 1934. Nesse diploma constitucional, por exemplo, exigia-se concurso de provas e títulos para o provimento dos cargos do **magistério** oficial, mas excepcionalmente se admitia a contratação, por prazo certo, de **professores** de nomeada, nacionais ou estrangeiros (artigo 158 e § 1º). O emprego indiscriminado das palavras professor e magistério ainda se revela na definição das hipóteses de acumulação remunerada permitida, pois a mesma regra que enseja atualmente a acumulação de um cargo de **professor** com outro técnico ou científico (artigo 99, III), permitia então a acumulação de cargos do **magistério** com cargos técnicos-científicos (Constituição de 1934, artigo 172, § 1º).

31. No regime da Constituição Federal de 1946, ao tempo em que no artigo 185 se permitia a acumulação remunerada de dois cargos de **magistério** ou a de um cargo de **magistério** com outro técnico-científico (hoje se permite a acumulação remunerada de dois cargos de **professor**, etc.), abria-se ainda, no parágrafo único, exceção amplíssima à regra que proíbe as acumulações em relação aos **professores** da antiga Fundação Educacional do Distrito Federal.

32. Finalmente, a Constituição Federal de 1967 manteve-se na mesma linha, como se vê do cotejo entre o inciso I do artigo 97 e o inciso I do artigo 109.

33. Assim como o vocabulário constitucional de ontem e de hoje permite assimilar a noção de professor a de membro do magistério, também deixa transparecer elementos suficientes para que se enuncie um seu conceito. Das referências ao professor, realizadas quer na secção concernente aos funcionários públicos, mas abrangendo cargos, funções e empregos; quer no título dedicado à família, educação e cultura; quer no título correspondente à ordem econômica e social, quer alber-

ga a regra trazida com a emenda nº 18/81, de amplitude tão grande que abarca inclusive o emprego privado e a profissão liberal, verifica-se que o elemento comum, presente em todas as referências constitucionais ao professor e ao membro do magistério, é exatamente o seu tratamento como profissional, o professor enquanto exercente de uma profissão, legalmente regulamentada, cujo exercício depende de habilitação específica e de registro em órgão público, e que também é devidamente submetido à fiscalização da autoridade pública. Esta a noção que, parece, se pode razoavelmente deduzir do texto constitucional.

34. Então, para a Constituição o professor não será nem apenas o detentor de cargo ou emprego denominado de professor, nem apenas o regente de classe; será aquele que exerce cargo ou emprego dentro de cujas atribuições está o exercício de atividades privativas de professor. Se vamos denominar amanhã de especialista de educação o cargo hoje exercido pelo professor que, mercê de estudos especializados, reúne as qualificações necessárias para desempenhar atividades de administração escolar, planejamento educacional, orientação educacional, e supervisão escolar, nem por isso se pode excluí-lo de sua condição básica de professor; o especialista é um **professor especializado em educação**, que titula cargo para cujo provimento é necessário mesmo o exercício da docência pelo tempo mínimo de três anos.

35. Esclarecido quem é o professor destinatário da norma constitucional, vale esclarecer que somente pode ser computado para fins da aposentadoria o tempo de efetivo exercício em funções de magistério.

36. Ao adjetivo "**efetivo**", que qualifica o tempo de exercício em funções de magistério que dá ao professor o direito à aposentadoria antecipada, se há de conferir o entendimento tradicional do nosso direito administrativo, que reputa efetivo tanto o tempo de serviço realmente prestado quanto o legalmente assim considerado.

37. Foi este também o entendimento do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em recente parecer do seu Coordenador de Legislação de Pessoal, onde se lê:

"O legislador constituinte, na expressão "efetivo exercício em funções de magistério", quis referir-se ao sentido consagrado na legislação ordinária. É considerado de "efetivo exercício em funções de magistério" o tempo de serviço realmente prestado ou legalmente tido como efetivo, por ficção jurídica".

38. Dúvida não pode haver, outrossim, no que concerne ao sentido da expressão "**funções de magistério**", já que sempre recebeu pródigo tratamento no direito positivo.

39. Na órbita federal, ao instituir o Estatuto do Magistério Superior, a Lei nº 4.881-A, de 6 de dezembro de 1965, definia como atividades de magistério superior aquelas que, pertinentes ao **sistema indissociável do ensino e pesquisa**, se exerçam nas Universidades e estabelecimentos isolados em nível superior, para fins de **transmissão e ampliação do saber, bem como as inerentes à administração escolar** e universitária, **privativas de docentes de nível superior** (artigo 2º e parágrafo único). O **corpo docente** de cada unidade de ensino superior será constituído pelo **pessoal que nele exerça atividades de magistério** daquele grau, **distribuído em subunidades didáticas ou de pesquisa**, constituídas de cadeiras ou laboratórios de atividades afins, os quais passarão a caracterizar os respectivos cargos (artigo 3º e parágrafo único).

40. A mesma sistemática transparece na Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968, que altera a anterior, e que depois de classificar o **pessoal docente** de nível superior nas categorias de integrantes das classes do magistério superior, de professores contratados e de auxiliares de ensino, e a categoria de magistério superior nas classes de professor titular, professor adjunto e professor assistente, incumbe ao departamento a tarefa de distribuição do **pessoal docente** pelas atividades de **ensino e pesquisa** (Artigos 2º, 3º e 4º, parágrafo único). Essa integração da carreira do magistério é assinalada mais ainda a seguir, quando se prevê que haverá apenas uma carreira docente, obedecendo ao princípio de **integração entre ensino e pesquisa**.

41. Esta característica igualmente está presente na definição das finalidades do ensino superior enunciadas pela Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, ao determinar que o **ensino superior** tem por objetivo a **pesquisa, o desenvolvimento das ciências, letras e artes e a formação de profissionais** de nível universitário (artigo 1º); ao reconhecer que o **ensino superior é indissociável da pesquisa** (artigo 2º) e ao prever como característica da organização universitária a **unidade da funções de ensino e pesquisa** (artigo 11, letra c). A mesma lei, dispondo sobre o corpo docente reputa **atividades de magistério superior** as que, pertinentes ao **sistema indissociável de ensino e pesquisa**, se exerçam nas universidades e nos estabelecimentos isolados, em nível de graduação, ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber, **bem como as inerentes à administração escolar e universitária exercida por professores** (artigo 32). A seguir, determina às universidades estendam a seus docentes progressivamente o regime de dedicação exclusiva às atividades de **ensino e pesquisa** (artigo 34).

42. Na esteira das disposições federais, a Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, que dispõe sobre o Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul, definiu no inciso V do artigo 2º como atividade de magistério a dos professores, a dos especialistas de educação e a diretamente ligada, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do sistema estadual de ensino e ao aperfeiçoamento da educação. Esta, como outras normas do Estatuto e Plano de Carreira do Magistério, guarda íntima vinculação à Constituição Federal, enquanto condiciona o recebi-

mento pelo Estado das subvenções federais ao ensino, como previsto no § 5º do artigo 15 e no § 1º do artigo 25 da Constituição Federal, e disciplinada no artigo 54 da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, e Decreto nº 71.244, de 11 de outubro de 1972.

43. Dentro dessa linha de raciocínio, não é difícil perceber o objetivo da expressão constitucional "**Exercício em funções de magistério**". Está aí claramente posta uma condição que qualifica objetivamente a aposentadoria antecipada do magistério, em oposição à aposentadoria antecipada dos magistrados. Enquanto o magistrado faz jus à sua aposentadoria antecipada porque é magistrado, não se perquirindo se o tempo constitucionalmente prefixado para o implemento da aposentadoria corresponde a exercício na função judicante, para a aposentadoria do professor se faz necessário que o tempo de serviço constitucionalmente fixado para o implemento da aposentadoria corresponda a exercício em funções de magistério. Em outras palavras, a Constituição concede a aposentadoria antecipada do magistrado mesmo ao detentor de outro cargo público que, forrado de anos, ingresse na magistratura, mas não concede a 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.

44. Não foi outra a manifestação do Deputado ADHEMAR SANTILLO, por ocasião da discussão da matéria no Plenário do Congresso Nacional:

"Não me parece ser preciso colocar na Lei a expressão "efetivo exercício das funções do magistério". Isto porque o professor tem exercido o seu trabalho ao longo desse tempo quer em classe, ou em Secretaria — pouco importa se sua tarefa é a mesma, considerando-se que há sempre um rodízio neste sentido. Este assertiva na lei visaria evitar uma tomada de posição tendente a ludibriar o que estabelece e lei, ou seja, um cidadão trabalha 20 anos numa outra profissão pare, nos últimos cinco anos exercer o magistério com o objetivo de conseguir sua aposentadoria. Parece que é própria Emenda do Deputado ALVARO DIAS já proíbe este artifício (...)" (BRASIL. DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 24 de junho de 1981, pág. 1.308).

45. Assim interpretado o texto constitucional, não há por que deixar de incluir, no cômputo do tempo de serviço, que dá origem à aposentadoria antecipada, o tempo resultante da conversão em dobro da licença-prêmio não gozada. Pois dentre as hipóteses indubitavelmente consideradas como de efetivo exercício para o funcionário, por ficção legal, está tanto o afastamento do funcionário público que goza

a licença-prêmio (Lei 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, artigo 167, inciso II), quanto à contagem em dobro para efeitos de aposentadoria do tempo de licença-prêmio não gozada (mesma Lei, artigo n° 165). Não cabe argumentar em contrário com o fato de não estar arrolada esta última hipótese no artigo 167, do Estatuto; pois ali ela nunca poderia estar porquanto esse dispositivo mais não faz do que considerar de efetivo exercício determinadas hipóteses de **afastamento** do funcionário do seu serviço, e na contagem em dobro da licença-prêmio não há afastamento do serviço, mas mera criação de tempo fictício por obra da lei.

46. Resta concluir, na esteira de quanto foi dito, no que toca à aplicação da Emenda n° 18/81 ao magistério público do Rio Grande do Sul, que destinatário da norma é o professor, assim entendido o detentor de cargo, emprego ou função, cujo conteúdo ocupacional corresponda ao da profissão de professor, e 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.

É o que me parece.

PORTO ALEGRE, 17 de dezembro de 1981.

DIREITO ADQUIRIDO À GRATIFICAÇÃO ADICIONAL

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da UFRGS e de Teoria Geral do Direito na UNISINOS

PARECER N° 4843

DIREITO ADQUIRIDO À GRATIFICAÇÃO ADICIONAL. CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO. PROCURADOR DO ESTADO.

O direito às gratificações adicionais de 15% e 25%, aos 15 e 25 anos de efetivo serviço público, respectivamente, bem como o direito à conversão de licença-prêmio não gozada em tempo dobrado de serviço, ao completar-se o decênio ininterrupto de exercício de funções estaduais, adquirem-se pelo mero decurso do tempo, por não lhes haver marcado a lei prazo para o exercício.

O direito às gratificações adicionais de 15% e 25% deve ser reconhecido aos que antes completaram os requisitos legais de tempo de efetivo serviço público para a sua aquisição, mesmo quando só requerido na vigência de lei nova extintiva dessa vantagem, tal como a Lei Estadual n° 7.344, de 31 de dezembro de 1979 (artigo 8°), em relação aos Procuradores do Estado, inclusive quanto ao pedido de conversão de licença-prêmio não gozada em tempo dobrado de serviço, ou averbação de tempo de serviço público estranho ao Estado.

1. Por requerimento dirigido ao Senhor Procurador-Geral do Estado, protocolado sob n° 1546/80-PGE, em 04 de agosto de 1980, o Procurador do Estado JOANA LOURDES PAGNON, matrícula n° 1039.7060, Classe D, lotada e em exercício na Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar, solicitou a concessão da gratificação adicional de 25%, com base no artigo 110 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, por haver completado 25 (vinte e cinco) anos de efetivo serviço público, em 19 de dezembro de 1979. Para a perfeição do tempo assim alegado, valeu-se a requerente da contagem em dobro de 5 (cinco) meses de licença-prêmio não gozadas, a teor do artigo 165 do mesmo diploma estatutário antes referido, cuja conversão foi requerida e concedida no processo sob n° 1409/80-PGE, em data de 17 de julho de 1980 (Boletim n° 11/80-PGE, publicado no Diário Oficial do Estado, edição do dia 25 de julho de 1980). Tanto essa conversão, quanto o tempo de serviço efetivo, estão devidamente comprovados através de certidões e grades anexas ao requerimento.

2. No Núcleo de Pessoal desta Casa, por sua Dirigente, foi lançada no processo, em 08 de agosto de 1980, a seguinte informação:

“Informe que a requerente conta até 18 de dezembro de 1979 com 9.125 dias de serviço público Estadual, incluídos 5 masas de licença-prêmio contada em dobro, conforme ato anexo. Informe, outrossim, que a partir de 1º de março de 1980, extinguiu-se para os Procuradores do Estado o direito a ditas gratificações se a elas não faziam jus pela implementação do tempo necessário. (Lei nº 7.344/79)”.

3. Em face disso, foram os autos distribuídos a este Conselho Superior; para exame e parecer, quando então lhe foi anexado o requerimento do Procurador do Estado JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, matrícula nº 11061014, Classe D, protocolado sob nº 1723/80-PGE, em 21 de agosto de 1980, por versar matéria idêntica de concessão de gratificação adicional, apenas que de 15%. De fato, esse segundo interessado completou 15 (quinze) anos de serviço antes de 1º de março de 1980, data já referida como da vigência da Lei nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, tanto graças à conversão em tempo de serviço dobrado de um período semestral de licença-prêmio, referente ao decênio de 1967 a 1977 (Boletim nº 09/80-PGE, publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 25 de junho de 1980), quanto à averbação do tempo de serviço militar, à razão de 695 dias, tudo devidamente comprovado.

É o relatório.

4. A Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, ao entrar em vigor em 1º de março de 1980, efetivamente extinguiu para todos os Procuradores do Estado, os quais não houvessem completado até aquela data os 15 (quinze) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo serviço público, o direito às gratificações adicionais de 15% e 25%, a que se refere o artigo 110 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado. Tanto decorre do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, por não mais poderem ser essas gratificações deferidas aos magistrados, por força de vedação constante da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, artigo 145). De fato, reza o citado dispositivo da Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979.

“Art. 8º — Os servidores de que trata esta Lei não perceberão vantagens, que não sejam igualmente asseguradas à Magistratura”.

5. A questão, que aqui se coloca, é a de saber se a implementação dos requisitos necessários à obtenção do direito às gratificações adicionais em epígrafe inclui necessariamente a manifestação do interessado, mediante requerimento, até o dia 28 de fevereiro de 1980, antes portanto da vigência da Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979. Mais ainda, pergunta-se também, na hipótese em que o inte-

ressado se queira beneficiar da contagem em dobro do tempo de serviço correspondente à licença-prêmio não gozada, parcial ou totalmente, se essa conversão deverá também ser requerida antes de 1º de março de 1980.

6. Ora, não devem ser confundidos a aquisição de um direito e o seu uso ou exercício. É certo que a Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, ao extinguir as gratificações adicionais de 15% e 25% não marcou aos Procuradores do Estado, os quais já houvessem satisfeito os requisitos legais para a sua aquisição, nenhum prazo dentro do deveriam requerer esses direitos, sob pena de preclusão administrativa ou decadência dos mesmos. Nem de modo implícito se poderia entender que a data de 28 de fevereiro de 1980, dia imediatamente anterior à vigência da nova lei, marcasse prazo fatal para a aquisição dos direitos a se extinguirem, dentro do qual deveria o interessado proclamar o seu interesse pelo exercício dos mesmos. Por isso mesmo, não estebelecido nenhum outro termo para o exercício de direito, cujos requisitos de aquisição já hajam sido todos satisfeitos, poderá o mesmo ser requerido a todo tempo, enquanto não atingido pela prescrição, no caso a quinquenal. Afinal de contas, a mera circunstância de não haver o beneficiário usado de direito que seja seu, não retira desse a condição de direito adquirido.

7. O apoio jurisprudencial para a orientação aqui preconizada pode ser buscada no Egrégio Supremo Tribunal Federal, conduzido pelo voto seguro do eminente Ministro LUIZ GALLOTTI, relator, em matéria aparentada de direito adquirido à aposentadoria. A matéria é tanto mais análoga quanto se observa que a contagem de tempo de serviço, para efeito de aposentadoria e de gratificações adicionais, obedece às mesmas regras no direito estadual, inclusive quanto à conversão das licenças-prêmio em tempo dobrado. Trata-se do conhecido acórdão nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 72.509-PR, julgado em 14 de fevereiro de 1973, onde inclusive se cuidou de alterar o enunciado da Súmula 359, tudo decidido nos seguintes termos:

“Aposentadoria.

Direito adquirido.

Se, na vigência da lei anterior, o funcionário preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não o faz perder o seu direito, que já havia adquirido.

Embargos recebidos.

Alteração da Súmula 359, para se suprimirem as palavras “inclusiva a apresentação do requerimento, quando e inatividade for voluntária”. (RTJ 64/408).

8. Antes mesmo que se firmasse essa orientação no Egrégio Supremo Tribunal Federal, já havia esta Casa adotado o mesmo entendimento, no Parecer nº 342-GAJ, de 14 de março de 1968 (Diário Oficial do Estado, edição do dia 11 de maio de 1968), com apoio em manifestação do eminente Professor RUY CIRNE LIMA e da própria Consultoria-Geral da República, por seu titular, Doutor ADROALDO MESQUITA DA COSTA, no Parecer nº 218-68, de 15 de dezembro de 1967 (Diário Oficial da União, edição do dia 17 de janeiro de 1968). Conclui, então, inclusive por não haver a exigência expressa de requerimento por parte do interessado, que **"os servidores beneficiados pela disposição do parágrafo 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, para se aposentarem nos termos da legislação vigente a 24 de janeiro de 1967, não estão obrigados a requerer a concessão da mesma aposentadoria até o dia 15 de março de 1968, data em que cessa a dualidade de disciplinas legais sobre essa matéria"**, inaplicável à espécie a Súmula 359 da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Embora não haja aqui, na espécie ora em exame, sobrevida de legislação revogada, mas sim sucessividade de regimes jurídicos, por superveniência de nova regulação, a analogia de matérias é evidente.

9. De outra parte, o fato de somente se haver requerido também já na vigência da Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, a conversão de licença-prêmio em tempo de serviço dobrado não prejudica a solução aqui apontada. Embora essa conversão fosse imprescindível, no caso em tela, para que sejam alcançados os 15 (quinze) e os 25 (vinte e cinco) anos de efetivo serviço público exigidos pelo dispositivo estatutário, e pudesse assim ser apontada como um dos requisitos que necessariamente houvessem de ser aperfeiçoados antes da extinção do direito à gratificação adicional, na forma exposta, quer parecer que também o direito a essa contagem em dobro do tempo de licença-prêmio não gozada já havia sido adquirido pelos interessados, embora sem o seu exercício, mediante requerimento. Efetivamente, pelo simples decurso do decênio de serviço público, a teor dos artigos 162 a 165 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, adquire o funcionário um direito de conteúdo indeterminado, à maneira das obrigações alternativas: ou a licença-prêmio de no mínimo 6 (seis) meses, com todas as vantagens do cargo, como se nele estivesse em exercício, ou a contagem de tempo de serviço ficto igual ao dobro do período pelo qual deixar de gozar a vantagem, para efeito de aposentadoria ou gratificações adicionais. O simples decurso de 10 (dez) anos ininterruptos de serviço público efetivo, sem afastamento do exercício de suas funções estaduais, basta para a aquisição do direito à licença-prêmio, que pode ser usada como gozo ou conversão, como diferentes pretensões possíveis e entre si excludentes, porque cumulativa ou simultaneamente inexequíveis quanto ao mesmo período de tempo da vantagem. Dessarte a opção pelo exercício de qualquer uma dessas diferentes hipóteses romperá a alternatividade aqui referida, fixando assim o conteúdo antes indeterminado de vantagem, ou pelo gozo da licença-prêmio, ou pela sua conversão em tempo dobrado de serviço público. **Mutatis mutandis** com atenção ao trato privativo do tema, bem aproveita a lição de PONTES DE MIRANDA:

"A ciência assentou que existe o direito formativo modificativo de escolher, o chamado direito de concentração, que se exerce mediante declaração de vontade ao outro figurante. Com o exercício do direito de escolha, determina-se (modifica-se) o conteúdo da obrigação, e tem-se a prestação escolhida como a única devida desde o começo". (PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1971, vol. XXII, § 2703, 1, pág. 128).

10. Tanto significa que também a conversão do período de licença-prêmio não gozada poderá ser requerida a todo tempo, para efeito de aposentadoria, e por igual para as gratificações adicionais, vale dizer, no presente caso, pelo prazo de prescrição quinquenal, por se tratar de direito já adquirido pelo servidor. É bem verdade que o artigo 165 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado expressamente sujeito a conversão em tela a requerimento, mas não lhe fixa nenhum prazo dentro do qual deva ser manifestado, quando o poderia ter feito, com natureza decadencial (RTJRGS 47/248). Aliás, o direito à licença-prêmio, concentrado como contagem em dobro do período não gozada da vantagem, é direito acessório (Nebenrecht) desses de aposentadoria e às gratificações adicionais, ao contrário de quando se exerce como gozo dessa licença. Vale dizer, enquanto direito acessório, **"(...) é direito que somente nasce se o direito principal nasceu, (...) se extingue ao extinguir-se o direito principal, (...) um só se exerce com o outro, ou o direito acessório só se exerce com o principal"**. (Ibid., § 2.683, 2, pág. 37). Dessarte seria um contrasenso que se reconhecesse a possibilidade do exercício do direito à gratificação adicional a todo tempo, ainda que na vigência da Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, enquanto não atingido pela prescrição quinquenal, e ao mesmo tempo se recusasse o mesmo reconhecimento quanto ao direito acessório à conversão de período de licença-prêmio não gozada em tempo de serviço público contado em dobro.

11. Assim sendo, em conclusão, a teor do artigo 110 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, o direito às gratificações adicionais de 15% e 25%, pelo mero decurso, respectivamente, dos 15 e 25 anos de efetivo serviço público, por não lhe haver marcado a lei qualquer prazo para o exercício, configura-se como direito adquirido. Dessarte o seu requerimento poderá ser feito a todo tempo, e mesmo na vigência de lei nova, que subtraia a base legal para a obtenção dessa vantagem, como, no caso, a Lei Estadual nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979 (artigo 8º), relativamente aos Procuradores do Estado. O mesmo vale para o direito à conversão sempre em referência de vantagem não aproveitada, ao completar-se o decênio ininterrupto de exercício de funções estaduais, onde também a lei não marcou qualquer prazo para a manifestação ou declaração de vontade do interessado. E, com muito mais razão, quanto à mera averbação de tempo de serviço militar, que afinal de contas é tempo de serviço efetivo, não ficto, e que na presente espécie sobrejamente se contém no limite fixado pelo § 2º do artigo 110 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, no que tange à pretensão do segundo interessado.

Motivos pelos quais devem ser deferidas aos aqui interessados, Procuradores do Estado JOANNA LOURDES PAGNON e JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, as gratificações adicionais, de 25% e 15%, respectivamente, na forma de seus petições.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de novembro de 1981.

EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 4865

Coordenador Judiciário. Exercício da Advocacia.

Impedimento.

O assistente judiciário, "**lato sensu**", no exercício de sua atividade funcional no Serviço de Assistência Judiciária, não está impedido de patrocinar causas contra o Estado.

Interpretação dos artigos 85, VI, e 92, da Lei n° 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Consulta o COORDENADOR DA UNIDADE DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA desta PROCURADORIA-GERAL, se Assistente Judiciário, em exercício naquela Unidade, está impedido de advogar contra o Estado, na defesa dos interesses de pessoa beneficiária da Justiça Gratuita. O expediente foi distribuído ao Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

É o relatório.

2. A indagação tem origem no disposto no artigo 85, inciso VI, da Lei n° 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que preceitua:

"Art. 85 — São impedidos de exercer e advocacia, mesmo em causa própria:

.....
VI — servidores públicos, inclusive do magistério, de autarquias e entidades paraestatais e empregados de sociedade de economia mista, contra pessoas de direito público em geral".

3. O Estatuto da Ordem dos Advogados, ao tratar da Assistência Judiciária, determina a obrigatoriedade de o advogado indicado pela Assistência Judiciária, pela Ordem ou pelo Juiz para patrocinar a causa do necessitado, sob pena de censura e multa, **salvo justo motivo** (artigo 92). O parágrafo único do artigo 92, por sua vez, enumera os motivos considerados justos para a recusa, tendo a seguinte redação:

“Parágrafo único — São justos motivos para a recusa do patrocínio:

a) ser advogado constituído pela parte contrária ou pessoa a ela ligada, ou ter com estas relações profissionais de interesse atual;

b) haver dado à parte contrária parecer verbal ou escrito sobre o objeto da demanda;

c) ter opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear, declarada por escrito;

d) ter da ausentar-se para atender a mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis”.

Entendo que a enumeração é taxativa, quanto aos motivos que o Estatuto da Ordem considera justos para a recusa do patrocínio da defesa do beneficiário da justiça gratuita, quando o advogado é indicado pela Assistência Judiciária, pela Ordem ou pelo Juiz. E entre eles não consta o impedimento para o exercício da advocacia. Daí a conclusão de que o impedimento previsto no artigo 85, VI, da Lei nº 4.215/63, não é motivo justo para o assistente judiciário negar-se a patrocinar a causa do necessitado.

4. Essa interpretação do dispositivo em exame transparece ser a mais correta, se posta em confronto com norma semelhante da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece regras para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, em atendimento a preceito constitucional.

A Lei nº 1.060, anterior ao Estatuto da Ordem, em seu artigo 14, também obriga ao advogado indicado pela Assistência Judiciária ou nomeado pelo Juiz, **salvo justo motivo**, a defender o necessitado, sob pena de multa. Por sua vez, o artigo 15 da mesma lei explicita os motivos para a recusa da indicação ou nomeação. É o seguinte o seu texto:

“Art. 15 — São motivos para a recusa do mandato pelo advogado designado ou nomeado:

1º) Ester impedido de exercer a advocacia (grifei).

2º) Ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual.

3º) Ter necessidade de se ausentar da sede do Juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender a interesses próprios inadiáveis.

4º) Já haver manifestado, por escrito, sua opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear.

5º) Haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a contenda”.

Verifica-se, portanto, que a Lei nº 1.060 considerava o impedimento para o exercício da advocacia como justo motivo para o advogado negar-se a defender o necessitado. Mas o Estatuto da Ordem não reproduziu essa excludente de obrigatoriedade prevista na Lei nº 1.060, o que implicou na revogação tácita da referida disposição. E essa exclusão fortalece o entendimento de que o Estatuto da Ordem não considera o impedimento para a advocacia justo motivo para recusar-se, o assistente judiciário, nas condições previstas no seu artigo 92, de prestar assistência judiciária ao necessitado.

5. À primeira vista, poder-se-ia vislumbrar incompatibilidade para a aplicação das disposições dos artigos 85, VI, e 92, da Lei nº 4.215, quando se tratar de servidor público (assistente judiciário) em exercício na Assistência Judiciária: o primeiro considera os servidores públicos impedidos de exercerem a advocacia contra pessoas de direito público em geral; o segundo, não admite como motivo justo para recusar a defesa estar o servidor público impedido. E a infração a qualquer uma das disposições sujeita o infrator às penalidades previstas na mencionada lei.

Mas, na realidade, não existe contradição. As duas normas podem ser harmonizadas, entendendo-se que o impedimento é afastado, quando se tratar de indicação pela Assistência Judiciária, pela Ordem ou pelo Juiz. O impedimento só ocorre quando o advogado atua no seu interesse particular, não no exercício de sua atribuição funcional.

6. Esse entendimento mais se reforça, se forem analisados outros impedimentos previstos no Estatuto.

Veja-se, por exemplo, o previsto no inciso IV, do artigo 85, da mesma Lei nº 4.215:

“IV — Membros do Ministério Público da União... contra pessoa de direito público em geral (...)”

Nunca foi dito, por ser absurdo, que os procuradores da República (membros do Ministério Público da União) não podem patrocinar causas da União contra os Estados e Municípios, com fundamento em impedimento previsto no artigo 85 da Lei nº 4.215; porque tal entendimento privaria a União de defesa, pois, constitucionalmente, compete privatamente aos Procuradores da República a representação em juízo da União, salvo em comarcas do interior, onde essa atribuição pode ser desempenhada pelo Ministério Público local.

O mesmo pode ser dito quanto ao impedimento do inciso V, do artigo 85, no que se refere à proibição de os Procuradores dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios advogarem contra pessoas jurídicas de direito público: evidentemente, o impedimento não persiste quando atuam na defesa do ente público a que estão ligados.

7. Ademais, se o assistente judiciário fosse considerado impedido de representar os interesses do carente, em razão do que dispõe o artigo 85, VI, do Estatuto da Ordem, não estaria sendo cumprido em toda a sua amplitude o preceito constitucional que garante assistência judiciária ao necessitado (CF, artigo 153, § 32), pois a proteção não existiria quando a parte contrária fosse pessoa jurídica de direito público. Além disso, estaria sendo dado aos Estados um descabido privilégio: criariam os Serviços de Assistência Judiciária, através de impostos pagos por todos os cidadãos, mas que só poderiam acionar os particulares, jamais os próprios criadores!

8. DIANTE DO EXPOSTO, respondo à consulta entendendo que o assistente judiciário, **lato sensu**, quando no exercício de suas funções na Unidade de Assistência Judiciária, não está impedido de patrocinar os interesses de seu assistido contra o Estado.

No sentido da conclusão do parecer é a opinião de RUY A. SODRÉ, que também refere decisão do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados de São Paulo (em Ética Profissional e o Estatuto do Advogado. Ltr. São Paulo, 1975, pág. 361). Na mesma linha, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (R.T.J., v. 59, pág. 887), bem como o Parecer nº 2046/PGE, do Procurador do Estado PAULO GERMANO JOÃO.

PORTO ALEGRE, 17 de dezembro de 1981.

PONTUALIDADE DO PROFESSOR

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4862

MAGISTÉRIO. IMPONTUALIDADE. PERDA PARCIAL OU TOTAL DO VENCIMENTO DO DIA. PENA DISCIPLINAR.

Perderá um terço do vencimento do dia o membro do magistério que comparecer ao serviço dentro da hora seguinte à marcada para o início do expediente. Apresentando-se ao trabalho posteriormente, ou apenas no primeiro turno do expediente, ou no segundo, o funcionário perderá todo o vencimento do dia, qualquer que seja o seu regime de trabalho, ficando-lhe assegurado, contudo, o registro do seu comparecimento ao serviço, sem prejuízo, porém, da aplicação da pena disciplinar cabível, por violação do dever de pontualidade.

O artigo 68, § 1º, da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, determina que **"perderá um terço do vencimento do dia o membro do magistério que comparecer ao serviço dentro da hora seguinte à marcada para o início do expediente ou se retirar antes de findar o período de trabalho"** (grifei).

Proc. 2992/81-PGE

O procedimento UPE-SUT-520, da Secretaria da Educação, por sua vez, dispõe, no item 4.3, que **"no regime de trabalho de 44 horas semanais, a ausência em um turno implica faltar mais dia de trabalho"** (grifei).

Havendo surgido dúvida, na aludida Secretaria, quanto à compatibilidade dessas duas normas, veio o processo nº 2992/81 a esta Procuradoria-Geral, para exame e parecer.

2. **"Comparecer ao local de trabalho com assiduidade e pontualidade, executando as tarefas com eficiência, zelo e presteza"** é dever fundamental de todo o membro do magistério (Estatuto, artigo 120, inciso VII). Apenas em casos excepcionais e expressamente autorizados por lei é-lhe permitido se afastar do exercício do cargo, mantendo a sua efetividade e percebendo vencimentos. Estes, inclusive, em determinadas hipóteses, não podem ser pagos ao funcionário, mesmo havendo autorização legal para o afastamento. Em princípio, pois, o membro do magistério só tem direito a perceber a remuneração se provado estiver o seu comparecimento contínuo e regular ao trabalho.

3. A falta de assiduidade e a impontualidade são toleradas pela lei somente até determinados limites. Faltando o funcionário, por exemplo, sem causa justificável, por mais de sessenta dias, intercaladamente, durante um ano, ser-lhe-á aplicada a pena de demissão. Tornando-se impontual em determinado dia, ou dias, sofrerá desconto em seus vencimentos. Segundo dispõe a Lei nº 6.672/74, em seu artigo 68, §1º, comparecendo ao serviço dentro da hora seguinte à marcada para o início do expediente ou se retirando antes de findar o período de trabalho, o membro do magistério **perderá um terço do vencimento do dia**, salvo se houver justificado. Conseqüentemente, apresentando-se em qualquer momento após aquela hora, **perderá todo o vencimento do dia**, pois a lei tolera a impontualidade **apenas até a segunda hora**, e a regra é o pagamento do vencimento pelo **exercício** do cargo. A propósito, A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, ao comentar o artigo 122, inciso II, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que contém norma idêntica à da Lei nº 6.672/74, afirma que o dispositivo legal prevê o **máximo** de tempo dentro do qual **será permitido** ao servidor público comparecer com atraso ao serviço. (**Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado**. Rio, Forense, 1962, v. 2, pag. 371). Fora dessa hipótese, portanto, não é tolerada a impontualidade do funcionário, devendo-lhe ser descontado o **vencimento do dia**, como, aliás é feito quando ele se retira antecipadamente do trabalho, após haver assinado o livro-ponto e cumprido pequena parte do expediente (cfr. Parecer PGE nº 1018/DAJ).

4. Assim, não há fundamento legal para a manutenção da norma contida no citado item 4.3 do Procedimento UPE-SUT-520, segundo a qual **"no regime de trabalho de 44 horas semanais, a ausência em um turno implica faltar mais dia de trabalho** (grifei).

5. Qualquer que seja o regime de trabalho, a perda só poderá ser de um terço do vencimento do dia, ou de todo o vencimento do dia. Como bem lembrou o já citado A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, **"o Estatuto não falou em hora "regulamentar", porém em hora "marcada para o início dos trabalhos", expressão que pode referir-se ao regime normal de trabalho ou a serviço extraordinário"** (ob. e pág.cits).

Convém referir, neste momento, para melhor se estudar o assunto, a distinção que existe entre **acúmulo** de cargos de magistério e **convocação** para regime de trabalho de 44 horas semanais. Embora no acúmulo o professor possa ter, efetivamente, 44 horas semanais de trabalho, se detiver, por exemplo, dois cargos, cada um com regime de trabalho de 22 horas semanais, esta situação é totalmente diversa daquela do professor que, provido em apenas um cargo, está convocado para trabalhar 44 horas por semana.

No caso de **acúmulo**, o professor tem a obrigação de cumprir **dois expedientes diários**, devendo em relação a cada um deles observar a assiduidade e pontualidade legalmente exigidas, pois, segundo regra elementar em matéria de acumulação de cargos, o servidor que acumula deve ser tratado como se fosse duas pes-

soas. Assim, verificando-se a impontualidade no exercício de um dos cargos, sobre o vencimento percebido pelo exercício deste é que deverá recair o desconto de que trata o § 1º do artigo 68 do Estatuto. Se o professor for impontual, no mesmo dia, nos dois cargos, sofrerá desconto sobre os vencimentos de cada um deles, isto é, dois descontos. Se ultrapassar o limite máximo estabelecido no citado § 1º do artigo 68, perderá o vencimento do dia relativamente ao cargo em que se der o atraso, ou a ambos, conforme o caso. Se não comparecer para o exercício de um dos cargos, ou de ambos, perderá o vencimento do dia e não terá o registro de sua efetividade. O Procedimento UPE-SUT-520, quanto a isto, dispôs corretamente, ao estabelecer que **"o professor detentor de dois cargos, que não comparecer ao serviço em um turno, terá falta computada no cargo correspondente a sua ausência"**.

Situação bem diversa é a do professor que, detendo apenas um cargo, está **convocado** para trabalhar em regime de 44 horas semanais. Seu expediente diário é **um só**, embora cumprido em dois turnos. Assim, tem de sofrer apenas **um** desconto, caso compareça ao serviço dentro da hora seguinte à marcada para o início do expediente ou se retire antes de findar o período de trabalho. Verificando-se seu comparecimento somente **após aquela hora, ou apenas no primeiro turno de seu expediente, ou no segundo**, perderá **todo o vencimento do dia**, pois, como se viu, a lei tolera somente o atraso até à **segunda** hora e ainda assim com o desconto de um terço do vencimento do dia, não havendo fundamento legal para se atribuir uma meia falta ao funcionário que compareça somente no primeiro turno, ou no segundo.

6. Além disso, conforme já foi inclusive lembrado em Formulação do DASP, **"as entradas com atraso e as saídas antecipadas, legitimamente tais, não são conversíveis, para nenhum efeito, em falta ao serviço"** (Formulação nº 147. **Formulações - 101 a 200**. Brasília, Centro de Documentação e Informação, 1973, pág. 219). Segundo seu entendimento, manifestado no parecer emitido no processo 510/69, há ausência de relação absoluta de causa e efeito entre a percepção ou perda dos vencimentos e a contagem ou não-contagem do tempo de serviço. A regra estatutária que manda efetuar desconto no vencimento do funcionário, em razão de seu atraso, **não regula contagem de tempo de serviço, nem disciplina o registro de faltas ao serviço**, mas, apenas, discrimina hipótese em que o funcionário perderá o estipêndio (ob. cit., págs. 219-25).

7. E assim é porque a sanção prevista no citado § 1º do artigo 68 do Estatuto atinge apenas o vencimento do funcionário, sendo, portanto, **de ordem meramente pecuniária**. Nesse sentido, vejam-se: GUIMARÃES MENEGALE. **O Estatuto dos Funcionários**. 3ª ed., Rio, Forense, 1964, v. 1, pág. 525; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. **O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico**. Rio, Borsoi, 1958, v. 2, pág. 33; DASP. Ob. cit., pág. 224; MÁRIO MASAGÃO. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed., São Paulo. Rev. dos Trib., 1968, pág. 222.

Conseqüentemente, verificada a entrada com atraso do membro do magistério, ser-lhe-á efetuado apenas o desconto parcial ou total do vencimento do dia, permanecendo-lhe garantida a efetividade para efeito de contagem de tempo de serviço. Dessa forma, inclusive, fica mantido o interesse do servidor no comparecimento, ainda que parcial, ao serviço, o que não ocorreria se, juntamente com o desconto, fosse registrada uma falta em sua ficha funcional.

8. Acrescente-se, contudo, que a impontualidade do membro do magistério, apesar de não lhe acarretar uma falta ou fração de falta ao serviço, tem evidentemente, reflexos negativos sobre o seu merecimento para fins de promoção, pois segundo dispõe o artigo 29 da Lei nº 6.672/74, merecimento também é **"a demonstração, por parte do professor ou especialista de educação, do fiel cumprimento de seus deveres"**, entre os quais se inclui a **pontualidade** prevista no citado artigo 120, inciso VII, do Estatuto. Além disso, o membro do magistério está, assim como todo funcionário público estadual, obrigado a cumprir os seus deveres funcionais, sob pena de sofrer punição disciplinar segundo as prescrições legais. Verificando-se o seu atraso injustificado ao trabalho, por mínimo que seja, deverá ser punido com a pena de repreensão; havendo dolo ou má fé, a falta de cumprimento do seu dever de pontualidade acarretar-lhe-á a suspensão, até 90 dias, com a conseqüente perda, durante esse tempo, de todas as vantagens e direitos decorrentes do exercício do cargo (Lei nº 6.672/74, artigo 120, inciso VII, e artigo 126, combinados com os artigos 211, 213 e 215 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952).

9. Diante do exposto, concluo no sentido de que perderá um terço do vencimento do dia o membro do magistério que comparecer ao serviço dentro da hora seguinte à marcada para o início do expediente. Apresentando-se ao trabalho posteriormente, ou apenas no primeiro turno do expediente, ou no segundo, o funcionário perderá todo o vencimento do dia, qualquer que seja o seu regime de trabalho, ficando-lhe assegurado, contudo, o registro do seu comparecimento ao trabalho, sem prejuízo, porém, da aplicação da pena disciplinar cabível, por violação do dever de pontualidade.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de dezembro de 1981.

INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

ELIANA DONATELLI DE MOURA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora da Fundação Rio-grandense Universitária de Gastroenterologia.
Professora de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

PARECER Nº 4907

Emenda Constitucional estadual contrária ao princípio constitucional inserto na Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Estados-membros.

O CHEFE DA CASA CIVIL solicita pronunciamento de parte desta Procuradoria-Geral a respeito de matéria constante de Projeto de Emenda Constitucional (nº 31/80), inserido em pauta para discussão e votação na Egrégia Assembléia Legislativa deste Estado.

Trata a referida Emenda de atribuição de competência para a Assembléia Legislativa e para as Câmaras Municipais deste Estado para promoverem consultas referendárias à população, a respeito de **"atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo e sobre matéria legislativa sancionada ou vetada"** (Artigo Único), dispondo, inclusive, sobre o procedimento a ser seguido para a realização das consultas populares.

É o relatório.

Do exame da matéria constata-se de imediato a sua inconstitucionalidade na medida em que esbarra com um princípio constitucional a ser obrigatoriamente obedecido pelos Estados-membros, qual seja o do artigo 13, inciso III, da Constituição Federal, a saber:

"Art. 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotaram, respeitadas, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

III — o processo legislativo".

Dito processo legislativo regulado nos artigos 46 a 59 da Constituição Federal, que deve ser adaptado ao unicameralismo próprio dos Estados federados, não prevê o **referendo popular** dentre os procedimentos legislativos passíveis de utilização pelos Estados-membros.

O único caso de consulta popular permitido pela Constituição Federal é o do art. 14, relativo à criação de Municípios, regulado pelas Leis Complementares nos. 1, de 9 de novembro de 1967 e 28, de 18 de novembro de 1975.

Portanto, se a Constituição Federal não prevê o referendo popular, ou consulta referendária à população, como dispõe a Emenda sob exame, dentre seus procedimentos legislativos, não pode a Assembléia Legislativa Estadual, mesmo investida do Poder Constituinte Derivado, acrescentar tal forma legislativa ao seu livre arbítrio, eis que se acha subordinada ao texto da Lei Maior, estando sua competência para legislar previamente delimitada, mesmo através de emendas constitucionais.

A respeito do assunto já se manifestou esta Procuradoria, em razão do que se permite transcrever alguns trechos, inclusive de doutrina, para melhor entendimento da matéria, como segue:

"(...) diz MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO a propósito do condicionamento do Poder Constituinte dos Estados federados, visto como está sujeito às formas ou condições postas pelo originário (in Direito Constitucional Comparado, I — O Poder Constituinte. SP, Bushetsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974, pág. 181)".

O Poder Constituinte dos Estados federados, com segunda modalidade do Poder Constituinte Istituído (Derivado), com suas características de derivação, subordinação e condicionamento, já largamente analisado dentre outros por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (ob. cit., págs. 134-198); CELSO RIBEIRO BASTOS (in Curso de Direito Constitucional, 3ª ed., SP, Saraiva, 1980, págs. 10-28); e DALMO DALLARI (in Elementos de Teoria Geral do Estado, 6ª ed. SP, Saraiva, 1979, págs. 179-80), encontra-se limitado não só pelo art. 13 da CF, que lhe impõe a obediência aos princípios constitucionais explícitos ou implícitos, como também pela incorporação no que couber, das disposições constantes da Constituição Federal ao direito constitucional legislado dos Estados-membros, ao teor do art. 200 de mesma Carta".

"Não se extraia da expressão "no que couber" o poder de extrapolar, ou exceder, o que está contido no texto da Lei Maior, observada a rigidez de sua natureza".

"A estrutura da Constituição Federal é intocável, ou seja, o sistema de organização nacional que impõe o procedimento dos

três poderes tem de ser respeitado. É preciso que haja harmonia entre as Constituições dos Estados-membros e a Constituição Federal".

"Tal intangibilidade, na sua essência, garantida através da imposição de limites explícitos e implícitos ao poder revisional tem por fim resguardar, conforme ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "o núcleo informador da ordem constitucional", sendo vedado ao Poder Constituinte derivado "alterar tal cerne irreduzível" (in Comentários à Constituição Brasileira, SP, Saraiva, 1974, vol. 2, pág. 18 apud ANACLETO DE OLIVEIRA FARIAS in A Estranha Forma de Legislar Ordinariamente por Meio de Emendas Constitucionais, Revista da Procuradoria-Geral do Estado, São Paulo — (13-15), págs. 89-104, dez. 78 a dez. 79, pág. 100). Há que se preservar e uniformidade do sistema".

Logo, quer para a aprovação ou rejeição de **questões públicas** ("atos, autorizações, ou concessões, do Poder Executivo", conforme Artigo Único do Projeto), embora incomum, quer para a aprovação ou rejeição de matéria legal sancionada ou vetada, o referendo popular faz parte do processo legislativo como um todo e precisa estar previsto na Constituição Federal para ser utilizado em nosso sistema legislativo.

Quer isto dizer que somente após uma eventual introdução do referendo popular no processo de formação das leis previsto na Constituição Federal é que poderiam os Estados-membros adaptá-lo às respectivas Constituições.

Eivado, pois, do vício de inconstitucionalidade frente à Constituição Federal, tal Projeto, uma vez aprovado pela Assembléia Legislativa, seria suscetível de arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República.

EM CONCLUSÃO:

A Emenda sob exame colide frontalmente com o princípio constitucional previsto no art. 13, III, da Constituição Federal, já que aos Estados-membros não cabe acrescentar formas ao processo legislativo regulado nos arts. 46 a 59, que não prevê no seu elenco o referendo popular.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 12 de março de 1982.

AUTARQUIAS ESTADUAIS DE NATUREZA ECONÔMICA E A COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA

FLORIANO MILLER NETTO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 4897

Autarquias Estaduais de Natureza Econômica.
Cobrança Judicial da Dívida Ativa.

As autarquias estaduais, independentemente da natureza de seus fins, aplicam-se as normas da Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980, para a cobrança de seus créditos classificados como Dívida Ativa.

O Senhor Diretor-Presidente do BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL — BRDE — solicita o pronunciamento desta Procuradoria-Geral sobre a aplicação da Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980, às autarquias estaduais de natureza econômica, objetivando a uniformidade de orientação. Junta o Parecer CONJUR 70/81, da lavra do Senhor Consultor Jurídico da Presidência daquele Banco, o eminente Professor Doutor LÉLIO CANDIOTA DE CAMPOS, que em minucioso estudo conclui pela abrangência do BRDE às disposições da nova Lei.

2. De fato, as autarquias estão expressamente abrangidas pelo novo disciplinamento da cobrança da Dívida Ativa:

“Art. 1° — A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Questiona-se, entretanto, quando exercem atividade econômica. Podem as autarquias exercer atividade econômica, sem equiparar-se às empresas públicas ou às sociedades de economia mista, no sentido do § 2° do art. 170 da Constituição Federal, e conseqüentemente despojadas dos privilégios da Lei da Execução Fiscal?

Esta é a “*vexata quaestio*”; e para seu deslinde cumpre incursionar às origens do intervencionismo estatal na economia.

3. A intervenção do Estado no domínio econômico, da forma como hodiernamente a conhecemos, é fruto de demorada evolução histórica, iniciada pelo **intervencionismo aristotélico** surgido na Grécia antiga — **Supremacia do Estado e imposição de igualdade** — passando pelo **mercantilismo exarcebado**, combatida tenazmente pelo **liberalismo absoluto** da escola francesa e desembocando no **nao-liberalismo**.

O Estado liberal do século passado, da premissa do "laissez faire, laissez passer", foi substituído pelo Estado intervencionista, o Estado-providência, como constata RUY BARBOSA NOGUEIRA em sua excelente obra CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 5ª ed., 1980, pág. 188.

Também MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO afirma:

"Inerente à democracia providencialista é a intervenção estatal no domínio econômico". (CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, ed. Saraiva, 1971, pág. 289).

4. Plasmada pela corrente **intervencionista social** a que se refere PAUL HUGON — HISTÓRIA DAS DOUTRINAS ECONÔMICAS, editora Atlas S.A., 4ª ed. 1952, págs. 277 e segs. — onde "o Estado deve proteger a personalidade individual, deva assegurar o trabalho de cada um, e deva organizar o progresso social e econômico", e com acentuada inspiração na doutrina social cristã, a Constituição brasileira adotou o princípio da **LIBERDADE DE INICIATIVA** (art. 160, I), mencionada expressamente na Encíclica MATER ET MAGISTRA, do Papa JOÃO XXIII:

"No campo econômico, a parte principal compete à iniciativa privada dos cidadãos, quer em particular, quer associados para promover interesses comuns".

Por isto, o Estado brasileiro concedeu às empresas privadas, preferencialmente, a exploração da atividade econômica, reservando-se, além do estímulo e apoio àquelas, a possibilidade de intervenção **apenas em caráter suplementar** (art. 170, § 1º, da CF). Só na falta ou insuficiência da iniciativa privada pode o Estado exercer atividade econômica, no sentido da realização do progresso social; portanto, **sempre em caráter suplementar**.

5. Preservado o princípio da **suplementação**, o Estado pode intervir no domínio econômico **diratamenta**, agindo como **ente público**, ainda que através de autarquias, pois estas são entidades **intra-estatal**, simples descentralização funcional da Administração Direta; e **sando uma entidade intra-estatal, pessoa jurídica de Direito Público interno, goza, necessariamente, dos privilégios do Estado**, na lição do Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (CUR-

SO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, ed. Forense, 1976, pág. 194). Entretanto, acompanhando a tendência mundial moderna, tem-se valido de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de **direito privado** sob seu controle. Esta forma **indireta** traz a vantagem de agilizar a atuação do Estado, evitando o formalismo rigoroso a que estão submetidos os órgãos públicos. Mas em compensação, deixando de agir como **ente público**, para fazê-lo **indiretamente** através das empresas públicas ou das sociedades de economia mista, o Estado despoja-se do "**ius imperii**", sujeitando-se às normas do **direito privado**; iguala-se ao particular. Apenas nas atividades monopolizadas é que se atribui o privilégio da imunidade tributária (artigo 170, §§ 2º e 3º da CF).

6. Na mesma plana das empresas públicas e das sociedades de economia mista, primitivamente a Constituição de 1967 incluía também as autarquias. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, arredou do constrangimento os entes autárquicos.

Segundo o entendimento do Professor LÉLIO CANDIOTA DE CAMPOS, essa supressão não implica em impedimento às autarquias de explorar atividade econômica. A alteração constitucional foi "**por ser a autarquia pessoa jurídica de direito público e, como tal, insuscetível da submissão integral ao regramento jurídico aplicável à empresa privada. Assim como o Estado pode explorar diretamente atividade econômica, pode também fazê-lo através de uma autarquia, a qual nem por isto se torna pessoa de direito privado**". (Parecer CONJUR 43/80).

7. Entretanto, respeitável segmento da intelectualidade jurídica nacional sustenta que o Estado, quando suplementa a iniciativa privada, somente pode fazê-lo através de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, exatamente para igualar-se à empresa privada, pois a atividade econômica não é típica da Administração pública.

O argumento encontra arrimo no enunciado de **autarquia**, que dá o artigo 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967:

"Autarquia — O serviço autônomo, criado por Lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Assim, só as atividades típicas da Administração pública poderiam ser desenvolvidas pelas autarquias; as atípicas, pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista.

8. A esse argumento, contrapõe-se o fato de que "o Decreto-lei 200/67 não é propriamente uma lei orgânica, pois não estabelece a estrutura da Administração. O seu objetivo principal e imediato é a fixação de diretrizes e princípios que proporcionem funcionalidade e dinamicidade à Administração Federal". HELY LOPES MEIRELLES, in DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 3ª ed. RT, pág. 668. E como norma programática que é, muitas vezes conceitua com imprecisão e flagrantes impropriedades jurídicas.

Ademais, aos Estados é assegurada autonomia para organizar seus serviços e atividades pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, entre os quais não se incluem aqueles fixados pelo Decreto-lei nº 200/67, destinados especificamente à Administração Federal.

E ainda, é inegável que a atividade econômica é típica da Administração pública, pois é **dever** do Estado-providência organizá-la e explorá-la **diretamente**, ainda que em caráter suplementar.

9. Assim, inobstante e deflagrada divergência doutrinária, é lícito admitir-se a intervenção estatal **direta** na atividade econômica, ainda que através de autarquia, resguardada a restrição da complementaridade. Neste caso, porque **público o ente**, não se regerá pelas normas aplicáveis às empresas privadas.

Em abono a esta posição, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que "A Constituição, em seu artigo 170, § 2º, só equipara a exploração pelo Estado de atividade econômica, quando o faz através de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Quando tal exploração é realizada diretamente, à entidade pública não se aplicam as normas das empresas privadas", (Acórdão ao RE nº 77.379-MG, Tribunal Pleno, Rel. Ministro THOMPSON FLORES, em 29 de maio de 1974, in RTJ volume 71, pág. 185). É, pois, a inofismável admissão, pelo Pretório Excelso, da licitude do exercício de atividade econômica pelo Estado **diretamente**; e **diretamente** também o é quando exerce através de autarquias, órgãos de direito público.

10. Concluindo, se o ente é autárquico, para a cobrança de sua Dívida Ativa, aplicam-se as normas da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, independentemente da natureza de seus fins, pois arrolado expressamente no artigo 1º dessa Lei.

Obviamente, a cobrança cingir-se-á àquelas diretrizes traçadas pela própria Lei nº 6.830/80 e pelo Código Tributário Nacional quanto à caracterização de Dívida Ativa e constituição do título de crédito para embasar o procedimento judicial.

Este é o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 09 de fevereiro de 1982.

EFETIVAÇÃO DE SERVIDORES ESTÁVEIS

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4841

EFETIVAÇÃO DE SERVIDORES ESTÁVEIS.

São destinatários da regra contida no artigo 2º da Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981, para o efeito do previsto no artigo 1º da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, os servidores que houverem adquirido estabilidade, nos termos do artigo nº 492 da CLT, até 16 de janeiro de 1978, data do início da vigência daquela Lei.

Ultratividade de Lei temporária operada por Lei interpretativa.

Inexistência de direito à indenização por tempo de serviço de servidor estável se a rescisão do contrato de trabalho decorre de manifestação de vontade deste e não de despedida. Necessidade de observância do disposto no artigo 500, da CLT.

MARIA AMÉLIA CORREIA TINOCO, servidora do Instituto Sul-Rio-Grandense de Carnes, afirmando-se estabilizada, de conformidade com o artigo 165, item XIII, da Constituição Federal, requer ao Presidente daquela autarquia que lhe seja concedida efetivação na função pública, com fundamento no artigo 2º, da Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981, combinado com o artigo 1º e parágrafos da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978.

O Serviço de Pessoal do Instituto informa que a petionária foi admitida, sob o regime da CLT, em 23 de outubro de 1951; que, em 16 de maio de 1969, teve seu contrato de trabalho rescindido, em razão da extinção dos Serviços de Marchantaria e que, por força de decisão judicial, foi readmitida. Igualmente esclarece que exerce função pública e que não é optante pelo regime do FGTS.

E, para apreciação do pedido, vieram os autos a esta Procuradoria-Geral do Estado.

É o relatório.

2. São os dispositivos da Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981.

"Art. 1º — Fica **reaberto por quatro meses o prazo estabelecido pelo artigo 1º da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978**". (Grifei)

"Art. 2º — Estáveis em decorrência de disposição constitucional são também os servidores que adquiriram estabilidade em decorrência do disposto no artigo 165, item XIII, da vigente Constituição da República, e correspondentes textos constitucionais anteriores".

"Art. 3º — As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta das dotações orçamentárias apropriadas".

"Art. 4º — Revogam-se as disposições em contrário".

"Art. 5º — Esta Lei entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao de sua publicação".

Pertinentes ao caso dos autos são os seguintes dispositivos da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978:

"Art. 1º — Os atuais servidores da Administração Direta e das Autarquias, estáveis em decorrência de disposição constitucional, serão considerados efetivos... (vetado)... desde que, sob pena de decadência do direito ora conferido, o requerem no prazo de 180 (cento e oitenta) dias do início de vigência desta Lei". (Grifei)

Parágrafo 1º — (Vetado) e efetivação der-se-á com e posse (Vetado)".

"Parágrafo 2º — A efetivação de que trata esta Lei implicará em vinculação ao regime previdenciário próprio do Estado".

4º — O Poder Executivo expedirá os atos necessários ao cumprimento das disposições desta Lei".

"Art. 5º — As Autarquias providenciarão na efetivação de seus servidores estáveis segundo as normas estabelecidas nesta Lei".

Conforme o declara a própria ementa de Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981, pretende ela interpretar o texto desta outra. E, muito embora a grande polêmica doutrinária que inspira este tipo de Lei e esta espécie de interpretação, ficamos com aqueles doutrinadores que admitem, como uma das formas de interpretação os quais EDUARDO ESPÍNDOLA e CARLOS MAXIMILIANO.

O problema mais polêmico, entretanto, não está aí, mas sim na questão da aplicação desta Lei no tempo, como de resto de todas as leis e não só de leis daquela espécie.

Grande parte da doutrina afirma como regra o princípio da retroatividade das leis, apenas limitada pelo princípio da irretroatividade imposto diante do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, tal como afirma PAULO DOURADO DE GUSMÃO (in Introdução à Ciência do Direito, Forense, 7ª edição, 1976, P. 288) seguindo a esteira de ROUBIER, dentre outros.

O tema da aplicação das leis no tempo tem sido objeto das mais variadas soluções doutrinárias. Assim, encontram-se afirmados na doutrina pátria os princípios mais diversos, tais como o da irretroatividade da lei, sem exceção das interpretativas; o da irretroatividade da lei, ressalvada a lei que opere interpretação autêntica; o da retroatividade das leis, respeitadas as limitações constantes do artigo (6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e o princípio da irretroatividade das leis menos benignas e da retroatividade das mais benignas, comum do Direito Penal.

Idêntica, a dificuldade de situar a interpretação autêntica no tempo.

Assim, veremos JOÃO FRANZEM DE LIMA tratar da lei interpretativa em tópico em que trata de retroatividade aparente, afirmando:

"Alguns autores se referem também às chamadas 'leis interpretativas' que, fazendo corpo comum com a interpretada, não são senão a lei interpretada aclarada. Nessas condições elas se aplicam aos fatos pretéritos". (Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. I, Forense, Rio, 6ª edição, 1972, pág. 92 - grifei).

Em sentido idêntico, VICENTE RÃO em "O Direito e a Vida dos Direitos" vol. I, tomo III, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1977, pág. 368.

Noutros autores, como MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, que tratam especificamente de eficácia retroativa da interpretação autêntica, encontra-se a afirmação de que **essa eficácia retroativa reveste-se de importância precisamente em razão do tempo transcorrido entre a lei interpretada e a interpretativa, e dos fatos e atos jurídicos possivelmente acontecidos 'médio tempore'**. (Curso de Direito Civil, vol. I, FREITAS BASTOS, 4ª edição, 1962, pág. 135). Ressalte-se, aqui, que a hipótese levantada pelo autor é oposta àquela em que os fatos e atos previstos não foram efetuados em tal "médio tempore".

No mesmo sentido EDUARDO ESPÍNDOLA:

"(...) e lei denominada interpretativa é uma lei nove de caráter retroativo porque se destina a dar uma interpretação com força obrigatória ao conteúdo da lei interpretada". (Grifo do autor, in Sistema do Direito Civil, edição histórica, Editora Rio, pág. 171).

Certamente aquela doutrina que entende irretroativa a lei interpretativa, porque lei nova, e, por isso, aplicável aos "**casos futuros**" há de ter por princípio que esta nova lei possa causar alterações em situações jurídicas já positivamente resolvidas, se lhe for conferido tal caráter retroativo. (cfe. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio 9ª edição/1ª tiragem, 1980, pág. 88). E tal assertiva parece correta, exceto quanto à expressão "**casos futuros**", especialmente quando as leis de que se tratam são de caráter geral e permanente. Seja: seria inadmissível que nova lei que se dissesse interpretativa excluísse da incidência de norma anterior quem por ela já fora abrangido e beneficiado.

Entretanto, as doutrinas mais modernas, mais ecléticas, parecem estar em maior consonância com os vigentes preceitos do sistema jurídico brasileiro que regem a matéria do direito transitório ou intertemporal.

Por tal razão, cai hoje no vazio a discussão em torno do texto do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, no qual restou vencida a tese de CLÓVIS BEVILÁQUA, pela qual, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a lei interpretativa considerar-se-ia como da mesma data da lei interpretada. À tal tese opunha-se como argumento, inclusive, o de que seu próprio autor implicitamente reconhecera seus defeitos, com a oposição de tais ressalvas. Tal dispositivo foi, pois, excluído do projeto. Mas, hoje, igualmente o dispositivo cujo texto foi vencedor já não mais se encontra na Lei de Introdução que, no presente tem a redação que lhe é dada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, e pela Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957:

"Art. 6º — A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido a a coisa julgada.

§1º — Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou.

§2º — Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição praestabalecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§3º — Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

E, em tal artigo afirma-se, de forma transversa, tanto a retroatividade como a irretroatividade das leis. Não obstante tenha eficácia imediata e geral, não podem ser atingidos o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada — evidentemente, com base em lei anterior e diversa, à semelhança do que propunha CLÓVIS BEVILÁQUA.

E, ainda, nos resta larga margem de discussão e análise do que seja o ato jurídico perfeito, de acordo com a lei anterior, o direito adquirido e, tanto mais flexivelmente, ao tratar-se de coisa julgada, que é objeto de crucial distinção em duas espécies: formal e material. Afirme-se, pois, que, se formalmente a coisa julgada se torna imutável e irreversível, materialmente nem sempre o será.

Mas ressalte-se a hipótese de que, sob o império de lei anterior, nem se tenha praticado ato jurídico perfeito ou não se tenha adquirido nenhum direito, por vício de interpretação de seu texto — a juízo do legislador —, ou, ainda que formalmente hajam transcorrido em julgado algumas decisões seja sua matéria fática fundamentalmente atingida por lei posterior. Aqui a retroatividade da lei não estará vedada, ao contrário, permitida pelo artigo 6º da Lei de Introdução. E permitida, no sentido de que possa a nova lei atingir fatos já ocorridos, situações já passadas, muito embora só a partir de agora por ela acolhidos.

E, assim, não adquiridos quaisquer direitos e não praticados atos de dada espécie, sob o império de lei antiga, com relação à dita coisa julgada, se houver, a lei nova poderá configurar fato novo, a ser valorado em **nova lide**, à semelhança do que ocorre, **verbi gratia**, nas ações tendentes à alteração da prestação de pensão alimentícia, quando se modificam as condições salariais ou de renda daquele que presta alimentos.

No caso em pauta, tanto mais lógica parece a solução, eis que a lei interpretada não tem caráter geral, nem permanente. Ao contrário: excepcional e temporária. Pretendia alcançar a tantos destinatários que preenchessem certos requisitos e que se habilitassem dentro de dado prazo. Não tendo sido sua incidência reconhecida pelo aplicador da regra, tal como o pretendia o legislador, visa este pela lei interpretativa, vê-la aplicada, agora, daquela forma. Para tal, entretanto, não editou um texto novo, com destinatários mais modernos. Limitou-se tão somente a reabilitar um prazo que já se escoara e a explicitar quem deverão ser compreendidos como seus destinatários.

Efetivamente a lei é nova, gera efeito a partir de agora, porém, integrando corpo de lei anterior de caráter transitório, dirige-se a destinatários contemporâneos da edição daquela, que eram, como ela própria o enunciava:

"(...) os atuais (de então) servidores da Administração Direta e das Autarquias..."

Não fora assim e transmutar-se-ia o próprio caráter temporário e excepcional desta.

A temporariedade de uma lei não se determina pelo só fato de que sua vigência seja transitória, mas também pelo fato de dirigir-se a situações, igualmente sujeitas a termo final, ou a condição que à época de sua edição já se deva ter verificado, co-

mo no caso em pauta: sujeitando o direito por ela conferido ao exercício da faculdade de requerer dentro de certo tempo e a certas condições (as de estabilidade e de ser servidor) que já se deveriam ter implementado até o termo inicial de sua vigência. Não poderia a lei meramente interpretativa retirar da interpretada aquele caráter temporário. Pela lei nova, não foi o prazo de aquisição do direito alterado, mas tão-somente o prazo para o exercício da faculdade de requerê-lo.

Admita-se, isto sim, que a lei interpretativa destina-se a ter eficácia para o futuro, mas, no caso de quem se cuida, jamais para "**casos futuros**", o que a tornaria lei de caráter permanente, incompatível, inclusive, com a sujeição do referido exercício a qualquer prazo.

Tratando-se, como se trata, de leis temporárias e de caráter excepcional, mais preciso será afirmar que, no caso em tela, a questão fundamental não está em ter-se de admitir ou negar o caráter retroativo da lei interpretativa, mas sim em reconhecer a ultratividade que esta nova lei conferiu à lei interpretada, por via de uma retroatividade apenas parcial. Cingida, evidentemente, ao prazo para requerer e a compreensão de seus destinatários dentro do tempo em que a norma ora interpretada entrou em vigor. São hoje seus destinatários somente aqueles que já tivessem condições de sê-lo à época de sua vigência.

E tal é a solução que melhor se harmoniza com a solução proposta por ROUBIER, ao erigir princípios gerais de direito intertemporal:

"(...) a lei só pode ter efeito retroativo por manifestação expressa da vontade do legislador. As leis interpretativas, porém, alcançam o passado por si mesmas". (apud VICENTE RÃO, obra citada, pág. 369).

Assim, a Lei Interpretativa de nº 7.511/81, alcançando um passado de caráter temporário e excepcional, faz com que volte aquele ao presente, vez que seu potencial normativo não se teria esgotado.

Tal ultratividade há de ser seu termo inicial com o início da vigência da nova lei e seu termo final, como final desta. Daí por que também concordamos com que não deva haver retroatividade da Lei nº 7.511/81, no que tange ao efeito de conferir efetividade àqueles destinatários predeterminados. Por tanto, a eficácia jurídica por ela autorizada não remontará à data da vigência da lei anterior. Tal eficácia surgirá no mundo jurídico a partir da vigência da lei interpretativa e na medida em que forem apresentados e deferidos os pedidos por ela autorizados.

Afirmar-se a irretroatividade da lei é diverso de afirmar-se que ela só se aplica a "**casos futuros**". As leis são, de princípio, irretroativas, porque os efeitos por elas previstos se projetam desde já e para o tempo futuro. Seus destinatários, ou "**os casos**" que visem reger não necessitam ser apenas aqueles que venham a ocorrer

após sua vigência: podem ser, por dispositivo expresso ou disposição implícita na própria lei, apenas os já ocorridos e, ao contrário, inaplicável a fatos futuros, sob pena de transfigurar o caráter de lei temporária, por exemplo, para transformá-la em regra geral e permanente.

Talvez a divisão que se encontra na doutrina em torno de dita discussão se deva à dificuldade de entender e delimitar o que seja eficácia da regra jurídica, eficácia jurídica e retroatividade da lei.

Admitir-se que a hipótese de incidência de uma regra seja algum evento já passado, é, em certa medida, admitir-se como possível uma retroação da lei (retroatividade quanto à eficácia da regra em si, seja: da incidência). Porém, ressalvada disposição em contrário, a relação jurídica, a qual se refere, reputar-se-á criada, extinta ou alterada a partir da vigência da lei (respectivamente, retroatividade ou irretroatividade quanto à eficácia jurídica, seja: quanto à produção das conseqüências jurídicas pela regra prevista).

Portanto, com relação à geração da chamada conseqüência jurídica, só poderá haver retroatividade da lei se tal termo inicial anterior, ou anterior e indeterminado, nela esteja previsto de forma expressa.

Com relação, entretanto, à sua hipótese de incidência, seja à previsão abstrata de fato efetuada pela norma, pode esta, perfeitamente, voltar-se e alcançar o passado, operando uma retroatividade parcial que chamaria de imprópria. Ou, como no caso em tela, fundando-se em texto legal não mais vigente, conferir-lhe ultratividade, seja: permitir que os fatos por ele previstos venham a produzir suas conseqüências jurídicas, venham a ter eficácia jurídica, a partir de agora.

E tal é a lição, que em idêntico sentido se encontra em PONTES DE MIRANDA, quando afirma:

"A coexistência do suporte fático e da regra jurídica, que sobre ela caia, é indispensável, porque, ainda nos casos de regras jurídicas retroativas, a retroatividade ou a) é da eficácia, ou b) é da incidência, "por arbitrariedade", (In Tratado de Direito Privado — Parte Geral, Tomo I, Borsoi, Rio, 3ª edição, 1970, pág. 30).

Bem por isso, entendendo que a norma contida na Lei nº 7.511/81 é dotada de retroatividade parcial, relativa apenas a sua hipótese de incidência e, sendo tal hipótese de incidência fato temporário, afirmamos que, por tal via, operou esta nova lei a ultratividade da lei ora interpretada, pelo que há de alcançar tão-só os fatos contemporâneos à sua vigência, porém, para dotá-los, a partir de agora, de eficácia jurídica condicionada ao exercício da faculdade por ela prevista e ao seu acolhimento pela autoridade competente.

3. Reza o artigo 165 e seu ítem XIII da Constituição Federal:

"A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

.....
XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente".

A interpretação que se deve dar ao artigo 2º da Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981, é a de que se consideram estáveis em decorrência do supramencionado dispositivo constitucional e correspondentes normas constitucionais anteriores, aqueles servidores que, para tal fim, hajam preenchido as condições previstas pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Isto porque, tratando-se, como se trata, da regra constitucional programática, não dotada de auto-executoriedade, depende ela de regulamentação para ser aplicada. Tanto mais que o texto constitucional acima transcrito não só não confere estabilidade ao trabalhador, mas, ao contrário, programa um sistema duplice e alternativo com possibilidade de coexistência jurídica de dois regimes diversos: um da estabilidade, outro da opção pelo fundo de garantia de tempo de serviço, sem direito àquela estabilidade.

E a regulamentação do regime da estabilidade se encontra nos artigos 492 e seguintes da CLT.

Assim, tendo o servidor exercido suas funções para a mesma Autarquia ou para órgão da Administração Direta por mais de dez anos, contratado pelo regime celetista e sem ter optado pelo fundo de garantia do tempo de serviço, adquiriu a estabilidade que autorizara a Constituição Federal, em seu artigo 165, item XIII.

E tal é o caso dos autos.

Cumpra salientar que diante de lei de caráter excepcional como a de que se cuida no presente, cabe-lhe a interpretação mais estrita, pelo que inadmissível será entender como persistente a estabilidade para aquele servidor que, inobstante já ter completado dez anos de serviço, houver efetuado opção pelo regime do fundo de garantia com validade para o tempo subsequente àquele. Em tal caso, estabilidade propriamente dita não há. E, portanto, tais servidores não são alcançados pelas Leis nº 7.511/81 e 7.133/78. Com tal renúncia, ainda que levada a efeito após a vigência desta Lei, ocorreu igualmente renúncia ao favor por ela criado.

4. Pertinente, ainda, a análise da sorte que há de ter o contrato de trabalho que, em virtude de efetivação de servidor estável, venha a ser rescindido.

É evidente que o instituto da estabilidade visa assegurar ao empregado a permanência no emprego, porém, como bem salientam ORLANDO GOMES e ELSON

GOTTSCHALK "ato de vontade livremente manifestado com o ânimo de se desvincular de um contrato por 'tempo indeterminado', segundo a configuração jurídica da ralação am causa, (...), implica indiretamente no ato de 'renúncia' à estabilidade" (Grifos dos autores, in Curso de Direito do Trabalho, Forense, 5ª edição, 1972, pág. 373). E ato de consequência de tão grande monta só poderá ser praticado, — dentro do espírito protecionista da legislação trabalhista para com o empregado, através de pedido de demissão levado a efeito nos termos do artigo 500, da CLT. Tanto mais que nenhuma manifestação de vontade dimana do empregador no sentido do desfazimento do vínculo contratual com vistas à dispensa do empregado. Ao contrário a manifestação de vontade que daquele dimana, pela acolhida de pedido de efetivação, é no sentido de outorgar-lhe posição funcional estatutária e, portanto, de estreitar-lhe o vínculo com a Administração Pública — Direta ou Autárquica.

Destarte, bem andou a Lei nº 7.300, de 29 de novembro de 1979, que criou cargos nos Quadros de Pessoal do Estado e dispôs sobre a efetivação de servidores estabilizados, quando em seu artigo 7º, §2º determinou:

"Tratando-se de servidor regido pelo Direito do Trabalho, que tenha optado pelo regime estatutário com fundamento na Lei nº 7.133, de 13 janeiro de 1978, a posse será condicionada à prévia rescisão do contrato de trabalho, observadas as formalidades previstas no artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho ... vetado".

A Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981, **faculta** ao servidor estável requerer **se quiser**, a sua efetivação. Esta decorrerá, pois, de opção sua por outra espécie de vínculo com a Administração, qual seja, o estatutário, importante tal, à evidência, renúncia ao vínculo contratual anterior.

Por tais razões não há cogitar que os contratos de trabalho rescindidos em tais circunstâncias possam ensejar indenização por tempo de serviço. Assim, o servidor só estará habilitado a tomar posse, se houver apresentado pedido de demissão, **"com a assistência do respectivo sindicato e, se não houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho"** (artigo 500, da CLT).

5. POR TODO O EXPOSTO, opino no sentido de que MARIA AMÉLIA CORREIA TINOCO faz jus à efetivação que pleiteia já que:

a) adquiriu estabilidade, nos termos do artigo 492 da CLT, anteriormente ao início da vigência da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, como hoje o autoriza a Lei nº 7.511, de 15 de junho de 1981;

b) não é optante pelo fundo de garantia do tempo de serviço, pelo que, jamais renunciou àquela estabilidade;

c) ainda é servidora da Autarquia em causa, não tendo ocorrido qualquer evento obstativo de sua continuidade no serviço (p. ex.: aposentadoria, despedida com justa causa, demissão...);

d) apresentou seu requerimento dentro do prazo hábil previsto pela Lei nº 7.511 já referida, qual seja: entre 1º de julho e 31 de outubro de 1981.

De resto, conveniente que, igualmente o Instituto Sul-Rio-Grandense de Carnes, como as demais Autarquias, adotem no que lhes couber, a Norma de Serviço nº 01/81, da Secretaria da Administração (cuja cópia vai anexa), a fim de que procedam de forma mais uniforme e econômica na solução dos requerimentos que venham a ser apresentados, cumprindo salientar entretanto que:

a) para os servidores que adquiriram estabilidade no serviço, em decorrência do regime celetista não há necessidade de que se junte ao requerimento ato de estabilidade, eis que em tal regime, ela é consequência do decurso do tempo e da não opção por regime diverso, independendo, pois, de ato concessório ou declaratório;

b) o requerimento deve ser encaminhado ao Presidente da Autarquia;

c) igualmente, recomendável, que se aguarde o término do prazo, para que, de uma só vez se possam decidir de todos os pedidos apresentados, quando então se terá conhecimento do número de cargos necessários para atender aos que merecerem deferimento;

d) tais processos deverão ser encaminhados ao órgão deliberativo da Autarquia para elaborar, se necessária, a resolução autonômica, tendente à criação dos cargos correspondentes às funções dos servidores a serem efetivados;

e) devem tais resoluções autonômicas atender ao que dispõe o artigo 67 e seu §2º, da Lei nº 7.357, de 08 de fevereiro de 1980:

“As Autarquias Estaduais, sob orientação do órgão central do sistema de pessoal do Estado, e consideradas as suas peculiaridades, raorganizarão os seus Quadros de Pessoal efetivo, observando o sistema de classificação e avaliação adotado por esta Lei, bem como o critério de enquadramento nos mesmos, sendo vedado o estabelecimento ou a manutenção de quaisquer vantagens, eventuais ou de qualquer periodicidade, não previstas para os funcionários do Quadro Geral”.

“§2º — A vigência das Resoluções sobre pessoal das Autarquias continuará a depender de aprovação do Governador do Estado após manifestação do órgão central do sistema de pessoal”.

Serão, pois, tais resoluções encaminhadas à Secretaria da Administração, de onde, após exame e manifestação, serão encaminhadas ao Chefe do Poder Executivo, para aprovação;

f) os atos de efetivação, assim autorizados serão então executados, com o respectivo enquadramento, entretanto;

g) dita efetivação, que se tornará perfeita com a posse do funcionário, será necessariamente precedida pela rescisão do contrato de trabalho na forma prevista no artigo 500, da CLT, não sendo cabível, pois, qualquer indenização;

h) efetivados os servidores, com a observância de tais circunstâncias, serão os mesmos vinculados ao regime previdenciário próprio do Estado (artigo 2º, da Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978).

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de novembro de 1981.

INVIOLABILIDADE PARLAMENTAR

ADERBAL TORRES DE AMORIM
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.
Procurador-Geral da Assembléia Legislativa.

PARECER N° 1049

LEI DE SEGURANÇA NACIONAL.

Indiciamento de parlamentar em inquérito policial para apuração de delito contra a Segurança Nacional. Intimação.
As prerrogativas processuais dos parlamentares prevalecem mesmo em caso de crime contra a Segurança Nacional.
Superveniência de norma constitucional de direito material que afasta a antijuridicidade.
Eficácia ab-rogativa das normas constitucionais.

Para exame e parecer vem a esta Procuradoria expediente oriundo da Polícia Federal do qual constam intimações aos Deputados Gabriel Aluísio Mallmann e Cícero Viana para que compareçam na Superintendência daquela Polícia a fim de **"prestarem declarações nos autos do Inquérito Policial n° 049/82."**

Do mesmo processo constam ofício do Senhor Presidente desta Assembléia Legislativa noticiando ao Ministério Público Federal possível existência de crime de abuso de autoridade por parte do Delegado da Polícia Federal e do agente ou dos agentes que cumpriram o mandado de intimação; petição do órgão do Ministério Público Federal dirigida ao Juiz Federal no qual é requerido arquivamento da representação; novo ofício do Delegado da Polícia Federal; um segundo mandado de intimação ao Deputado Mallmann; e, finalmente, nova manifestação deste recusando as datas propostas pela autoridade policial e fixando a data de 10 de agosto próximo vindouro, na sala do PMDB, sem, contudo, estabelecer horário para tal.

Por entender tratar-se a espécie, de matéria de alta indagação e especial relevância decidi, na forma do art. 6º, alínea (e) do Regimento Interno desta Procuradoria, AVOCAR o processo para dele pessoalmente me ocupar.

2. Diga-se, antes de tudo, que tanto o mandado de fl. 4 dos autos quanto aquel'outro posto a fl. 19 nem de longe satisfazem aos menores requisitos para obrigarem quem quer que seja a comparecer sequer em juízo, quanto mais em repartição policial. Não pode o mandado de intimação, ou o de notificação, ou o de citação, deixar de conter ao menos a notícia criminis a fim de que o intimado, ou o notificado, ou o citado possa preparar-se ao exercício de sua defesa. Data vênua, de forma adotada em ambas as "intimações" está irremediavelmente vulnerado preceito constitucional que aponta para a garantia da mais ampla defesa (1). Essa garantia, que é direito constitucional positivo, encartada que está na mal denominada Emen-

Parecer emitido a pedido da Mesa da Assembléia Legislativa na condição de Procurador-Geral da mesma.

(1) art. 153, § 15 da Constituição de 1969.

da Constitucional nº 1 de 1969, faz com que os atos processuais, ou os atos pré-processuais (como é o caso de inquérito), devam conter, quando dirigidos a quem é acusado de qualquer ilícito, no mínimo o conteúdo resumido da imputação.

3. Tal conclusão emerge até mesmo da própria lei instrumentária civil (2) na qual, ainda que não verse comumente evento delituoso, impende, para angularização processual, para a formação do iter procedimental, que do mandado citatório conste não só o resumo da pretensão articulada na peça vestibular, mas até mesmo a advertência da aplicabilidade dos efeitos da revelia (3) que exsurtem do silêncio do réu. Ora, se tudo isso se exige no Processo Civil, que se dirá de providência processual-penal, ou criminal pré-processual, em que se pode atingir o maior bem da vida, a liberdade de ir, ficar e vir? Não é por outra razão que a lei instrumentária penal contém dispositivo pelo qual o mandado de citação conterá "o fim para que é feita a citação" (4).

4. Do exposto é imperioso que se conclua pela absoluta nulidade dos mandados contidos a fls. 4 e 19 dos autos em virtude de não noticiarem qualquer **motivo** pelo qual se está a pretender a oitiva de parlamentar em Inquérito Policial na condição de acusado, ou até mesmo na condição de testemunha.

5. Para arrimo da tese, parece até mesmo dispensável perfilar o entendimento do ex-Procurador-Geral da República, o eminente Professor HÉLIO TORNAGHI, para o qual "(...) o disposto nos arts. 218 e 219 (do CPP), a raspato do dever de comparacimento, refere-se exclusivamente à fase judicial. É a testemunha obrigada a atandar a convitas, convocações, chamados de autoridade não judicial? Da polícia, por exemplo?" Mais adiante aduz o eminente jurista, mestre da ciência processual: "(...) dir-se-á que toda a ordem não ilegal é legal. Mas a verdade é que a ordem de fazer ou não fazer equivoque que a lei não manda não é legal, porque não tem lei a ampará-la e porqua etenta contra o § 2º do art. 153 de Constituição". E arremata aquele caudex: "Concordo que a lei deveria instituir a obrigação... Mas isso é uma consideração feita de lege ferenda. De iure constituto, não vejo como obrigar alguém a comparecer diante da autoridade policial para depor". (5) — grifou-se.

É o que PONTES DE MIRANDA denomina princípio da legalitariedade, prelecionando: "(...) qualquer regra jurídica que crie dever de ação positiva (fazer) ou de ação negativa (deixar de fazer, abster-se) tam de ser ragra de lai, com as formalidades que a Constituição exige" (6). E, como luva ao caso presente,

(2) Código de Processo Civil Brasileiro, art. 225.

(3) CPC, arts. 225, II e 285, segunda parte.

(4) Código de Processo Penal Brasileiro, art. 352, inc. V.

(5) Curso de Processo Penal, Saraiva, 2ª ed., Vol. I, pág. 414.

(6) Comentários à Constituição de 1967, Emenda nº 1, tomo V, pág. 1.

arremata o indeslebrável mestre: "(...) uma das conseqüências é a de sar contrário à Constituição de 1967, como às anteriores, exceto a de 1937, lavrar autossam invocação de lei, porque tais autos criariam para o acusado situação de necessidade, que seria a de ter de indagar qual e lei, que infringiu, e que o feto, positivo ou negativo, que se lhe imputa. Sem lei, que ordene fazer, ou que lhe ordene omitir, o homem á livre; a toda acusação sem invocação da lai, ou sam indicação do fato, á injúria, no sentido do direito privado a do direito público, algumas vezes no sentido do direito penal. Só a lei limita a atividade humana". (7) — grifou-se.

6. Pelo visto, não contendo nenhum dos mandados intimatórios qualquer referência a esse ou aquele delito de que se acusa o indiciado, em verdade se lhe está a assacar acusação "in genere" a qual, no mínimo, lhe dificulta, quando não lhe impede de modo invencível, a própria defesa. Isso se se preferir deixar em branco o fato da inexistência de lei que obrigue quem quer que seja a comparecer perante autoridade policial, "a fortiori" em se tratando de parlamentar.

7. De outra banda, parece de todo aplicável, por analogia, o disposto no art. 221 do CPP, ou no art. 350 do Código de Processo Penal Militar, em virtude de que os deputados estaduais, à semelhança das demais autoridades dali constantes, igualmente possuem aquela prerrogativa de função.

Nem se diga, como querem os inúmeros pronunciamentos postos nos autos, tanto pela autoridade policial, quanto pelo eminente órgão do Ministério Público Federal, que os dispositivos processuais em apreço não se aplicam ao Deputado Mallmann porque este não estaria sendo intimado para ser ouvido como testemunha mas, sim, como indiciado. O argumento encontra óbice intransponível no Pretório Excelso o qual já decidiu, na Reclamação manifestada no Habeas Corpus nº 42.108, de Pernambuco, que "(...) pouco importa o rótulo que a autoridade policial ou autoridade policial-militar dê à qualificação da pessoa que comparece para prestar declarações ou depoimento. Pode chamá-lo indiciado, poderá chamá-lo testemunha. Ao remeter os autos à autoridade competente para julgamento, a eutoridade policial ou policial-militar, no seu reletório, dirá qual a posição que essa pessoa ouvida ocupa no processo: se é testemunha ou se é indiciado" (8).

E, de forma nodal, arremata o Prof. MACHADO HORTA: "(...) o que se deve fazer no inquérito, quando ala anvolvar mambro do Podar Legislativo, á ajustar, previamanta, local, dia a hora, para inquirição." (9) — grifou-se.

(7) ob. e vol. cits., pág. 5.

(8) in Imunidades Parlamentares do Deputado Estadual RAUL MACHADO HORTA, Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1967, pág. 47.

(9) ob. e loc. cits.

Na mesma linha, preleciona BARBOSA LIMA SOBRINHO que, "(...) de certo modo, as imunidades se enquadram no conjunto de meios, com que se busca a separação e a independência dos poderes, garantindo a autonomia de uns em face dos outros. Sem as imunidades, os membros do Poder Legislativo ficariam mais dependentes do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Não apenas para que sirvam de anteparo ou de defesa para o representante do povo, mas também para que os animem ao cumprimento de sua tarefa". (10)

8. E assim o é. Ainda que esteja sujeito a responder processo por alguns delitos expressamente previstos no texto constitucional; ainda que não se discuta a processabilidade do parlamentar, ou a não-perseguidibilidade, mas apenas a prosseguibilidade da ação penal, no dizer de MACHADO HORTA "(...) é claro que a interpretação pressupõe a conduta legal e razoável na fase do inquérito, sem autorizar, como é óbvio, procedimento arbitrário e caprichoso que possa embaraçar o livre exercício do mandato e a independência do Poder Legislativo". (11) — grifou-se.

Para conforto da tese, pense-se em intimação para que parlamentar compareça perante a autoridade policial nos mesmos dia e hora em que há votação de matéria relevante no Parlamento a que pertença. Pense-se na possibilidade de, por mero capricho ou, pior ainda, por conveniência política de se afastar o integrante do Poder Legislativo da votação de determinada matéria, facultar à autoridade policial intimá-lo para comparecimento nesse ou naquele dia. Ficaria o Poder Legislativo a mercê dos humores de outro poder (o Executivo) o qual poderia, como exemplificado, afastar parlamentar do local em que ocorresse votação, no momento que bem entendesse, a seu bel talante.

Bem por isso, ou por outra razão ainda que menos relevante, deve ser ajustada previamente com o membro do Poder Legislativo o local, o dia e o momento em que este se haverá de submeter ao interrogatório, ou à oitiva. Se à própria autoridade judicial se lhe impõe o dever de combinar previamente com aquelas pessoas arroladas como titulares de prerrogativas processuais local, dia e hora para que prestem seus depoimentos, como se haverá de facultar à autoridade policial, que é menos, que dirige procedimento meramente administrativo não raramente dispensável à instauração, ou à formação do processo, o poder de intimar essas mesmas autoridades detentoras da prerrogativa?

Por certo que cessam as imunidades frente a determinados delitos. Mas isso não há de desaguar no perdimento das prerrogativas processuais enquanto perdurar o mandato parlamentar. No dizer de PINTO FERREIRA "(...) a função da prerro-

(10) As Imunidades dos Deputados Estaduais, Edição da Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966 pág. 19.

(11) ob. cit. pág. 48.

gativa é a de assegurar a independência da Câmara. Esta se sente segura em seu ofício pela proteção dada ao deputado. Quando o congressista se acha livre da pressão do Executivo, do Judiciário, da própria pressão partidária ou do eleitorado, ele poderá trabalhar mais a contento no exercício de sua atividade" (12).

Não é porque o parlamentar está sujeito a responder por esse ou aquele delito que perde a prerrogativa processual posta nas leis instrumentárias antes referidas. Responde por seus atos delituosos, não fica infenso ao preceito penal, mas nem por isso dele se ausenta a prerrogativa que titula.

Pensar de outra forma seria verdadeiramente afrontar a independência dos poderes estatais, ferindo de morte sua harmonia. Mais ainda: parece que não pode o Delegado de Polícia (estadual ou federal, pouco importa) dirigir-se diretamente ao parlamentar, nem tampouco ao chefe de outro poder a que ele (delegado) não pertence. O mais aconselhável, a nível de harmonia entre os poderes, é que os contatos se estabeleçam a nível de chefes de poder ou, quando menos, a nível de ministro de estado, ou de secretário de estado, e assim por diante.

Pense-se na hipótese de que o indiciado seja, verbi gratia, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o qual, como os Deputados Estaduais, inclui-se no rol do art. 221 do CPP e do art. 350 do CPPM. Seria pensável, ou aceitável, que o presidente da mais alta corte judicial do país pudesse ser intimado pelo Delegado de Polícia (estadual ou federal, pouco importa)? É certo que não.

9. Ora, se não se concebe possa quem não tem imunidade (os magistrados não na têm) ser intimado diretamente pela autoridade policial (um ministro do STF, por exemplo), como se haverá de concebê-lo para quem a tem?

Nem se diga que o delito de que seria acusado o parlamentar (repita-se: as intimações nada noticiam a respeito), por ser capitulado na Lei de Segurança Nacional (Lei 6.620/78), afasta a indeclinabilidade de suas prerrogativas funcionais. O fato de que a Lei de Segurança contém dispositivos mais fortes, mais graves, por si só não afasta a independência entre os Poderes de Estado. Antes, pelo contrário, seria inconstitucional se assim o fosse.

10. É bem verdade que a norma posta no art. 32, cabeça, da Carta Constitucional de 1969 é de conteúdo constitucional material. É bem verdade que essa norma impede até mesmo a existência do delito ou, em linguagem mais comprometida com a técnica jurídica, afasta desde logo a antijuridicidade da ação ou da omissão que normalmente constituiria conduta delituosa. De outra parte, é bem verdade que essa inviolabilidade que, mais do que a improcessabilidade (regra de direito constitucional processual) posta no § 1º do mesmo artigo, impede esse existir do delito no

(12) Enciclopédia Saraiva de Direito, 43/53

mundo fenomênico, é ressaltada, **ou era ressaltada** nos casos de crime capitulado na indigitada Lei de Segurança. Dito de outra forma: se o parlamentar cometer, ou **cometesse** crime contra a Segurança Nacional tipificado naquele diploma legal, afastada estaria sua inviolabilidade no exercício do mandato de que fosse titular e, pois, seria considerado agente de delito como qualquer outro.

Ainda aí, porém, sustenta-se que não poderia ser intimado diretamente por qualquer autoridade, policial ou judicial, e assim por diante, a não ser que, quando muito (no que se refere à autoridade policial), houvesse ajuste pertinentemente a seu depoimento no que se refere a local, dia e hora de prestá-lo.

11. O entendimento tem guarida na própria Lei de Segurança que estabelece que o processo e julgamento dos crimes ali cominados **"(...) reger-se-ão pelas disposições do Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com as disposições especiais desta lei"**. (13). Ora, não prevê a Lei de Segurança norma qualquer que revele a incidência do disposto no art. 350 do CPPM. Já se disse, o Tribunal Maior da República chancelou o entendimento de que inexistente diferença de tratamento entre a testemunha que deva depor em inquérito e o respectivo indiciado. Se inexistente a diferença, pode e deve o indiciado receber o mesmo tratamento que teria se testemunha fosse. É o caso dos autos.

O emprego da analogia ao caso presente tem indiscutível supedâneo na regra constitucional do art. 6º da Constituição Federal. Não se discute o fato de que o inquérito policial processo não é; que é mera peça informativa de futura denúncia que até mesmo pode ser dispensada à viabilização desta. Não se está a sustentar que o princípio constitucional do contraditório, posto na Carta (14), abarque o inquérito uma vez que, este, **"instrução criminal"** ainda não é. Sabe-se da natureza inquisitorial do inquérito o qual, por isso mesmo, não se compadece da garantia do contraditório processual. Mas nada disso repele o instituto da separação dos Poderes do Estado que é matéria de caráter nítida e definitivamente principiológica. Bem pelo contrário. Sendo o Estado de forma republicano-democrática fulcrado, precisamente, na separação entre os poderes constituídos, mercê do Poder Constituinte Originário que assim o quis, repugna a esse mesmo sistema jurídico assim posto a possibilidade do funcionário policial, exponte sua, designar local, dia e hora para que **membro** de outro Poder ali compareça para essa ou aquela finalidade.

Novamente, no ensinamento de PONTES DE MIRANDA se vai buscar agasalho na matéria. Para o mestre, na análise do que seja independência e do que seja harmonia entre os Poderes do Estado, **"(...) dizer que há harmonia antes de dizer que são independentes constituiria, fora de dúvida, inversão reprovável. O que é lógico e objetivo é que se lhes apontem o ser, inclusive a indepen-**

(13) Lei 6.620, de 17 de dezembro de 1978, art. 52

(14) art. 153, § 16.

dência com que eles são, e depois a harmonia, que é como a restrição, a limitação, a tal independência". (15).

Da forma que esta a relação inter-Poderes que ora se debate, antes, muito antes de se atentar contra a harmonia entre os Poderes, se está a ferir de morte a independência de um deles. No dizer de SANTI ROMANO, **"(...) cada um dos poderes distingue-se dos demais, e o exorbitar de um com prejuízo para os demais assume a figura específica do abuso de poder, para o qual — com o escopo de preveni-lo e reprimi-lo — existem, às vezes, institutos e procedimentos particulares"**. (16).

No caso prente parece mesmo que há um exorbitar de funções pelo agente administrativo do Poder Executivo em relação ao agente político do Poder Legislativo. Não pode aquele dirigir-se, diretamente, a este a fim de compeli-lo a fazer ou deixar de fazer o que quer que seja, especialmente se não for em virtude de lei.

12. Não obstante a turbulência que a matéria para alguns poderá conter, hoje há óbice intransponível a coibir e a expungir de qualquer possibilidade a exigência de comparecimento do parlamentar perante a autoridade policial federal.

É que a 5 do corrente mês o Diário Oficial da União fez público que o Congresso Nacional, através das Mesas de cada uma de suas Casas (17), promulgou a Emenda Constitucional nº 22 que, entre outras providências, introduziu alterações no art. 32 da Constituição Federal destas resultando que (a) a inviolabilidade parlamentar prevalece nos casos de crimes contra a segurança nacional e que (b) os deputados federais e senadores serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal destes afastando, pois, a competência da Justiça Militar para julgá-los em crimes provenientes do exercício de seus mandatos por suas opiniões, palavras e votos.

13. Como ressaltado, as normas constitucionais federais ficam incorporadas ao direito constitucional estadual desde logo disso emergindo que a incorporação é automática, não carecendo de alteração no direito positivo local (18). Ademais, como ressaltado pelo eminente OSWALDO TRIGUEIRO, **"(...) desde que não podem legislar sobre matéria penal, ou mesmo processual — reservadas à competência privativa da União — os Estados devem limitar-se a reproduzir o direito federal, com as adaptações necessárias e indispensáveis"** (19). É o caso subjudice. Adentrando no mundo jurídico local desde logo, e não podendo, no que pertine à matéria, o Estado legislar, mesmo que supletivamente (20), a inovação via

(15) Ob. cit., tomo I, pág. 558.

(16) Princípios de Direito Constitucional Geral, Revista dos Tribunais, pág. 229.

(17) art. 49 da Constituição Federal.

(18) art. 200 da Constituição Federal.

(19) Direito Constitucional Estadual, Forense, pág. 160.

(20) art. 6º, parágrafo único da Constituição, a contrário sensu.

Poder Constituinte de segundo grau aplica-se desde já aos parlamentares estaduais deles retirando condição de perseguibilidade no que tange a crimes contra a segurança nacional.

14. Mais ainda: incide na espécie a regra posta no § 16, do art. 153 da Constituição no sentido de que se haverá de aplicar, no relativo ao crime e à pena, **a lei anterior**, salvo quando agravar a situação do réu.

Preliminarmente, diga-se que vem à colação a norma apenas para demonstrar que já não mais estão sujeitos os parlamentares ao foro militar em casos de crime contra a segurança nacional e, nesse sentido, a foro nenhum no que concerne ao exercício de seus mandatos por suas opiniões, palavras e votos.

Ora, os autos **noticiam** (sem que disso haja documento hábil) que a imputação contra o Deputado Estadual adviria de requisição do Ministério Público Militar, por suposta existência de crime contra a honra do Presidente da República (21) perpetrado no exercício do mandato parlamentar. É de se concluir, pois, que se a garantia constitucional de aplicação da lei mais benéfica ao réu impende que se lhe aplique a **a lei infraconstitucional posterior**, com muito maior razão se lhe haverá de aplicar a **nova lei constitucional** materializada na indigitada Emenda Constitucional nº 22 ora promulgada, pena de total fratura do sistema jurídico vigente.

No ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao tratar da eficácia abrogativa das normas constitucionais, "**todas as normas constitucionais — que as de eficácia plena, quer que as de eficácia contida, ou as de eficácia limitada, as programáticas inclusive — incidem, nos limites de sua eficácia, imediatamente, salvo se a própria Constituição, expressamente, dispuser de outro modo**". (22) — grifou-se.

No dizer de PONTES DE MIRANDA, "**(...) a Constituição é rasoura que desbasta o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais**". (23)

15. Não fossem, pois, os óbices antes referidos que já estavam a obstar a compulsoriedade do parlamentar comparecer em presença da autoridade policial quando esta bem o entendesse, há nova regra jurídica constitucional a impedi-lo e, como regra constitucional, de **eficácia imediata**.

16. Em conclusão no caso dos autos e em face da indigitada Emenda nº 22, considerando que já não mais subsiste no campo do direito constitucional material a

(21) fis. dos autos do expediente.

(22) Aplicabilidade das Normas Constitucionais, RT, pág. 202.

(23) Comentário à Constituição de 1967, tomo VI, pág. 369.

antijuridicidade do ato praticado pelo referido parlamentar, não mais pode contra ele ser instaurada qualquer medida processual, ou pré-processual, trancando-se pois, todo e qualquer iter eventualmente iniciado que tenha por escopo processá-lo por crime contra a segurança nacional restando a possibilidade única de contra ele se iniciar ação penal por crime contra a honra (24). em qualquer caso, porém, respeitadas as prerrogativas do parlamentar.

É, salvo melhor juízo, o meu parecer.

Porto Alegre, 08 de julho de 1982.

(24) nova redação do art. 32, caput, dada pela Emenda nº 22.

COMPETÊNCIA SUPLETIVA LEGISLATIVA ESTADUAL

GERALDO ATALIBA

Quando a matéria for substancialmente administrativa, é inafastável a competência legislativa estadual.

O Estado pode fixar limites da velocidade nas estradas estaduais.

PARECER

a) Preliminares

A questão submetida ao exame da Suprema Corte não é mera querela acidental e periférica, que possa ser reputada de secundária importância. Pelo contrário, é questão que diz com os fundamentos da própria estrutura do Estado e com a essência das instituições debaixo das quais vivemos, desde 1891.

Não se trata só de discutir simples problema de aparente incompatibilidade entre preceitos de natureza legal, emanados do Congresso e de uma Assembléia Legislativa.

Na verdade, aqui se questiona o significado do princípio federal; o sentido, o conteúdo e alcance das suas exigências.

Questionam-se, também, as implicações do princípio da separação dos poderes, tal como posto no art. 6º do Texto Magno. Quais seus limites, quais as instâncias por ele postuladas.

Em suma, a Suprema Corte dará resposta a duas magnas questões:

- a) pode o Congresso suprimir ("excluir") a competência supletiva estadual?
- b) pode qualquer órgão constituído inibir faculdades legislativas estaduais, em favor do Executivo?

Só o plenário do Supremo Tribunal Federal pode decidir essas matérias, dada sua capital importância, no contexto do nosso sistema.

É esta uma das atribuições máximas da Suprema Corte. É sua própria razão de ser o pronunciar-se sobre isso. De todas suas funções, a mais relevante, a mais decisiva.

Cônsua disso, a própria Suprema Corte — disciplinando o processo relativo ao exercício dessa capital função — prescreveu, no parágrafo único do artigo 143 de seu regimento interno, a necessidade da presença de pelo menos oito de seus integrantes, estabelecendo, assim, especialíssimo **quorum** de funcionamento e exigindo, como **quorum** de aprovação, o voto de pelo menos seis ministros (artigo 173), na consônanua de estipulação constitucional que exige a maioria absoluta dos votos dos seus **justices** a que o Supremo declare um ato legislativo inconstitucional (art. 116).

b) Competência residual

A interpretação que o Executivo do Estado de S. Paulo adota — na representação que fez ao Douto Procurador-geral da República — na verdade, termina por nada relegar ao Estado, anulando radicalmente o princípio federal e reduzindo-o a insignificante expressão retórica no Texto Constitucional. Ao contrário de proclamá-lo e exaltá-lo — como é dever até constitucional do Chefe do Executivo do Estado — pugnando pelo seu respeito e prestígio e instando pela sua observância, surpreendentemente esse agente estadual, na defesa da atribuição que pretende ter na matéria em causa, o menoscaba, o amesquinha, reduzindo-a à insignificância.

A fim de negar à Assembléua Legislativa a competência para fixar limites de velocidade, em certas rodovias, o Chefe do Executivo do Estado apega-se a uma atribuição decorrente de regulamento federal, ao contrário de respeitar as atribuições que as Constituições federal e estadual concedem ao Poder Legislativo.

Propõe exegese que reduz o Estado federado (com exclusão de seu Poder Legislativo) a executor de decisões menores de órgãos administrativos federais.

Essa postura demonstra desdém pela concepção — entre nós já arraigada, porque herança cara recebida de nossos maiores — de que os poderes das autoridades públicas ou emanam da Lei Maior, ou não passam de expressões tribais de mando primitivo. Já CÍCERO timbrava a parêmia civilizada, que inspira a tradição do nosso direito público: **servus legum sumus, ut liberi esse possimus**.

A interpretação que propõe e pretende seja acolhida pela Suprema Corte anula e deixa sem conteúdo a competência supletiva dos Estados, a que se refere o parágrafo único do art. 13 da Constituição Federal. Simplesmente atribui ao constituinte a estultícia de prever competências sem objeto, atribuições constitucionais sem substância. É interpretação que não se limita a postular o esvaziamento de um preceito constitucional (o que já é grave), mas destrói o sistema pela base, por negar toda eficácia a um princípio fundamental.

c) Atribuições normativas inaugurais são de competência do Poder Legislativo.

O código nacional de trânsito não pode conceder atribuição normativa a órgão que não seja legislativo, ou em detrimento do Poder Legislativo. Se a Constituição

Federal — que fixa os grandes princípios de organização do estado e a divisão dos poderes — dispõe de forma a obrigar entender-se reafirmada e confirmada, no Brasil, a concepção jurídica segundo a qual as leis são normas genéricas e abstratas e o Executivo um conspícuo executor das determinações emanadas dos órgãos da representação popular (art. 81, III) não há como entender-se possível que, no uso da faculdade que a Constituição lhe outorgou, o Congresso Nacional expeça lei dispondo sobre o exercício de funções normativas, nos Estados, com total alheamento do Poder Legislativo Estadual, que recebe faculdades da Constituição Estadual, com direto fundamento no texto federal, seu modelo imediato e necessário (art. 10, VII, **a, c** e art. 13. **a** da C. F.).

Logo, nem a lei nacional pode invadir assunto da intimidade do Estado (como a distribuição de funções dentre seus órgãos constitucionais), nem lhe é autorizado estabelecer opções em favor de um (Executivo) contra outro (Legislativo), em contraste com o esquema traçado na Carta Máxima nacional e na própria Constituição Estadual.

Se o de que se cuida é de fixar preceito genérico e abstrato, em nível inaugural e inovador, a matéria é legislativa (PONTES DE MIRANDA). Portanto, por sua natureza, de competência do Poder Legislativo.

Só por isso já é de ser repelida a pretensão do Chefe do Executivo estadual. É bastante o verificar que uma atribuição terminantemente normativa foi atribuída ao Poder Executivo, contra o espírito, os princípios e as diretrizes fundamentais do sistema, e com infração direta e flagrante de regras explícitas da Lex Magna (art. 6º). Na verdade, se nem voluntariamente os poderes podem delegar atribuições (parágrafo único do art. 6º, C. F.), **a fortiori**, são vedadas as invasões de competência, ainda que incentivadas por ato normativo — como é o caso do regulamento do código nacional de trânsito.

O código nacional de trânsito — que consubstancia (sem esgotar) a competência da União para legislar sobre tráfego e trânsito — na verdade, não pode ser interpretado de modo a induzir seja essa competência como que um "cheque em branco", a ser preenchido a seu talante, pelo destinatário. O Congresso Nacional. Essa competência não significa arbítrio ilimitado dado ao legislador nacional, para dispor de qualquer modo, irrestritamente. Não é dado a nenhum órgão dos poderes constituídos desacatar princípios e regras constitucionais sob o pretexto de obediência à Constituição.

d) Harmonia do sistema jurídico. Necessidade de interpretação que exalte tal harmonia.

Essa lei — como todas as leis emanadas de quaisquer órgãos constituídos do país — há de se submeter às balisas e limites contidos na Constituição; e sobretudo tender a realizar (assegurando-lhes a sua eficácia, na maior plenitude possível) os

princípios constitucionais, dos quais, a federação, a república e a tripartição do poder comparecem em posição singularmente relevante (porque fundamentais e básicas de todo o sistema).

Só legislação que respeite as exigências decorrentes desses princípios poderá ser aceita como legítima e válida. E é na conformidade das exigências dos princípios — mormente os mais conspícuos e básicos. — que se há de interpretar essa mesma legislação.

A competência para legislar sobre tráfego e trânsito — assim como todas as demais recebidas pelos órgãos legislativos do país — é competência que há de ser desenvolvida não só na conformidade das balizas expressas contidas no Texto Constitucional, como ainda, há de ser todos os preceitos assim emanados realizadores e respeitadores dos princípios constitucionais fundamentais. Entender de outra maneira é reduzir a Constituição a mera tábua de sugestões, simples rol de recomendações. É negar-lhe a *vis* de Lei Máxima, vigor de Carta Fundamental, eficácia de Suprema Lei do País. Pretender que o Supremo Tribunal Federal o faça é pedir-lhe que renegue sua função de sumo guardião da Constituição.

Querer que o Supremo decida de modo a renegar a autonomia do Estado, ou exaltar o Executivo, em detrimento do Legislativo, em matéria legislativa, é pedir-lhe que revogue a Constituição, ou agrave seus mais básicos princípios.

e) Princípios republicano e federal

Alguns princípios constitucionais foram tradicionalmente postos pelos sucessivos legisladores constituintes como fundamentais a todo sistema e, por isso, em posição de eminência relativamente a outros. Os mestres da filosofia do Direito RECASES SICHES, J. MANUEL TERAN, KELSEN, LOURIVAL VILANOVA — ao assinalá-lo — mostram as notáveis conseqüências exegéticas a que não podem ficar indiferentes os aplicadores.

No Brasil, os princípios mais importantes são os da federação e da república. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se devem interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros (v. "Elementos de Direito Administrativo", Editora Revista dos Tribunais, 1980, pág. 230, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO).

Diversas ordens de considerações evidenciam a posição privilegiada em que foram postos esses dois princípios fundamentais de todo o nosso sistema jurídico.

Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares, pela circunstância de virem mencionados em primeiro lugar (art. 1º), nos textos constitucionais republica-

nos (o que por si só nada significaria, mas, assume expressão decisiva e radical, à vista das considerações sistemáticas a seguir expostas).

São repetidos, enfatizados, reforçados, reiterados e assegurados, até as últimas conseqüências, por inúmeras outras disposições constitucionais, abundantes preceitos que lhes explicitam o conteúdo, sentido, alcance, exigências e limites de eficácia. Praticamente toda a parte orgânica da Constituição (título I, arts. 1º a 144) é seu desdobramento.

Exsurge a federação como a associação de Estados (*foedus, foederis*) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela "autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal" (SAMPAIO DÓRIA), caracterizadora de sua igualdade jurídica (RUY BARBOSA), dado que ambos extraem suas competências da mesma norma (KELSEN).

Daí o cada qual ser supremo na *sua* esfera, tal como dispostas no Pacto Federal (VICTOR NUNES).

Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüente responsabilidades dos mandatários.

Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização, representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia ("check e balances" do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de RUY) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico. Assim funcionam eles como alicerces de toda a estrutura constitucional, "pedras de toque" ou "chaves de abóboda" do sistema.

f) Superioridade e intocabilidade da Federação e da República

É a disposição peremptória e categórica do § 1º do art. 47 do texto constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o excepcional prestígio desses dois princípios constitucionais, ao vedar terminantemente que seja "objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República".

A Constituição brasileira se classifica dentre as rígidas porque qualquer alteração no seu texto só pode ser aprovada por um processo especial e qualificado, previsto no próprio texto constitucional.

No que respeita, porém, a esses dois princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é "rigidíssima". Não há possibilidade de ser ela alterada quanto a essas ma-

térias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto, ela é inalterável. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer projeto tendente (que abrigue tendência; que leve; que conduza; que encaminhe; que facilite; que possibilite, mesmo indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos. Intocáveis, na plena extensão do significado da palavra. (Nas clássicas e magistrais observações de TERAN, isto demonstra de modo categórico sua sobrançeria sobre todos os demais preceitos constitucionais, seu cunho de intocabilidade e sacralidade).

Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável por via de emenda. Eles são perenes, eternos, imutáveis, (juridicamente). Quer isto dizer que só por via revolucionária, só mediante quebra de ordem jurídica podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados. Só o poder constituinte originário, pode minimizá-los ou aboli-los.

Pois, desde 1891 tivemos sete manifestações do poder constituinte pleno, no Brasil (1891, 1930, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), e uma do poder constituinte derivado com caracteres amplíssimos (1926). Note-se que três vezes o poder constituinte se manifestou por assembléias representativas democraticamente eleitas (1891, 1934, 1946); nas demais, tivemos constituintes autoritários.

Pois - com exceção da ditadura estadonovista (1937) — não tiveram coragem, disposição, valor ou mesmo vontade os titulares da soberania nacional plena, para abolir ou postergar esses dois princípios, o que prova o quão arraigados estão na nossa consciência política, de modo a se fazerem irresistível tradição, expressões sagradas do sentir nacional (verdadeiras e legítimas **instituições**, na magistral categorização de SANTI ROMANO).

Temos, pois, que considerar o problema de como interpretar o mandamento do § 1º, do artigo 47, do Texto Constitucional vigente, que — impedindo o processamento de projetos de emendas tendentes a abolir a federação e a república — faz de modo singular (em contraste com o direito comparado) absolutamente rígida nossa Constituição, nesse ponto (em suas exigências básicas e essenciais).

Parece óbvio que a vedação não tem só o singelo e limitado sentido de proibir que se postule direta e imediatamente a abolição de um ou de ambos os princípios (federação e república). Não!

Na verdade, qualquer proposta que indiretamente, remotamente ou por consequência, tenda a abolir quer a federação, quer a república é igualmente proibida, inviável e insuscetível de sequer ser posta como objeto de deliberação (por qualquer órgão constituído).

Não teria sentido atribuir-se menor expressão ao dispositivo constitucional em causa. Seria inócuo, se pudesse ser entendido em termos tais que consentisse a aprovação de medidas oblíquas ou indiretas, que reportassem ao resultado vedado.

De todas essas considerações, é importante salientar que o princípio federal, em suas mais essenciais exigências, só pode ser revogado por força de uma verdadeira revolução, que deite por terra o Texto Constitucional e abrogue categoricamente todo o sistema, a partir de suas bases. Só arrasadora revolução popular pode anular o princípio federal. Só a movimento político constituinte poderá o Supremo ceder, dada a irrestibilidade da força bruta por ele desencadeada.

g) Consequências dogmáticas e exegéticas da super-rigidez constitucional

A nenhum órgão constituído — nem mesmo ao Poder Legislativo nacional, no exercício da faculdade de emenda Constitucional (poder constituinte derivado de reforma) — é lícito adotar medida, resolução ou decisão que importe amesquinha-mento de suas exigências.

Ao máximo (e único) órgão constituinte derivado (o Congresso) não é dado nem mesmo "discutir projeto" tendente a anular competências estaduais, reduzindo as entidades federadas a meras **satrapias**.

Ora, com maior razão, não pode expedir lei que de alguma maneira anule as exigências do princípio federal. A disposição do § 2º do artigo 13 — prevendo a competência residual dos Estados, em matéria legislativa — não pode ser reduzida a expressão irrisória, nem pela lei, nem por via de interpretação. Ensina o preclaro AGUSTIN GORDILLO — expressão maiúscula da doutrina argentina do direito público — que os princípios, como alicerces do sistema jurídico, servem de norte, diretriz, orientação para o intérprete do direito.

Como se trata de um princípio constitucional — diretriz de todo o sistema, regra básica de toda a nossa ordenação fundamental — a interpretação de todos os demais dispositivos constitucionais é condicionada por seus imperativos. As regras, mesmo constitucionais, pertinentes às suas exigências se devem acomodar, como o ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com ênfase especial.

Como um dos alicerces de todo o sistema jurídico, derrama a força de sua influência sobre todo o conjunto e atua como luz que ilumina as simples regras — mesmo de natureza constitucional — indicando o sentido em que devem ser interpretadas, bem como determinando positiva e negativamente, pela superioridade de sua eficácia, os limites e o conteúdo daquelas regras.

Mas, é sem dúvida a orientação, o sentido, o "norte" que imprime aos demais preceitos, institutos e plexos de regras, que sinala a força específica dos princípios.

De sua especial e qualificada eficácia decorre principalmente a orientação que fixa os critérios a serem adotados pelo intérprete, na reiterada lição de PAULO DE BARROS CARVALHO.

O aplicador judicial da lei deve maior, mas especial e mais reverente fidelidade e acatamento aos princípios constitucionais. Por isso, deve interpretar as demais regras — mesmo constitucionais — em harmonia com eles.

Com mais razão, há de atribuir às simples leis — ainda que complementares — exegese que revele, ressalte, desvende e prestigie a eficácia dos princípios.

Se, em dada situação, surge aparência de divergência entre uma regra e um princípio — antes de qualquer outra coisa — o intérprete dá à regra interpretação harmoniosa e coerente com as exigências do princípio. O que se não consente é que este seja, por qualquer forma, negado, diminuído, contrariado ou esvaziado, for fora de simples regra.

É inadmissível e, pois, redondamente errada a conclusão de qualquer trabalho exegético contrastante com a direção apontada por um princípio.

É inaceitável qualquer interpretação que importe ignorar, anular um princípio.

O primeiro — lógica e cronologicamente — intérprete da Constituição, é o legislador que, no Texto Magno, vai buscar a fonte de sua competência, e necessariamente seus contornos, mas principalmente o sentido, a direção que deve imprimir à sua obra de criação legislativa.

Este primeiro intérprete não pode — no meditar sobre a exegese do sistema a que deve dar animação, pela ação legislativa — desatender ou desprezar o sentido apontado pelos princípios, nem as instâncias postuladas por suas exigências.

Os princípios federal e republicano encerram exigências instantes que devem ser satisfeitas pelo legislador (BISCARETTI DI RUFFIA) e pelos aplicadores administrativo e judiciais. Todos hão de assegurar que o rumo, o norte (GORDILLO), a diretriz neles contida não sejam negados e nem mesmo menoscabados na aplicação seja de preceitos constitucionais, seja de meras leis.

Dessarte, a interpretação das disposições constitucionais concernentes às competências da União há de considerar as decorrências desses magnos princípios, atentos os intérpretes para a harmonia do sistema, que postula a necessidade de combinação harmônica das diversas exigências concomitantemente incidentes sobre uma só situação.

Assim (perdoe-se a reiteração), se nem mesmo ao Congresso — que tem o poder constituinte derivado — é lícito expedir lei em sentido negador das exigências

dos princípios capitulares, com maior razão, não podem os intérpretes — sejam administrativos, sejam judiciais — aportar a conclusões exegéticas que conduzam ao mesmo resultado. Em outras palavras: a Constituição veda peremptória e categoricamente que o próprio legislador de reforma constitucional menoscabe o princípio federal; **a fortiori** os demais órgãos (Legislatura ordinário, Executivo e Judiciário) estão impedidos de fazê-lo.

Concluindo, ao se considerar as competências legislativas da União, de que cuida o artigo 8º, XVII, **c**, impõe-se ao intérprete discernir os que envolvem matéria administrativa, dos demais. É que, se a legislação administrativa é instrumento de afirmação da autonomia dos Estados (artigo 13), é de toda evidência que a competência federal não pode **excluir** a estadual, sob pena de se atribuir incoerência ao Texto Constitucional. Nessas matérias, portanto, a interpretação das cláusulas de competência há de ser estrita, pois tais regras são **excepcionais**, num sistema que dá tal primazia à federação.

No que ao caso em discussão pertine, por outro lado, a república exige que regras gerais e abstratas inovadoras (inaugurais, dizia o velho OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO) caibam ao legislativo competente. Daí dupla razão para que se atribua sentido restrito ao preceito do código nacional de trânsito, quando disciplinam a matéria.

Estes raciocínios serão desenvolvidos a seguir.

h) **Competências estaduais na sistemática constitucional brasileira**

Quando a Constituição ou o código nacional de trânsito mencionam "Estados", não é lícito ao intérprete entender segundo uma concepção subjetiva — ainda que apoiada nos melhores doutrinadores — o que seja tal entidade. Não é dado a cada leitor adotar o conceito de Estado federado de sua eleição, ainda que decorrente de intenso e legítimo afeto intelectual ou ideológico.

Essa alusão é, necessariamente, feita àquela entidade de que cuida o art. 13 da Constituição Federal, portanto àquela pessoa jurídica de direito público interno, dotada de natureza política (RUY CIRNE LIMA), integrante da Federação brasileira e competente, nos termos da Constituição Federal, para organizar-se pela sua Constituição a reger-se pelas suas leis (PONTES DE MIRANDA).

É o Estado que, federado a outros iguais, engendrou o Estado federal, concedendo-lhe as competências que se prevêm no Pacto Federal (artigo 8º) e restando para si os poderes que no mesmo documento estampou (art. 13 e §1º).

É essa entidade que tem ampla competência para emanar seu direito administrativo (VICTOR NUNES), inclusive, o concernente a assuntos de trânsito, quanto à matéria residual (CAIO TÁCITO, MOACYR AMARAL DOS SANTOS).

É esse o "Estado" que recebe do código nacional de trânsito algumas competências (como nem poderia deixar de ser). E esse Estado exercerá tais competências na forma da sua organização interna, como quer a disposição Constitucional (artigo 13), que lhe faculta o criar seus poderes e distribuir as atribuições políticas entre eles (impondo-lhes, entretanto, o adotarem o princípio da tripartição de funções — art. 6º — com reserva da função legislativa a uma Assembléia eletiva). É a entidade mencionada no art. 13 do Texto Supremo Federal — com sua Constituição própria — que se reportam à Constituição e à lei nacional.

Portanto, quando o código nacional de trânsito confere atribuições aos Estados, não lhes fez nenhum favor; isto não decorre de nenhuma liberalidade. Não poderia a lei nacional dispor de maneira contrária. É que há matérias administrativas necessariamente de competência estadual, implicadas irresistivelmente na sua autonomia, no seu poder de auto constituir-se e de auto-organizar-se (seus órgãos, seus agentes, seus instrumentos de ação, seus meios de afirmação). Se a Constituição dá os fins — ensina RUY — dá implicitamente os meios. Se deu autonomia aos Estados, deu-lhes os meios de sua eficácia, inclusive potestade legislativa para sobre eles dispor. E se faculdade de igual natureza a Carta Federal dá à União, tal faculdade há de conviver com a implícita estadual, própria do seu inalienável direito administrativo.

No caso **sub examine**, há bens públicos (vias) agentes, órgãos, meios e instrumentos estaduais inafastavelmente envolvidos na matéria de tráfego e trânsito. Como "**o que a Constituição dá com a mão direita, não retira com a esquerda**." — ainda na lição de RUY — impõe-se interpretar a competência do Congresso para legislar sobre trânsito, em harmonia com a competência estadual para disciplinar as matérias administrativas supra-exemplificadas. Essa coordenação de duas competências superpostas é delicada e difícil, mas não impossível. No caso — em vista da clara disposição do artigo 8º, XVII, n da C. F. — com superioridade da lei federal nas matérias gerais, porém sem **excluir** o direito administrativo estadual. Daí a necessidade de interpretação estrita da competência federal e das leis com base nela expedidas pelo Congresso.

Isto mostra que, no caso, nem necessidade haveria de se invocar a competência supletiva estadual (parágrafo único do art. 13). A legislação estadual sobre a matéria é necessária (juridicamente inafastável) pela disposição do art. 13 da Carta Magna Federal.

Por isso, as leis do Congresso não de conhecer a existência dos Estados e as suas competências inderrogáveis e indisponíveis, a serem exercitadas por seus órgãos supremos, na forma das suas constituições. E se o não fizerem, a interpretação judicial — reverente à harmonia do sistema jurídico global — colocará tudo nos seus devidos lugares, tal como postulado peremptoriamente pela Carta Magna e na conformidade das magistras diretrizes hermenêuticas classicamente fixadas pelo involvi-

dável **justice** JOHN MARSHALL, cujas postulações foram acolhidas por nós desde 1891, graças à genial inspiração de RUY, plasmador de nossas instituições e inspirador dos mecanismos de seu eficaz funcionamento.

Enquanto a Federação for princípio fundamental e básico de toda nossa ordenação jurídica, não pode haver interpretação que atribua à nossa legislação, e ao comportamento das pessoas públicas, disciplina própria de estado unitário. Ainda que se afirme — de modo duvidosamente procedente — que caminhamos no sentido do estado unitário, este ainda não foi estabelecido, por falta de verdadeiro e legítimo movimento revolucionário, que o restaure. Enquanto isto não acontecer, a ninguém é dado ignorar as exigências do princípio federal; nenhum órgão tem o poder de anular as suas peremptórias exigências básicas. E se o fizer, estará praticando a mais grave e repugnante transgressão ao que de mais sagrado funda nossas instituições. Por isso, merecerá enérgica repulsa da Suprema Corte, órgão constitucional cuja precípua e mais nobre atribuição está em assegurar a supremacia do Pacto Federal.

i) **Próprios estaduais e legislação**

Na verdade, trata-se no presente caso, também, de saber quem tem a faculdade de legislar sobre bens públicos estaduais, a sua acessibilidade, modo e disponibilidade de uso; competência para disciplinar a função de agentes estaduais, e o comportamento de administrados do Estado, em próprios seus.

Parece nitidamente implícito no preceito explícito — dizia RUY — do art. 13 do Texto Constitucional (como decorrência, aliás necessária, do art. 1º, consagrador do princípio federal) que os Estados regularão o uso de seus próprios, ordenarão o comportamento de seus agentes e administrados, relativamente aos seus bens, e disciplinarão condições de uso de suas vias públicas. O próprio Código Nacional de Trânsito o reconhece, repetimos, não como liberalidade, mas sim como necessária decorrência das exigências constitucionais mais fundamentais.

Por isso mesmo, o Código Nacional de Trânsito prevê a regulamentação do exercício do uso, movimentação e circulação em vias públicas estaduais e municipais, deixando espaço a uma legislação estadual e municipal a esse respeito.

Nem poderia a lei nacional, sob pretexto de regular tráfego e trânsito, inibir os órgãos constitucionais do Estado, nem dar atribuições legislativas ao Executivo, ou, inversamente dar atribuições administrativas ao Legislativo. Como sob igual ou semelhante invocação não poderia pretender conferir faculdades jurisdicionais a órgãos não judiciários. Em suma: a competência do Congresso para legislar sobre trânsito não o autoriza a superar a repartição radical de funções estatais, nem a invadir a privatividade da ordenação interna dos entes públicos constitucionalmente autônomos. Sob a invocação de uma competência constitucional, a lei nacional não pode desacatar outros preceitos e menos ainda princípios constitucionais.

Deve essa legislação nacional mencionar, quando caiba, os Estados, comportando-se esses, como suas Constituições o estipulem. Quer dizer: nos casos de eventual discrepância entre o rumo, a direção, a diretriz apontada por um princípio constitucional, e uma regra infra constitucional, não cabe titubear: opta-se pela Lei Maior.

Admitir-se doutro modo seria consentir que o Congresso — ao usar de sua competência legislativa — pudesse ir desfigurando o modelo que os Estados adotam (essencialmente predisposto, em suas linhas gerais, pelo próprio Texto Magno federal).

Aliás, a interpretação serena e objetiva do Código Nacional de Trânsito — interpretação essa levada a cabo, como o postula a exegética do **justice** JOHN MARS-HALL, com o intuito de compatibilizar a norma inferior com os imperativos dos princípios e normas superiores — bem evidencia que, quanto ao tema em debate, conciliou-se a competência federal para regular trânsito e a estadual para editar o direito administrativo concernente a seus bens e vias. O intérprete, **in casu**, nada mais tem a fazer do que reconhecê-lo, dando pela improcedência da postulação do Chefe do Executivo estadual e declarando a perfeita constitucionalidade da lei estadual **sub examine**.

j) Interesse nacional e estadual

Parece evidente que, por detrás da letra da Constituição Federal, há toda uma definição — formulada pelo poder constituinte — de interesses públicos nacionais, interesses públicos federais e interesses públicos estaduais (a que correspondem as três ordens jurídicas coalescentes na federação, segundo a distinção postulada por KELSEN: a ordem jurídica global, a ordem parcial central e as ordens parciais periféricas).

Nada autoriza a que o intérprete fique pedestremente com a letra de determinadas disposições, matando, ao mesmo tempo, o espírito que conduziu o constituinte a estabelecer o discernimento entre aqueles interesses ("a letra mata; o espírito, porém, vivifica", São Paulo). Pois, conforme o interesse público qualificado constitucionalmente, teremos legislação nacional, legislação federal ou legislação estadual, para disciplinar a sua cura, pelas pessoas constitucionais a que entregues (tais interesses) pela Constituição.

A teoria das três ordens jurídicas distintas — exposta por KELSEN de maneira tão magistral — encontra, no direito brasileiro, a mais plena consagração, como o reconhecem, de modo implícito ou explícito, os maiores estudiosos do nosso direito público (que tenho a honra de citar no meu estudo "Normas Gerais na Constituição — leis nacionais, leis federais e seu regime jurídico", **in**, "Estudos e Pareceres", vol III, págs. 15 e sgs.). O fato da competência legislativa estadual ter sido materialmente reduzida, ao longo do tempo, por força de sucessivas reformas constitucionais,

não invalida a postulação teórica, nem reduz a eficácia decorrente de sua consagração constitucional. Não vamos cansar o leitor com exaustivas citações, limitando-nos a remetê-lo, se interessado, aos clássicos PONTES ("Comentários...", 1946, vol. I, págs. 185 e 186); CLÓVIS ("Código Civil", vol. I, pág. 202); OSWALDO A. BANDEIRA DE MELLO ("Natureza Jurídica do Estado Federal", 1942, pág. 38); VICTOR NUNES ("Estudo de Direito Público", pág. 163); ANTÔNIO SAMPAIO DÓRIA ("Direito Constitucional", pág. 483, 484, 494, vol. I); RUY CIRNE LIMA ("Princípios...", pág. 36, 5a. ed.); além de CARLOS MAXIMILIANO, ARAÚJO CASTRO, PAULO DE LACERDA, HERCULANO DE FREITAS, CELSO BASTOS, FERREIRA Fº, PINTO FERREIRA e AFONSO ARINOS, nos seus "cursos".

Pois parece inquestionável que, inspirado nessa tricotomia, o legislador constituinte oscilando de 1891 a 1934, de 1937 a 1946 e 1967 — foi definindo a competência para legislar sobre trânsito, em benefício, ora dos Estados, ora da União, sem, entretanto, ter alterado radicalmente a prévia (superior e anterior, do ponto de vista lógico) definição de interesses nacionais e de interesses regionais (colocados sob a cura dos Estados), a não ser acidentalmente, mas sempre sem suprimir uma faixa mínima de competência para autodisciplinar-se administrativamente.

Parece nítido que o interesse nacional está na disciplina do uso dos documentos de identificação, assim dos motoristas, como dos veículos, na uniformidade da sinalização e das convenções, para tornar realidade a unidade do território nacional; e ainda no estabelecimento de condições mínimas de segurança dos veículos, assim como dos próprios motoristas, objetivamente considerados. É inquestionável que essas regras — aplicáveis necessariamente em todo o território nacional, dada sua natureza de leis nacionais — definem um interesse que transcende de muito o mero interesse da União (distinção magistralmente exposta por VICTOR NUNES LEAL), para configurarem-se como interesses nacionais.

Tudo mais é matéria que, conforme o caso, incidirá no campo da legislação administrativa ordinária da União, dos Estados ou dos Municípios, respectivamente, porque concerne à ordenação de interesses que a Constituição conferiu a cada qual. RUY CIRNE LIMA sublinha que o direito administrativo é direito de aplicação exclusiva; assim o direito estadual exclui o federal e vice-versa. Regular bens, serviços, uso de equipamentos, etc. de cada pessoa pública cabe exclusivamente e elas próprias, em caráter privativo.

k) Interesse público municipal

Ao erigir o Município em pessoa política autônoma, a Constituição reconheceu e cunhou um interesse público municipal, entregue, com privatividade, à cura dessa pessoa, a partir do conceito de "peculiar interesse local" (art. 15).

União e Estados o devem respeitar, sob pena de violação constitucional. Parece estar nitidamente inserido nessa cláusula o exclusivo (portanto, excludente do fede-

ral e do estadual) interesse em fixar vias de mão única, locais de parada, locais de estacionamento, pontos de táxi, itinerários de coletivos, etc.

Se lei não municipal dispuser sobre essas matérias, infringe à Constituição, desrespeita o art. 15. Só o Município pode disciplinar tais interesses. Só a lei municipal pode dispor a tal respeito. E esta poderá regulá-lo exaustivamente, estabelecendo deessarte competências vinculadas a serem desempenhadas estritamente pelo Executivo, ou, pelo contrário, criando competências discricionárias, a serem exercitadas pela administração municipal. Em qualquer caso, a legislação federal e estadual estão excluídas do cuidado desses assuntos.

Não pode, entretanto, a União — a pretexto de legislar sobre trânsito — invadir essa área privativa municipal, como igualmente não o pode fazer o Estado, com a invocação de sua competência supletiva. É que o sistema jurídico tem que ser interpretado harmonicamente. Uma disposição não conflita com as outras. **"O que a Constituição dá com a mão direita, não retira com a esquerda"** (RUY).

A autonomia municipal erigida em princípio constitucional, pela disposição do art. 15, não é negada pela outorga de competência legislativa à União (art. 8º, XVII, n) em matéria de trânsito, nem pela competência residual estadual.

O que ao intérprete se impõe é conciliar as exigências dos diversos princípios envolvidos, harmonizando-lhes suas conseqüências, de modo a assegurar-lhes a eficácia, no grau constitucionalmente disposto. Aplicar um princípio, com postergação dos demais importa arvorar-se em constituinte, ou atribuir incoerência ao sistema constitucional.

Aliás isto o legislador nacional o reconheceu, quando tratou de curvar-se à evidência da existência de diversos tipos de vias públicas, desde as mais precárias, rurais, até as mais equipadas e modernas das super-estradas. Mencionar vias públicas é referir-se tanto a vielas, ruelas e becos, como a praças, avenidas ou estradas de todos os tipos. Ora, cada pessoa pública tem **suas** vias, sobre cuja utilização há de dispor, mediante **sua** legislação administrativa.

1) Concluindo

O que na verdade, afinal resulta da consideração da própria legislação nacional — a única, a grande verdade — é que não há lei federal estabelecendo limite de velocidade para as vias públicas, o que nem seria possível estabelecer, dada a diversidade delas. Seria, além de despropositada, abusiva lei nacional que o fizesse de modo simplista, ignorando a imensa variedade de tipos, categorias e classes de vias. Só seria consentida lei que fixasse limites máximos, para cada tipo. Só caberia após a fixação, por lei também, de vasta tipologia que abrangesse todo o universo a ser considerado.

O fato, porém, é que o C. T. N. não contém preceito desse teor (nem mais simples, nem mais complexo). Logo cabem a frase de MICHEL TEMER: **"Naquilo que não se contrapuser... pode o legislador estadual desdobrar e adaptar os princípios firmados pela lei nacional"** (artigo, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de S. Paulo, vol. 16, pág. 300).

Por isso é o legislador ordinário que diante de cada gênero, traçará as regras pertinentes. E, criará, para o Executivo, competências discricionárias ou vinculadas, conforme lhe pareça. Logo, por força do que dispõe a própria Constituição, essa matéria fica na competência residual dos Estados (sem que seja possível ignorar a competência própria dos Municípios, que não está no art. 8º, XVII, da Constituição Federal, mas sim, claramente implícita no art. 15, como o demonstra solidamente VICTOR NUNES).

Em conseqüência, negar à lei estadual validade, quando dispõe sobre esse assunto, é negar a supremacia da própria Constituição Federal.

Em suma, se — perdoe-se a insistência — **"o que a Constituição dá com a mão direita, não retira com a esquerda"**, jamais será lícito entender que os Estados podem ter sua competência legislativa excluída, por obra de lei do Congresso. Se isso já decorreria da simples consagração da sua autonomia (que implica a regulação do uso de seus bens e a edição de seu direito administrativo — porque, se a Constituição dá os fins, dá implicitamente os meios —) mais irresistível fica quando se considera o preceito do parágrafo único do art. 8º

Destarte, pretender interpretar os textos aplicáveis, de modo a autorizar a lei nacional a suprimir a competência supletiva estadual, ofende omnimodamente a Constituição, destruindo seus princípios básicos. Reduz à letra morta o preceito segundo a qual **"a competência da União não exclui a dos Estados"**.

Querer, como o quer o Chefe do Executivo Estadual de S. Paulo, que se acolha tal tese, é desejar que se diga, contra a Constituição, que o Código Nacional de Trânsito exclui a lei estadual em matéria que (a) por ele (C. N. T.) não foi regulada e (b) é por natureza supletiva, e, pois, a lei nacional **"não excluirá"**.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

LEI ORÇAMENTÁRIA

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.
Professor assistente de Direito Administrativo na Faculdade Porto-Alegrense de Ciências Administrativas.
Especialista em Direito Administrativo.

PARECER N° 4.889

PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA REJEITADO PELA CÂMARA MUNICIPAL.

A Emenda Constitucional n° 1/69 alterou o processo legislativo específico da lei orçamentária, sendo rejeitado integralmente, de modo que não é legítimo ao Legislativo negar-lhe aprovação.

Sendo negada aprovação "in totum" pela Câmara Municipal, o Prefeito tem legitimidade para promulgar o projeto original.

O orçamento plurianual de investimentos, de que é ato-condição a lei orçamentária, deve ser promulgado pelo Prefeito, na sua feição original.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CANOAS requer o pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado sobre a seguinte questão: a Câmara Municipal negou aprovação ao projeto de lei orçamentária para vigor em 1982, inclusive às dotações anuais do orçamento plurianual de investimentos para 1982/84. Todavia, o Prefeito promulgou a lei de orçamento, amparando-se no artigo 66 da Constituição Federal, combinado com o artigo 88 da Lei Orgânica de Canoas.

Agora, consulta "qual a forma legal para fazer vigorar e ter eficácia o orçamento plurianual de investimentos para o triênio 1982/84".

É o relatório.

2. Prefacialmente, sinalamos que a elaboração do orçamento é princípio constitucional cogente para os Estados (conforme a Constituição do Brasil, artigo 13, inciso IV), os quais transmitem sua observância obrigatória aos Municípios que eles organizam (consoante a Constituição Federal, artigo 200, e Constituição do Estado, artigo 143).

3. Remetido tempestivamente o projeto de lei orçamentária pelo Executivo, a Câmara Municipal o aprova (e não haveria o problema suscitado), ou não o devolve

para sanção (havendo, então, promulgação do projeto " *assim como está*"), ou o rejeita parcial ou totalmente (como neste caso), e é de se cogitar, então, se a Câmara teria legitimidade para negar aprovação ao projeto referido, ou se a negativa teria o significado de " *não devolver (o projeto) à sanção*", a teor do artigo 88 da Lei Orgânica canoense.

4. A regra geral vigente era que, desaprovado (ou não remetido) o projeto de lei orçamentária, vigeria a lei anterior para o próximo exercício financeiro (conforme o artigo 32 da Lei nº 4.320/64), manobra política de que alguns legislativos se utilizavam para estrangular o plano de governo do Executivo do outro partido político, o qual teria de administrar com orçamento desatualizado, corroído pela desvalorização monetária.

5. Todavia, recente orientação jurisprudencial do Colendo Supremo Tribunal Federal anotou a inversão dessa regra referida, ao apreciar a Representação nº 877-S. Paulo, declarando inconstitucional o artigo 80 da Constituição do Estado de São Paulo, o qual dizia: " **Rejeitado o projeto, subsistirá a lei orçamentária anterior**" (RTJ nº 63, págs. 14/19).

Entendeu o Ministro THOMPSON FLORES, Relator desse julgado, que:

"Tendo as Constituições de 1967 e de 1969 alterado a consequência da não devolução do projeto de orçamento para sanção dentro do prazo, a qual, ao invés da prorrogação do orçamento do exercício anterior (como era nas Constituições de 1934 e 1946), passou a ser imperativo *será o projeto promulgado como lei, dever-se-á alterar a interpretação extensiva, que sempre se deu à cláusula 'se o projeto não tiver sido enviado (ou devolvido) à sanção dentro do prazo', para dar-lhe inteligência estrita, ou seja, a da que abrange, a hipótese de não apreciação pelo Legislativo no prazo estipulado?*

A meu ver, impõe-se a resposta negativa, pelos argumentos que se deduzirão nos itens seguintes.

Por essa interpretação estrita, chegar-se-ia à conclusão da que as Constituições de 1967 e de 1969, ao contrário do que ocorrera com as de 1934 e de 1946, ao modificarem o preceito contido nesses duas anteriores, teriam sido omissas quanto à consequência da rejeição, pelo Legislativo, do projeto de orçamento, dentro do prazo estabelecido para sua votação.

Como solucionar-se essa omissão?

A lei orçamentária é, indiscutivelmente, lei temporária. Tem vigência, apenas, quando anual, para o exercício para o qual foi

promulgada. Essa temporariedade decorre de textos expressos da Constituição de 1969 (e o mesmo sucedia na de 1967) — assim, os arts. 43, I; 60, caput e § 1º; 65, § 2º; 66 caput —, nos quais há a referência categórica a *lei orçamentária anual ou a orçamento anual*. Por outro lado, cabendo, por força do art. 61 da Constituição de 1969 à lei federal dispor sobre o *exercício financeiro*, e tendo o art. 34 da Lei 4.320, de 1964, estabelecido que ele *coincidirá com o ano civil*, os termos inicial e final do exercício financeiro são, respectivamente, 1º de janeiro e 31 de dezembro de cada ano.

Ora, é também incontroverso que as leis temporárias têm sua eficácia cessada automaticamente quando da ocorrência de seu termo final. Para que haja prorrogação, é necessário texto expresso nesse sentido. Não há prorrogação implícita de lei temporária."

.....

Cessada a eficácia da lei orçamentária vigente para o exercício anterior, e tendo sido rejeitado o projeto de orçamento para o ano seguinte, a conclusão inevitável — na falta de texto constitucional que prorrogue o orçamento do ano subsequente — é a de que o Estado ficará sem orçamento. O que é absurdo."

.....

"Demonstrado, assim, de modo exaustivo, que sem a interpretação extensiva da expressão 'se o Poder Legislativo não o devolver para sanção' (no sentido de abarcar não apenas a não apreciação do projeto dentro do prazo, *mas também a sua rejeição*), se chega ao absurdo de se admitir que, pela Constituição Federal, possa o Estado ficar sem orçamento anual; é de acentuar-se, por outro lado, que nenhum argumento há, realmente sério, que se oponha a essa interpretação extensiva, que é da tradição do nosso direito constitucional."

.....

"As anteriores constituições tinham como objetivo claro restringir os poderes do Executivo. A atual Constituição, bem como a imediatamente anterior, evidentemente consubstanciaram regra tendente a coibir abusos do Legislativo, representados pela oposição à proposta do Executivo e com o intuito de lhe causar embaraços. Não constitui novidade dizer-se que as duas últimas

Constituições tiveram como objetivo o fortalecimento do Poder Executivo. Dessa forma, embora o Legislativo tenha como prerrogativa examinar o orçamento proposto, sem dúvida que *não pode rejeitá-lo* para impor a prorrogação do vigente à data da proposta. *A isso se opõe o preceito constitucional. Pode o Legislativo emendar a proposta, dentro das limitações previstas nos parágrafos do art. 66 da vigente Constituição; mas não pode rejeitar a proposta pure e simplesmente. Deve devolvê-la, emendada, para a sanção; pena de não o fazendo, o Executivo promulgá-la como lei orçamentária.*

.....

"Julgo procedente e Representação para o efeito de declarar a inconstitucionalidade do art. 80, última parte, da Constituição do Estado de São Paulo, (...), ou seja, as expressões: "Rejeitado o projeto, subsistirá a lei orçamentária anterior"."

6. Teor semelhante ao artigo 80 da Constituição do Estado de São Paulo tinha o artigo 77 da Lei Orgânica de Tramandaí, *verbis*:

"Artigo 77 — Rejeitado pela Câmara o projeto originário, prevalecerá o orçamento do exercício anterior, aplicando-se-lhe e correção monetária fixada pelo órgão federal competente."

7. O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apreciando esse preceito, julgou-o inconstitucional, pelo voto do Desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *verbis*:

"A lei orçamentária é anual. Como lei anual a Constituição a caracteriza com vigência limitada no exercício financeiro, coincidente com o ano civil, nos termos do art. 34 de Lei nº 4.320, de 17.2.1964. Não pode, pois, vigorar além do exercício financeiro. Não incide sobre o exercício subsequente, a não ser que norma hierarquicamente superior assim o determine. Tal norma existia nas Constituições anteriores à de 1967, mas o princípio da prorrogabilidade foi então substituído pelo do prevaletimento do projeto apresentado pelo Executivo. Nem no âmbito federal, nem no âmbito das unidades federadas, será possível, já agora, a 'ressurreição' de orçamentos extintos pelo decurso do exercício a que correspondiam.

Não podem os municípios, órgãos administrativos territoriais, afastar-se de tais cânones e inovar em matéria orçamentária. A solução adotada na Lei Orgânica da Tramandaí não encon-

tre, portanto, a meu entender, embasamento constitucional."
(Ac. TJRS, in Revista de Direito Público nº 18, S. Paulo, out.-dez. 1971, pág. 242).

8. Na mesma direção foi o Professor CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, na época, Assessor Jurídico do SENAM (SERVIÇO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS), em parecer no qual apreciou a rejeição de projeto de lei orçamentária do Município de Cabo Frio:

"(...) se, até trinta dias antes do encerramento do exercício financeiro, o Poder Legislativo não o devolver para sanção, será promulgado como lei.

Veja-se, agora, que não se fala em ausência de deliberação, mas em falta de envio para sanção, o que significa que o Poder Legislativo não mais tem direito de rejeitar o projeto da lei de meios. Assim, tanto faz a ausência de deliberação no prazo estabelecido, como a rejeição do projeto. Em qualquer dessas hipóteses, o Poder Executivo pode promulgá-lo como lei, pois não foi, no prazo, devolvido para sanção.

Talvez tenha sido a solução encontrada para evitar os casos de rejeição, que levaram à vigência, no exercício seguinte, da lei orçamentária cuja vigência se exaurira, o que trazia sérios inconvenientes pela falta da atualização e inadequação de verbas e provisão da receita, além de outros de fácil compreensão." (Parecer, in Revista de Direito Público nº 10, S. Paulo, out.-dez. 1969, pág. 279).

9. Pela fundamentação retro, entendendo-se que a nova ordem constitucional, a partir de 1967, e vigente hoje pela Carta de 1969, modificou o processo legislativo da lei orçamentária, temos que a Câmara de Vereadores de Canoas não teria legitimidade para rejeitar o projeto de lei orçamentária; tendo-o rejeitado, o que lhe era vedado, e não vigendo mais a lei temporária do orçamento anterior, a promulgação do projeto original pelo Prefeito está submissa ao princípio da legalidade.

10. O orçamento plurianual de investimentos, para o qual a lei orçamentária é ato-condição, segue o mesmo iter da lei de meios, como corolário do entendimento jurisprudencial já mencionado, ou seja, tendo sido rejeitado pela Câmara de Vereadores (o que lhe era defeso, consoante já ficou demonstrado), também deve, legitimamente, ser promulgada a lei respectiva, pelo Prefeito Municipal.

É a conclusão, *sub censura*.

PORTO ALEGRE, 25 de janeiro de 1982.

EXTINÇÃO DE AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA MUNICIPAL

JOSÉ H. V. CASTRO RAMOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor no curso de pós-graduação em Sociologia
e Ciências Políticas da UFRGS
Professor de Sociologia no curso de pós-graduação
em Sociologia da PUC
Doutor em Sociologia, Sorbonne, França

PARECER Nº 4.577

AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA MUNICIPAL

Alteração estatutária.

Modalidades de distribuição do patrimônio, sobrevivendo o término da instituição.

O PRESIDENTE DA CAIXA INTERMUNICIPAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (CIPS) encaminha a esta Procuradoria-Geral consultas referentes a lacunas estatutárias da instituição que dirige, solicitando orientação jurídica para solucionar as dúvidas existentes.

Tais dúvidas dizem respeito, em primeiro plano, à possibilidade de alterar a Lei Municipal que criou a CIPS, no sentido de estabelecer as normas aplicáveis na hipótese de dissolução institucional, sabendo-se que só por lei local poder-se-ia extinguir a entidade.

Em segundo lugar, indaga sobre as formas juridicamente viáveis de divisão do patrimônio da Caixa, em caso de extinção da mesma, invocando o critério da distribuição entre os associados, proporcionalmente à contribuição de cada um, e ao seu tempo de filiação.

Finalmente, aponta o fato de que a contribuição do associado é de 8% sobre seus vencimentos, e a do município é de 3% sobre os vencimentos de todos os funcionários filiados, e interroga sobre qual seria o direito de cada uma dessas partes, na ocorrência do desaparecimento da CIPS.

Anexa a Lei Municipal nº 243/68, que criou a Caixa em exame, a Lei nº 347/76 que modifica a denominação, altera a redação do Estatuto da Caixa, e dá outras providências, bem como junta cópia do referido Estatuto.

É o relatório.

A Lei nº 243, de 20 de maio de 1968, em seu artigo 1º, deixa clara a natureza jurídica do órgão então criado:

"Art. 1º — É criada a autarquia municipal destinada a administrar um sistema de previdência social para os servidores municipais, sob denominação de CAIXA INTERMUNICIPAL DE PREVIDÊNCIA."

Por sua volta, o diploma municipal nº 347/76 ratificou a natureza autárquica da CIPS, aprovando um Estatuto onde se lê, no artigo 1º, que a mesma gozará de personalidade jurídica própria e de autonomia financeira e administrativa, destinando-se a assegurar aos servidores do município de Campo Bom, e dos municípios que firmarem convênio, prestações de natureza econômica em casos de contingências que interrompam, depreciem ou façam cessar seus meios de subsistência.

Define, em seqüência, os segurados, os diversos benefícios — com suas características, extensão e requisitos — estabelece o regime de custeio — com a discriminação das fontes de receita — e a organização funcional, com sua estrutura administrativa.

Por um lapso, certamente, não constou aquilo que é de praxe, em estatutos do gênero, ou seja, a modalidade de procedimento para alteração estatutária, e a forma de comportamento, no caso de extinção da entidade.

Tendo-se em conta que as modificações efetuadas, anteriormente, no Estatuto da CIPS, foram feitas através de diploma legislativo municipal, também estas que agora se pretende introduzir pautar-se-ão por idêntica iniciativa.

Desta maneira, há que se encaminhar projeto de lei, provocada a matéria pelo Presidente da Caixa, incluindo as mudanças regimentais que se almeja introduzir.

Quanto ao conteúdo, no que diz respeito aos critérios de divisão e repartição do patrimônio da CIPS entre os interessados (município(s) e associados), estes devem ser decididos entre os órgãos diretivos da autarquia e as autoridades municipais, preferencialmente após consulta aos beneficiários diretos, ou a seus representantes legítimos, de molde a encontrar o denominador comum representativo da opinião dos destinatários da criação da Caixa, e dos seus atuais dirigentes.

A idéia levantada, de distribuir conforme a contribuição-tempo de cada associado, parece constituir um parâmetro objetivo e justo.

Da mesma forma, o respeito à proporção de contribuições, entre a Prefeitura e os associados, apresenta-se como critério válido.

Tudo dependerá, em última instância, da manifestação de vontade das partes envolvidas (municipalidade e servidores), e do indispensável pronunciamento legislativo, através da colenda Câmara de Vereadores.

Por fim, em qualquer circunstância, a liquidação da Caixa, ente autárquico municipal, gerado por lei, só poderá se concretizar pelo mesmo caminho, isto é, por intermédio do competente provimento legislativo.

PORTO ALEGRE, 2 de dezembro de 1980.

CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE

CAIO LUSTOSA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.813

CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE (COMDEMA).

REESTRUTURAÇÃO

Comissão técnica e representação comunitária. Remuneração
Competência concorrente do município.
Normas e instrumentos inovadores da política ambiental.

O PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO LEOPOLDO encaminha a esta Procuradoria-Geral, para exame e parecer, proposta de reestruturação do CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE (COMDEMA), sugerida por seu Presidente, General MÁRIO FONSECA.

Informa-se que, com base no manual de implantação da Coordenadoria de Conselhos Ambientais da Secretaria Especial do Meio Ambiente — SEMA — e Secretaria Adjunta de Operações — SAO — do Ministério do Interior, de 1979, aquele município editou a Lei Municipal nº 2.028, de 20 de junho de 1979, criando o aludido órgão. A partir de 12 de setembro do mesmo ano, o COMDEMA de São Leopoldo passou a atuar no **"assessoramento da Prefeitura Municipal em questões referentes ao equilíbrio ecológico e ao combate da poluição ambiental, na área do Município, na modalidade de prestação de relevante serviço prestado à comunidade, sem remuneração"**.

Com a experiência vivida, a diretoria do referido colegiado vem de reconhecer a necessidade de reestruturação. Atentando para **"as características fabris do Município, sua população, número de veículos e elevado índice de poluição do Rio dos Sinos"**, pretende que o COMDEMA local **"seja essencialmente técnico e, como tal, remunerado"**.

A proposta de reestruturação, encaminhada anexa, enfatiza que o COMDEMA de São Leopoldo é **"um órgão imprescindível à administração municipal, a com base na experiência de nossa gestão, propomos seja reestruturado, conferindo-lhe viabilidade, racionalização e agilidade"**. Para tanto, e diante da

necessidade de uma atuação permanente e a nível técnico, de certos integrantes do COMDEMA, sugere-se que estes e mais o seu presidente, sejam remunerados por tarefa; percebendo, os demais — representantes comunitários — jeton, por participação nas sessões, na forma estipulada pelo artigo 13, § 1º, da Lei Municipal nº 2.135, de 02 de janeiro de 1981.

Pesquisada a legislação leopoldense, depara-se com a pré-citada Lei Municipal nº 2.135 que, dispondo sobre a organização da administração centralizada, consagra os **"conselhos municipais"**, objetivando **"euxiliar a administração na orientação, planejamento, interpretação e julgamento da matéria de sua competência específica"** (artigo 11); dispondo, ainda, que **"em cada conselho devará haver a participação majoritária de elementos axternos à Prefeitura"** (§ 3º). No artigo 17, refere-se, especificamente, ao COMDEMA, como **"órgão consultivo e de assessoramento"**, gizando suas atribuições.

É o relatório.

1. A instituição dos conselhos municipais de defesa do meio ambiente advém de uma iniciativa da SEMA (Secretaria Especial do Meio Ambiente), criada pelo Decreto Federal nº 73.030, de 30 de outubro de 1973, no âmbito do Ministério do Interior, com a finalidade, entre outras, de **"envidar esforços para obter igualmentta, a colaboração efetiva e imediata de órgãos e instituições estaduais, municipais e privadas em todos os aspectos de sue atividade"** (artigo 13, § 3º).

No manual de implantação desses conselhos municipais, expedido pela SEMA em 1979, lê-se que ela terá **"uma orientação coordenadore"** e **"por base u me ação normativa"**, deixando aos estados e municípios **"as tarefas de execução e também da elaboração de normas complementares, através dos conselhos ambientais"**.

A recente lei federal que normatiza a política nacional do meio ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, publicada no D.O.U. de 02 de setembro de 1981), criando o **"Sistema Nacional do Meio Ambiente"** confere aos Estados e Municípios competência supletiva e complementar, na elaboração de normas e padrões ambientais (artigo 6º e §§ 1º e 2º); especificando, ainda, que a **"fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental serão exercidos pela SEMA, em caráter supletivo da atuação do órgão estadual e municipal competentes"** (artigo 11, § 1º).

Bem antes da elaboração do diploma acima referido, a doutrina explicitava que

"(...) necessariamente, a competência, entre os três níveis de governo, numa política de integração e harmonização, longe de exclusividade ou de superposição supletiva, deve ser, efetiva ou concretamente, concorrente, de maneira que todos os governos,

federal, estadual e municipal, tenham, por expressas disposições constitucionais, competência para legislar sobre qualquer matéria que envolva, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população." ("Autonomia do Município na Preservação Ambiental", Helita Barreira Custódio, Ed. Resenha Universitária, SP, 1976, pág. 9).

Sem nos determos sobre o fato de a nova lei de política nacional ambiental tentar restringir a competência normativa dos municípios, parece-nos incontroverso que, no tocante à organização dos serviços públicos locais (e a consulta, precisamente, objetiva a reestruturação do COMDEMA leopoldense), essa competência permanece inarredável, diante do que dispõe o artigo 15, II, b da Constituição Federal:

"A manifestação expressa e privetive da competência do Município repele a de qualquer outre entidade estatel, poder, órgão ou autarquia. Qualquer ingerência estranha ne competência municipal será inconstitucional e afastável por via judicial." ("Direito Municipal Brasileiro", 3ª edição, RT, 1977, pág. 154, Hely Lopes Meirelles).

No caso de São Leopoldo, essa prerrogativa constitucional está reiterada pelo artigo 3º, III, da respectiva Lei Orgânica e, mais, na Lei Municipal nº 2.028, que criou o COMDEMA, ainda e na Lei Municipal nº 2.135, já antes referida, que dispõe sobre a organização da administração centralizada do município.

2. Relevante a destacar, aqui, é o esforço da administração leopoldense em aparelhar-se para tornar eficaz a sua atuação na problemática ambiental.

Sabe-se que, entre os óbices que se antepõem ao poder público, quando tem que atuar sobre os fenômenos de degradação e poluição ambientais, avultam os inerentes à própria máquina burocrática. Não apenas a insuficiência e inadequação das normas mas, e principalmente, a sua pouca e às vezes nenhuma eficácia.

HANS BUGGE, do Ministério do Ambiente da Noruega, aponta, entre esses obstáculos, a **"incapacidade de certes administrecões em mudar seus modos de trabalho e seus modelos de decisão, face às novas exigências"**; a **"incapacidade de sa liberar das rotinas existentes"**; a **"dispersão de competências"**, a **"atitude defensiva dos funcionários"**; entre outros. ("La pollution industrielle — problèmes juridiques et administratifs", ed. PUF, 1976, págs. 286/7).

De sua parte, o lúcido SÉRGIO COTTA, da Universidade de Roma, bem o salienta:

"Relativamente ao impetuoso desenvolvimento tecnológico da sociedade, o ordenamento vigente, saja como instituições, saja como normas, á velho e inadequado, constituindo um travão tal qua leis e providências normativas chegam a mais das vezes em atraso." ("O desafio tecnológico", ed. A. Amado, Lisboa, 1971; pág. 200).

Na tentativa, justamente, de adequar-se à solução ou, pelo menos, minoração, dos problemas ambientais, observa-se que o legislador leopoldense não limitou-se a utilizar o instrumento convencional sugerido pela SEMA, em criando o seu COMDEMA. Através de lei ulterior (a de nº 2.135, de 02 de janeiro de 1981), dispôs-se a dar-lhe, bem como a outros colegiados municipais, além de um caráter meramente consultivo, poderes para **"auxiliar a administração na orientação, planeamento, interpretação a julgamento de matéria da sua competência específica"** (artigo 11).

Andou mais, o legislador municipal, em seu esforço de arejamento administrativo: preceituou, no § 3º, do artigo 12, do último dos diplomas citados, que **"em cada conselho deverá haver a participação majoritária de elementos externos à Prefeitura"**. Ensejando que a comunidade, através de seus vários segmentos, participe, de direito e de fato, na condução da política ambiental do município.

Ora, isso é sumamente salutar, pois, na expressão de JOUVENEL, **"a Constituição pode bem estabelacar os órgãos: eles não tomam vida a força senão quando se encharcam da vida e da força de um poder social que não astá na capacidade dos constituintes criar"**. (Bertrand de Jouvenel — **"Du pouvoir"**, ed. Hachette, 1972, pág. 484).

Torna-se evidente que o COMDEMA leopoldense, em sendo um organismo não apenas consultivo, mas de assessoramento (artigo 1º, da Lei nº 2.028), com poderes de diligenciar (artigo 7º), quando cientificado de ocorrência poluidora, e de expedir notificações, sugerindo medidas concretas do Executivo — reveste-se de um caráter **sui generis**, inovador e agilizador da atuação administrativa.

Daí a necessidade daquela **"coordenação tópica e utópica"**, de que nos dá notícia FLORA MARIA CERQUEIRA RIBEIRO DE SOUZA, com **"instrumentos eficazes para uma desejável coordenação de funções, no lugar de uma inútil coordenação de autoridades"**. (autora citada — **"Tendências da Legislação Ambiental Brasileira — Caso do Nordeste"**, Coordenação de Recursos Ambientais, Secretaria de Planejamento, Ciência e Tecnologia, Salvador, Bahia, 1981; pág. 22).

Obviamente que, para tornar efetiva a sua atuação, o COMDEMA há de dispor de uma assessoria mínima de elementos técnico-científicos, como os da **"Comissão Técnica"**, prevista no item D, da proposta de reestruturação e que,

pela atividade diuturna e absorvente, devem ser remunerados. Para tanto, o Executivo Municipal providenciará na criação dos respectivos cargos e na forma de seu provimento. O mesmo ocorrendo em relação às funções de secretária executiva, fiscal e motorista. Quanto aos representantes comunitários no COMDEMA — e que, nos termos do artigo 12, § 3º, da Lei Municipal nº 2.135, terão sempre participação majoritária — haverão eles de perceber a gratificação estatuída no artigo 13, § 1º, desse mesmo diploma. Para satisfazer a tais encargos, a Municipalidade providenciará na competente dotação orçamentária.

Em síntese, entendemos que a reestruturação do COMDEMA de São Leopoldo, na forma proposta, é perfeitamente factível, tanto sob o ponto de vista constitucional, como diante da legislação ambiental, federal e municipal, ora vigentes. Num esforço de criatividade, dotado de recursos humanos, técnico-científicos e financeiros, mas sobretudo dinamizado pela participação comunitária, pode constituir-se em valioso e eficaz instrumento da política ambiental.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de outubro de 1981.

TAXA DE SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO E CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 4.866
TAXA DE SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO E CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.

À identificação dos respectivos fatos geradores é essencial o conceito jurídico do serviço público, único que serve ao direito positivo.
Possibilidade jurídica de opção do Legislativo municipal entre as duas figuras tributárias.
Posição da jurisprudência.

Indaga o PREFEITO DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA acerca da legalidade da cobrança da "taxa de serviços de pavimentação", instituída pela Lei n° 1.424, de 14 de dezembro de 1977 (Código Tributário), daquele Município.

Através do Decreto n° 742, de 27 de fevereiro de 1981, do Executivo do mesmo Município, foi demonstrada a despesa correspondente ao custo do asfaltamento, executado em duas avenidas da cidade, e fixado, com amparo na lei aludida, o valor a ser cobrado por metro quadrado da obra realizada, consistente em colocação de novos meios-fios e nova cobertura asfáltica do leito, que havia sido asfaltado há vinte anos atrás.

Emitido o Decreto n° 742/81, passou a Prefeitura a lançar o tributo para recuperação do total do custo das obras.

Notificados os sujeitos passivos previstos na Lei n° 1.424/77 — proprietários e possuidores limdeiros, assim também considerados os titulares da propriedade ou posse de bem imóvel com acesso, por passagem forçada, ao logradouro público (artigo 80 e parágrafo único) — para efetuarem o pagamento de um "quantum" calculado pela multiplicação do número de metros de testada do imóvel beneficiado pela pavimentação pela metade da largura da faixa carroçável e pelo custo do metro quadrado pavimentado (artigo 81) (custo esse fixado em Cr\$ 347,972 (sic), houve reação, recusando-se aqueles a satisfazer a obrigação, como já acontecera quando do primeiro asfaltamento das mesmas vias públicas.

2. Ao Município referenciado foi precedentemente dirigido o Parecer n° 4.091, de 22 de junho de 1979, desta Casa (então Consultoria-Geral do Estado), de lavra do

então Consultor Jurídico JACQUES TÁVORA ALFONSIN, concluindo pela possibilidade jurídica de cobrança de taxa de pavimentação (Revista da Consultoria-Geral do Estado nº 23, 1979, pág. 151).

3. Remonta a várias décadas a polêmica entre nós sobre a viabilidade jurídica de criação de taxa para recuperação do custo, no todo ou em parte, concernentemente à execução de calçamento ou pavimentação de vias de trânsito.

A Súmula nº 129 do Supremo Tribunal Federal, editada sob a vigência da Constituição de 1946, teve em mira pacificar a questão no âmbito do Poder Judiciário. É do seguinte teor:

"Na conformidade da legislação local, é legítima a cobrança de taxas de calçamento."

O mesmo objetivo era visado com a Súmula nº 348, assim redigida:

"É constitucional a criação de taxa de construção, conservação e melhoramento de estradas."

Sobrevindo novas normas constitucionais relativas a taxas, reabriu-se a discussão quanto aos tipos de taxa objeto das Súmulas nºs. 129 e 348 do STF.

4. A partir do primeiro ensaio no Brasil para criação da contribuição de melhoria, denominada de **"taxa especial de benefício"** (Decreto Federal nº 21.930, de 1932), surgiu o dilema, para as administrações municipais, para o custeio de pavimentação ou calçamento de vias públicas.

O tributo contribuição de melhoria passou a figurar na Constituição de 1934, sendo omitido na de 1937, retornou com a Carta Política de 1946 (artigo 30, I). Foi modificado por via da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, tendo sido regulado pela Lei nº 834, de 10 de outubro de 1949, depois pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — artigos 81 e 82). Nova disciplina desse tributo foi delineada pelo Decreto-Lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967. Na Constituição de 1967, vigente a partir de 15 de março daquele ano, constou a configuração da contribuição de melhoria com os contornos que tinha na Carta de 1946 (antes da Emenda nº 18, de 1965). Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, voltou essa exação a ter a fisionomia que lhe fora imprimida pela Emenda nº 18, de 1965.

Desde o início de sua inclusão no sistema tributário até os dias atuais, não se verificou êxito na aplicação desse instituto. E isso é devido à normação posta que dificulta ou impossibilita sua exequibilidade.

5. O Decreto-Lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967, prescreve, em seu artigo 2º, que será devida a Contribuição de Melhoria, no caso de valorização de imóveis

de propriedade privada, em virtude de qualquer das obras que a seguir arrola, entre as quais, **"abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais e outros melhoramentos de praças e vias públicas"** (inciso I), **"construção ou ampliação de sistemas de trânsito rápido inclusive todas as obras e edificações necessárias ao funcionamento do sistema"** (inciso III) e **"construção, pavimentação e melhoramento de estradas de rodagem"** (inciso VI).

A taxa tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível (além da hipótese do exercício regular do poder de polícia). A contribuição de melhoria tem como fato gerador a valorização de imóveis de propriedade privada (Decreto-Lei nº 195/67, artigo 2º), decorrente de obra pública.

É de realçar-se não ser a realização da obra pública o fato gerador da contribuição de melhoria. Esta é insuficiente para legitimar a imposição dessa exação. A condição necessária e indispensável é que haja causado acréscimo de valor a propriedades imobiliárias (Constituição, artigo 18, inciso II). A apuração dessa mais valia é o ponto crucial para a efetiva aplicação dessa figura tributária no Brasil.

6. Por serem distintos os fatos geradores da taxa e da contribuição de melhoria, não estão as obras públicas arroladas no Decreto-Lei nº 195/67 excluídas das hipóteses que podem dar lugar a taxa, desde que se caracterizem como serviços públicos específicos e divisíveis.

Esta questão é o ponto essencial na polêmica existente. A posição do intérprete a respeito dela é determinada, basicamente, em função do conceito de serviço público que adota a fim de identificar o fato imponible da taxa.

7. O que se deve entender como **"serviços públicos"**, de que trata o artigo 18, inciso I, da Constituição Federal, como fato imponible da taxa?

Estuda CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO as várias concepções encontradas na doutrina sobre o que se deveria considerar serviço público (Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, Revista dos Tribunais, 1968, págs. 139/173).

Analisa, dentre outras, as contribuições doutrinárias de Leon Duguít, Gaston Jèze, Roger Bonnard e, em especial, de BERNARD CHENOT, que, primeiramente, formulou a aceção formal, jurídica, de serviço público. Põe em relevo também que JÈZE oportuna e corretamente afirmou que o serviço público é um **"processo técnico — e não o único através do qual se satisfazem necessidades de interesse geral"**. (Obra cit. e Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, Revista dos Tribunais, S.P., 1973, pág. 18).

Conclui CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO resumindo os conceitos apresentados em dois tipos:

1) o conceito metajurídico, que se expressa através dos elementos materiais e orgânicos, que compuseram a noção tradicional.

2) o conceito jurídico que corresponde à definição formal (do direito).

Na concepção metajurídica, considera-se serviço público, em sentido subjetivo, um organismo público, ou seja, um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público — uma organização pública de poderes e competências. Ainda na concepção metajurídica, do ponto de vista objetivo, material, serviço público é toda atividade voltada a satisfazer necessidades coletivas, tidas como essenciais, que o Estado exerce para cumprir seus fins.

Realça esse autor que para o Direito interessa o conceito formal de serviço público. São aquelas atividades que as normas positivas qualificam como tal, porque o objeto fundamental da Ciência do Direito é sempre identificar as regras cabíveis na hipótese verificada concretamente. Importante, por conseguinte, é saber que regras jurídicas o identificam e se aplicam ao serviço público.

Em obra posteriormente vinda a lume, o mesmo autor esclarece:

"A noção jurídica de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, *traço formal indispensável*, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa "unidade normativa" formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns a outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo." (CELSE ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, Revista dos Tribunais, S.P., 1973, págs. 18/19).

8. Prossequindo, CELSE ANTÔNIO, exemplificativamente enumera alguns traços salientes do regime público que informam a disciplina do serviço público:

"A estrita submissão ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas." (Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, pág. 19).

9. Sinteticamente, CELSE ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua serviço público como sendo **"toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados prestada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo"**. (Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, pág. 1).

10. Essa conceituação foi acolhida por juristas voltados em especial para o direito tributário, entre os quais, MARCO AURÉLIO GRECO (Norma Jurídica Tributária, Saraiva, 1974) e GERALDO ATALIBA (Hipótese de Incidência Tributária, Revista dos Tribunais, S.P., 1978), para o fim de identificar o fato impositivo de taxa e igualmente o da contribuição de melhoria.

11. As divergências sobre a viabilidade jurídica de criação de taxa, na hipótese de realização de pavimentação de vias de trânsito, para ressarcimento de seu custo (total ou parcial), decorrem do conceito de serviço público adotado, do qual alguns excluem, sem razão (segundo os doutrinadores até aqui invocados), as obras públicas, inadmitindo, por isso, a taxa.

12. Por vezes, ligam-se as dissensões à idéia de "bis in idem", face às hipóteses arroladas no Decreto-Lei nº 195/67. Mais raramente prendem-se à discussão sobre o requisito da divisibilidade, previsto no artigo 18, item I, da Constituição, e definido pelo Código Tributário Nacional (artigo 79, item III).

O "bis in idem" (múltipla ou dupla incidência sobre o mesmo fato) não se configuraria só por estar determinado tipo de atividade pública elencada no Decreto-Lei nº 195/67, ligada ao suporte fático referente à contribuição de melhoria, mas sim quando formadas múltiplas obrigações tributárias com base no mesmo fato. É de ressaltar-se além disso que a proibição existente a respeito refere-se à taxa acumulada com imposto e não com contribuição de melhoria (Constituição, artigo 18, parágrafo 2º).

A instituição da contribuição de melhoria, nos Municípios, depende de lei própria, pois possuem eles competência própria para criar tributos, podendo o legislador local eleger ou não algumas das hipóteses admitidas como base de contribuição de melhoria no Decreto-Lei nº 195/67. Ainda assim, só poderá ser cobrada essa exação se verificada, na prática, a efetiva ocorrência de mais valia imobiliária decorrente da obra pública realizada, conforme reza a Constituição.

O acréscimo de valor de propriedades, por efeito de realização de obra pública, não é uma ficção legal ou presunção legal. Ele pode estar ou não presente na concreção das obras arroladas no Decreto-Lei nº 195/67 (artigo 2º).

13. Não obstante isso, o Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão proferida, em sua composição plena, no RE 87.604, em 21 de fevereiro de 1979, tem reiteradamente julgado no sentido de não caber cobrança de taxa de pavimentação, e sim contribuição de melhoria, em face das disposições do Decreto-Lei n° 195/67, quando se trate de calçamento ou pavimentação, sem se ater à perquirição sobre a mais valia.

Em todas essas decisões, quando não explicitada, subjaz a concepção de serviço público como sendo distinta e não abrangente da de obra pública. Tem a Corte Suprema dado ênfase à circunstância de estar a pavimentação de vias públicas elencada como objeto da contribuição de melhoria no Decreto-Lei n° 195/67, fundamentando, assim, a rejeição da taxa de pavimentação ou calçamento (RE 87.604 Pleno — RTJ 89/594; RE 83.516 2ª T — RTJ 90/162; RE 87.926 1ª T — Juriscível do STF 65/135; RE 91.373 1ª T — Juriscível do STF 82/219; RE 90.090, acórdão de 18 de abril de 1980).

14. **"Data venia"** dessas respeitáveis manifestações, entendemos ser a nota distintiva essencial entre ambas as figuras tributárias a mais valia prevista na norma, em seu suporte fático, a qual deve acontecer no plano da realidade, a fim de que possa haver lugar à constituição da obrigação tributária, pela modalidade da contribuição de melhoria, se prevista na lei própria do Município.

Não se pode perder de vista, ao se verificar a realização de pavimentação, que as normas gerais relativas à contribuição de melhoria exigem o cálculo do **"quantum"** da mais valia acaso gerada (Constituição, artigo 18, inciso II, e Decreto-Lei n° 195/67, artigo 3°).

A fim de que o rol de obras do Decreto-Lei n° 195/67, por si só, tivesse a força de afastar a possibilidade jurídica de criação de taxa com fato gerador identificado com alguma daquelas obras, seria necessária a presunção legal da mais valia naquelas hipóteses, o que afastaria a exigência de ser ela demonstrada pela administração, embora pudesse o particular produzir prova em contrário. Inexiste essa presunção. Logo, deve ser admitida a taxa, quando não considerada ou ausente a mais valia.

15. Admitindo-se que a hipótese de pavimentação se subsume no conceito de serviço público retroexposto, esse serviço (igual a obra pública) pode ser fato gerador de taxa, quando ausente a consideração à mais valia. Pode haver opção política do legislador para instituir um ou outro dos dois tributos: taxa ou contribuição de melhoria.

Essa orientação foi adotada, entre outras, nas seguintes decisões judiciais: Tribunal de Alcada de São Paulo (RDA 55/213); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Jurisprudência Brasileira — Impostos e Taxas, Vol. 20, pág. 331); RE 53.904 — STF — (RTJ 34/375) e RE 75.769 STF (RTJ 69/798).

No RE 90.090 (acórdão de 18 de abril de 1980), foi trazida a cotejo decisão anterior do STF, proferida no RE 83.745, sendo neste acolhido voto do Ministro RODRIGUES ALKMIN, em que declarou serem a contribuição de melhoria e a taxa de execução de calçamento **"institutos reciprocamente alternativos, porque é um excludente do outro: se se exige contribuição de melhoria, não se pode exigir, pela mesma obra, taxa de pavimentação e vice-versa"**.

16. O mesmo entendimento manifestaram insignes mestres, como PONTES DE MIRANDA, entre outros, para quem **"as taxas de calçamento não são sempre contribuições de melhoria, no sentido do artigo 18, II, da Constituição de 1967"**, afirmando textualmente: **"a contribuição de melhoria concerne à obra, mas a mesma obra pode ser objeto de taxa, sem aparecer a consideração da melhoria ou valorização"** (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° 1, de 1969, 2ª ed., S.P., Revista dos Tribunais, págs. 378 e 379). No mesmo sentido opina GERALDO ATALIBA (Hipótese de Incidência Tributária, pág. 176) e BERNARDO RIBEIRO DE MORAES (Doutrina e Prática das Taxas, Revista dos Tribunais, 1976, pág. 150).

RUY CIRNE LIMA comunga com esse pensamento, tendo afirmado: **"São os bens de uso comum, ou do domínio público, o serviço mesmo prestado ao público pela administração. Assim, as estradas, ruas e praças."** (Princípios de Direito Administrativo, Sulina, Porto Alegre, 1964, pág. 77, e Pareceres, Direito Público, P. A. Sulina, 1963, pág. 88).

17. Referimos incidentalmente que no nosso sistema jurídico há norma distinguindo entre serviços e obras, porém é ela atinente especificamente à disciplina das licitações, conforme consta explicitamente no diploma respectivo.

Para efeito de instituição de taxa, aplicam-se outras normas, valendo e sendo aplicável o conceito extraído do nosso sistema quanto à expressão **"serviço público"**, contendo-se nesse a noção de **"obra pública"**, que é inseparável do conceito de serviço público.

18. Por provocação do Ministro do Exército — visando a solucionar litígios do Exército com Municípios paranaenses, mediante a declaração judicial de inconstitucionalidade das respectivas leis instituidoras de taxa de pavimentação — opinou o Consultor-Geral da República, PAULO CESAR CATALDO, externando seu apoio à pretendida declaração de inconstitucionalidade, com relação às leis dos Municípios de Guarapuava, Palma e Toledo (Parecer n° P-004, de 10 de junho de 1981, Diário Oficial da União, de 16 de junho de 1981).

Esse parecer ampara-se na atual orientação do Supremo Tribunal Federal. Recebeu despacho de aprovação do Presidente da República, em 10 de junho de 1981 (D.O.U. de 16 de junho de 1981), sendo, por essa razão, em face do sistema da administração federal, vinculativo para os seus órgãos administrativos.

O argumento básico usado no Parecer nº P-004, de 10 de junho de 1981, do Consultor-Geral da República, consiste na distinção doutrinária entre o conceito de serviço público e de obra pública, arrimando-se na particular doutrina francesa do **"travail public"**, formulada para o efeito de identificar, no sistema francês, os casos litigiosos, para submetê-los ou à competência dos tribunais administrativos ou do Poder Judiciário. Essa doutrina desenvolveu-se em função da definição de competências, extremando obras públicas de obras privadas.

Estribou-se o parecer citado também nos conceitos de serviço público e de obra pública expressos por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no seu Curso de Direito Administrativo, pág. 351, onde afirma **constituírem as obras públicas modalidade especial de serviço público**, e que lhes faltaria a característica de permanentes, sendo transitórias, ao contrário dos serviços públicos que seriam permanentes. Encara ele, curiosamente, a obra pública individualmente, em sua especificidade, para qualificar as obras públicas como transitórias.

A continuidade diz com a atividade e não com as unidades produzidas, seja de serviço público ou de obra pública. Na verdade, esse requisito nada tem a ver com a configuração da taxa.

20. Em seu parecer, o Consultor-Geral da República, PAULO CESAR CATALDO, coloca a questão nestes termos:

"Facilmente se extrei dessas lições o ensinamento de que a expressão "travail public" subsume as obras públicas, sendo a teoria a estas concernente derivada daquela do serviço público. Também delas se deduz a íntima e evidente conexão entre os conceitos de serviço público e de obra pública; todavia em que pese tal conexão, ali se evidenciou prevalecer, como núcleo da idéia de serviço público, a de atividade estatal permanente enquanto no cerne da noção de obra pública unem-se atividade, resultado e transitoriedade." (grifos do autor).

Essa distinção, para efeito de taxa, não encontra fundamento no nosso sistema de direito positivo. Não decorre das normas existentes nenhuma diferença essencial entre serviço público e obra pública, estando o conceito de obra pública contido no de serviço público, como noção ou categoria jurídica identificada por um regime jurídico (de direito público).

A idéia de atividade estatal contínua ou permanente, integrante do conceito jurídico de serviço público, abarca as obras públicas, porque é uma característica da competência.

A competência se exerce com continuidade, permanentemente, pelo órgão estatal (v.g. uma Prefeitura, uma autarquia, ou uma secretaria de obras públicas). O

órgão desenvolve a atividade que lhe é reconhecida como atribuição própria, pelo sistema normativo, abrangendo o serviço de execução de obras. A característica da continuidade ou permanência a que se alude no conceito de serviço público é atribuído da globalidade da atividade de um órgão e não se refere a serviços públicos específicos ou a tipos ou unidades de serviço produzidas (como as obras públicas e outros, individualmente considerados).

21. O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal formou um impasse para os Municípios, porque as tentativas de criação e cobrança da contribuição de melhoria tem resultado em malogro e considerando, ademais, que nem sempre a pavimentação causa mais valia imobiliária.

A barreira intransponível tem sido o cálculo para determinar o limite individual do tributo — o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (Constituição artigo 18, II, e Decreto-Lei nº 195/67, artigo 3º), face ao grau de subjetividade que envolve, sendo vulnerável qualquer resultado atingido.

Os próprios órgãos que possuem sofisticada organização e técnicos altamente qualificados, das várias áreas do conhecimento, não obtiveram resultados satisfatórios nas tentativas que empreenderam no cálculo da mais valia imobiliária.

22. Dada a situação adversa em que foram colocados os Municípios, frente à normação da contribuição de melhoria e à jurisprudência sobre taxa de pavimentação, o Instituto Brasileiro de Administração Municipal, em simpósio realizado nos dias 26 a 28 de outubro pretérito, colheu a aprovação no sentido de ser proposta ao Governo Federal a modificação das normas relativas à contribuição de melhoria, para dela ser excluída a referência à mais valia, a fim de que funcione como instrumento eficaz para recuperação do custo de obras públicas que beneficiem propriedades privadas.

23. No mesmo sentido, encontra-se sugestão em recente obra de autoria do Professor da Escola de Administração Fazendária, JOÃO BATISTA MOREIRA (8º volume do Tratado de Direito Tributário. Contribuição de Melhoria. Forense. 1981).

Escreve esse autor que a contribuição de melhoria traçada pela nossa Constituição seria símile da fracassada imposição italiana **"contribuição de miglioria"**, abandonada por aquele sistema. Que o nosso legislador incorporou indevidamente regulação dos **"special assessments"** do direito americano, sem saber que os Estados americanos, sob a mesma denominação, mediante sistemas tributários independentes, instituem ora imposto, ora taxa, ora contribuição, ou mesmo uma modalidade de contrato, utilizando-se, muitas vezes, de referendo da comunidade como condicionante da cobrança de obrigação referente à realização de obras que beneficiem propriedades privadas. Se essas modalidades se ajustam àquele sistema, do tipo anglo-saxônico, o mesmo não ocorre com o nosso direito administrativo em que as relações entre o Poder Público e o particular regem-se por normas de direito

público. O referendo da comunidade poderia viabilizar a cobrança de ônus com base em obra pública, porém essa forma de participação nas decisões do Poder Público inexistente no nosso sistema positivo, nas normas constitucionais, onde encontraria lugar próprio.

Por ser a nossa contribuição de melhoria incobrável, preconiza JOÃO BATISTA MOREIRA a depuração dela, mediante a adoção da figura tributária alemã denominada ERSCHLIESSUNGSBEITRAG — aplicável mediante fórmulas de cálculo simples — que não leva em conta a mais valia. Essa figura que, em nosso entender, se identifica com a taxa, teria sido, segundo o referido autor, em sua forma primitiva, a origem do nosso tributo contribuição de melhoria. Explica ainda MOREIRA que essa figura é usada unicamente pelos Municípios, na Alemanha, e que lá alcançou grande sucesso. Lembra, ademais, esse jurista, que o nosso Código Tributário Nacional foi elaborado com inspiração no daquele País e que, por isso, a adaptação da aludida figura tributária ao nosso sistema seria fácil.

24. Após essa apreciação e justificação da nossa opinião, coincidente com a do Parecer nº 4.091, de 22 de junho de 1979, desta Procuradoria-Geral do Estado, permitimo-nos alertar ao consulente que, talvez do ponto de vista social e ético, os critérios da **"taxa de serviços de pavimentação"**, instituída pelo Município de Santo Antônio da Patrulha, possam ser julgados injustos, num confronto com os prescritos no Decreto-Lei nº 195/67, para a contribuição de melhoria.

Sendo repartida a totalidade do custo das obras entre os proprietários dos imóveis lindeiros, sobrecarregou-se alguns usuários, sabendo-se que as avenidas servem uma determinada zona, que seria a de influência da obra.

Porém, apesar dessa circunstância, permanece a taxa juridicamente válida, pois cabe à opção política do legislador a tarefa de repartir equitativamente os encargos públicos. No caso de taxa, pode estabelecer a recuperação do custo, por esse meio, em sua totalidade ou parcialmente, podendo também conjugar vários critérios para repartição do ônus (testada, área etc.).

25. Conquanto nos pareça legítima (legal) a cobrança da **"taxa de serviços de pavimentação"**, pelos fundamentos deduzidos no curso desse trabalho, não podemos prever êxito em eventuais ações judiciais, tendo presente a orientação sufragada pela Suprema Corte de Justiça.

Todavia, parece-nos válido qualquer esforço na tentativa de obter o retorno daquele Tribunal ao entendimento no sentido de ser possível a instituição de taxa ou de contribuição de melhoria, segundo a opção política do Legislativo municipal.

A instituição da contribuição de melhoria, pelo Município, como solução alternativa, a seu turno, é obstaculizada em virtude da complexidade de suas normas reguladoras, conforme expusemos.

26. No sistema tributário vigente, apenas poderia vir em socorro aos Municípios a consideração da mais valia imobiliária, seja ela decorrente de incidência do imposto predial e territorial urbano, sendo que, para esse fim, não é exigida uma avaliação rigorosamente precisa.

Alguns Municípios utilizam-se de planos comunitários para realização de determinadas obras, obrigando-se, em tal caso, os particulares, mediante ajuste prévio. Não pode ser exigido o pagamento de quem não tiver feito o ajuste. Essa modalidade, regida por normas do direito privado, embora imprópria para a administração pública, tem por vezes contornado os embaraços que envolvem o sistema tributário.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 12 de janeiro de 1982.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

MARIA IZABEL A. RIBEIRO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER N° 4.930

Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Retenção na fonte. Prestação de serviços médicos a entidade hospitalar.
É obrigatória a retenção na fonte do ISSQN desde que autorizada por lei. Impõe-se a mesma, quando o prestador do serviço não apresente comprovante de inscrição tributária.
Não ocorrendo o desconto previsto, o tomador do serviço torna-se responsável pelo tributo devido.

Informa o SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA, através do Ofício n° 754/81, o seguinte:

“O Hospital Municipal de Santo Antônio da Patrulha, mantém Convênio com órgãos da previdência social destinado ao seu regular funcionamento.

Inobstante os mencionados acordos terem objetivos definidos e claros, muitas dúvidas se depreendem dos mesmos, motivo pelo qual passamos a formular a presente consulta, visando dirimir as dúvidas existentes.”

Formula o Chafe do Executivo local, entre outras indagações, a que segue:

“Se o Hospital poderá descontar o ISSQN, sobre os serviços prestados e honorários?”

Depreende-se, do exame da questão colocada, que se trata da prestação de serviços médicos, pois, segundo informação antes referida, busca-se o esclarecimento de dúvidas decorrentes de acordos celebrados entre o Hospital Municipal de Santo Antônio da Patrulha e órgãos da Previdência Social.

Foi anexado ao expediente, por solicitação do Senhor Coordenador da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, cópia do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Instituto Nacional de Previdência Social e o Hospital Municipal de Santo Antônio da Patrulha, bem como o termo aditivo para

atendimento ambulatorial de urgência em caráter de rotina, feito entre o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social e o mencionado Hospital.

É o relatório.

2. Antes de abordar, propriamente, o núcleo da questão colocada, necessário parece ser feita uma apreciação preliminar, ainda que sucinta, a respeito de alguns aspectos relativos ao imposto em tela.

Segundo o artigo 24, item II da Constituição Federal, compete aos municípios instituir imposto sobre **"serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar"**.

Os artigos 71, 72 e 73 do Código Tributário Nacional foram revogados pelo Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que passou a reger a matéria, com as modificações introduzidas posteriormente pelo artigo 3º do Decreto-Lei nº 834, de 8 de setembro de 1969 e Lei Complementar nº 22, de 9 de dezembro de 1974.

A instituição do ISSQN a nível municipal está prevista no Código Tributário do Município de Santo Antônio da Patrulha, aprovado pela Lei nº 1.424/77.

A hipótese de incidência do referido tributo, segundo prevê o artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68, é a prestação por empresa ou profissional autônomo de serviço constante da lista de serviços anexa a este diploma legal.

Ainda, conforme dispõe o **"caput"** de seu artigo 10, reproduzido pelo artigo 30 do Código Tributário do Município consulente:

"Contribuinte é o prestador do serviço."

Já o parágrafo único do mesmo artigo restringe seu âmbito de incidência, em consonância com o disposto no artigo 8º, que definiu o fato gerador do tributo.

"Parágrafo único — Não são contribuintes os que prestam serviços em relação de emprego, os trabalhadores avulsos, os diretores e membros de conselhos consultivos ou fiscal de sociedades."

De fato, a prestação de serviço por profissional autônomo é conflitante com a prestação de serviço em relação de emprego.

Assim, ocorrendo, entre outras situações ali contempladas pelo legislador, a existência de vínculo empregatício, descaracterizada fica a figura do contribuinte do imposto.

Conforme acentua BERNARDO RIBEIRO DE MORAES:

"O profissional autônomo se caracteriza por ser a pessoa física que, habitualmente e sem subordinação jurídica ou dependência hierárquica, presta atividade lucrativa. É sempre uma pessoa natural que trabalha sem ser em caráter de empresa (não tem organização para a produção e nem empregados), prestando serviço de caráter eventual (ocasional, esporádico) ou não (contínuo), mas sempre de forma independente (sem subordinação e terceiros). O médico que presta serviços a terceiros, sem dependência alguma e sem se constituir em empresa, é um profissional autônomo." ("Doutrina e prática do imposto sobre serviços". Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1975, pág. 443).

O contrato de prestação de serviços; contrato típico de Direito Civil, está previsto no artigo 1.216 do Código Civil Brasileiro, sob o **"nomen iuris"** de contrato de locação de serviços:

"Art. 1.216 — Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial pode ser contratada mediante retribuição."

Ensina SERPA LOPES que **"enquanto o contrato de trabalho separou-se do campo de Direito Civil para ingressar, sob uma disciplina própria, no campo de outro direito, como é o direito trabalhista, o contrato de locação de serviços, consoante a fisionomia que lhe deu o Código Civil, conserva-se ainda com esse caráter, compreendendo, assim, todas as relações locativas de trabalho não abrangidas pela Consolidação das Leis do Trabalho"**. (Curso de Direito Civil, v. IV, 2ª ed. Freitas Bastos. São Paulo. 1960, pág. 127).

BERNARDD RIBEIRO DE MORAES aponta as características essenciais do contrato de prestação de serviços, ou seja: a bilateralidade; a onerosidade e a prestação de atividade como objeto (op. cit. pág. 83).

3. Examina-se, de acordo com a questão colocada, se o Hospital deverá reter na fonte o ISSQN sobre os honorários referentes a prestação de serviços médicos.

É necessário que se façam duas ressalvas, a saber:

a) substitui-se no questionamento o verbo **"poder"** por **"dever"** uma vez que a retenção na fonte prevista por lei configura uma verdadeira obrigação tributária e não uma possibilidade ou faculdade;

b) a resposta cinge-se somente aos serviços prestados por médicos já que a indagação foi colocada visando o esclarecimento de situações surgidas em razão de

Convênios celebrados entre o Hospital Municipal de Santo Antônio da Patrulha e órgãos da Previdência Social, tendo por objeto a prestação de assistência médica.

Registra-se que os serviços prestados por médicos estão incluídos no item I da listagem anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, constituindo fato gerador da incidência do tributo, uma vez caracterizado o contribuinte.

A remuneração destes profissionais que prestam serviços em uma entidade hospitalar pode se dar em razão das seguintes situações:

a) quando houver uma relação jurídica de natureza trabalhista entre os médicos e o Hospital.

Incluem-se nesta primeira hipótese os médicos que são contratados pelo Hospital para fazerem parte do corpo clínico do mesmo.

O fato jurídico que aí dá nascimento ao vínculo empregatício gerado é o contrato de trabalho.

b) quando, em razão do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Instituto Nacional de Previdência Social e o Hospital Municipal de Santo Antônio da Patrulha, se der a remuneração de médicos para o atendimento de casos específicos.

Examinando-se as cláusulas constantes no mencionado instrumento contratual depreende-se a existência de duas hipóteses ali previstas, a saber:

1. O Hospital assumindo a responsabilidade pelos serviços médicos prestados, mediante pagamento que lhe faz o INPS.

"Pelos serviços efetivamente prestados aos seus beneficiários regularmente internados, a instituição pagará ao contratado os preços constantes das tabelas em vigor, aprovadas pelo órgão próprio do Ministério do Trabalho e Previdência Social." (cláusula segunda).

"§ 5º — Quando a remuneração dos serviços médicos prestados por profissionais autônomos autorizados pela Instituição se fizer por intermédio do Contrato, este se obriga a transferir àqueles profissionais as importâncias correspondentes, constantes da fatura, tão logo se efetue seu pagamento..."

Logo, não contempla este parágrafo a situação mais comum, ou seja, o pagamento direto do INPS aos médicos autorizados. Recebe a entidade

hospitalar o pagamento que lhe faz o INPS pela utilização de serviços médicos e, posteriormente, deve transferir a estes as importâncias que lhe são devidas.

2. O INPS assumindo a responsabilidade pela prestação dos serviços médicos, e remunerando os profissionais que os executarem.

"Quando o contratado não assumir a responsabilidade pela prestação dos serviços médicos na clínica médica, os profissionais que executarem referidos serviços serão remunerados pela Instituição, hipótese em que as diárias respectivas serão reduzidas em 10% (dez por cento) do seu valor." (cláusula segunda, § 4º).

c) Uma terceira e última situação a ser ventilada diz respeito à remuneração de profissionais autônomos por parte da entidade hospitalar, sem ser em razão de serviços prestados aos beneficiários do INPS.

Através de um contrato de prestação de serviço o hospital se utiliza de serviços desempenhados por médicos, enquanto profissionais autônomos, para o atendimento de determinados casos.

Quanto ao Termo Aditivo celebrado entre o Hospital Municipal de Santo Antônio da Patrulha e o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, visando o atendimento ambulatorial de urgência em caráter de rotina, não se considera como nova hipótese a mencionar, pois a prestação de serviços e o correspondente pagamento do preço se dá entre os médicos credenciados e o INAMPS diretamente. Esta Unidade já se pronunciou a respeito através do Parecer PGE nº 4.736.

A situação a), antes apontada, porque envolve relação de emprego, afasta a incidência do ISSON, em razão do parágrafo único do artigo 10, do Decreto-Lei nº 406/68, antes transcrito.

Já as duas últimas hipóteses previstas b) e c) abrangendo o pagamento de serviços prestados por profissionais autônomos, poderão caracterizar o contribuinte do imposto.

Ocorrendo a incidência tributária em razão das situações antes referidas, e, ainda, não se configurando nenhum caso de isenção estabelecido na lei municipal, que tenha como efeito desobrigar o contribuinte do pagamento do tributo, se há de perquirir a respeito da obrigatoriedade de retenção na fonte do ISSON por parte do Hospital Municipal.

Ainda com respaldo no ensinamento de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, podemos dizer que a **"obrigação de reter o valor do ISS por ocasião dos pagamentos do preço do serviço somente pode ser fixada por lei. Sendo o reten-**

tor um responsável por dívida alheia, sujeito até a penalidades, sua situação não pode ser definida por disposições puramente administrativas (decreto). Somente a lei poderá criar a figura do retentor na fonte". (op. cit. pág. 602).

A lei consultada para a situação em exame é o Código Tributário do Município de Santo Antônio da Patrulha, que dispõe em seu artigo 31:

"Art. 31 — Será responsável pela retenção e recolhimento do imposto a empresa que se utilizar de serviços de terceiro quando:

I — O prestador do serviço não emitir fatura, nota fiscal ou outro documento admitido pela Administração;

II — O prestador do serviço não apresentar comprovanta de inscrição ou documento comprobatório de imunidade ou isenção."

Ainda, no artigo 37:

"O imposto retido na fonte será calculado aplicando-se a alíquota fixada na tabela do Anexo I, sobre o preço do serviço."

Desta forma, nos termos da lei, torna-se obrigatória a retenção na fonte do imposto por parte do Hospital ao se utilizar de serviços de profissionais autônomos, desde que o prestador do serviço não comprove ser contribuinte do ISSQN, ou seja, não apresente documento que demonstre sua inscrição como contribuinte do ISSQN.

De acordo com o § 5º contido na cláusula segunda do contrato de prestação de serviços antes mencionado, a remuneração dos profissionais autônomos se fazendo por intermédio do Hospital, obrigará este a transferir àqueles as importâncias devidas, deduzidos os tributos e contribuições previstos em lei.

Ora, a simples cláusula contratual não pode, por si só, obrigar o desconto na fonte do ISSQN.

Acentua EDUARDO MOREIRA que "a carga pública, seja como uma obrigação de dar, ou como um serviço pessoal, deve ser imposta por lei formal interpretada com critério restritivo, uma vez que importa em uma restrição da liberdade." ("Pueden los Organismos Administrativos Crear Agentes de Retención?" "in" "Impuestos", Buenos Aires, La Ley S.A., 1968, tomo XXVI, nº 10, pág. 644, "apud" BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, op. cit., pág. 602).

Se há, pois, de interpretar referida disposição contratual em consonância com o previsto no artigo 31 do Código Tributário do Município.

Se no plano da realidade ocorrer a situação prevista no suporte fático do artigo 31 retrotranscrito, e não houver a retenção na fonte por parte do Hospital, este se torna responsável pelo imposto.

Segundo o artigo 128 do Código Tributário Nacional:

"Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Comentando este dispositivo, ensina ALIOMAR BALEEIRO:

"A lei — e só ela, de modo expresso, pode responsabilizar pelo contribuinte outra pessoa, desde que vinculada ao fato gerador da obrigação tributária."

É oportuno salientar que dificilmente ocorrerá para o caso em exame o desconto na fonte do imposto sobre serviços, uma vez que a maioria dos profissionais autônomos que prestam serviços médicos em hospitais já devem estar pagando o tributo porque inscritos como contribuintes do mesmo.

No entanto, configurando-se a retenção na fonte em razão de situações contempladas pelo legislador, é alcançada uma melhor arrecadação tributária por parte do Poder Público.

É o parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 06 de abril de 1982.

TRABALHOS FORENSES

REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS: INCONSTITUCIONALIDADE DA E.C.Nº 15

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

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15, PROMULGADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, EM 6 DE NOVEMBRO DE 1980.

RAZÕES DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE.

I — OBJETO E TEOR DA EMENDA Nº 15

Houve por bem a Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul criar norma até então inexistente no ordenamento jurídico desta unidade federativa. Fê-lo através de emenda constitucional, que tomou o nº 15, publicada no Diário Oficial de 7 de novembro de 1980.

Objetiva tal norma, em última análise, repetindo procedimento intentado no Estado de São Paulo, com inconstitucionalidade já reconhecida pelo Supremo Tribunal ao julgar a Representação nº 1.027, estabelecer fórmula de reajuste automático dos vencimentos, proventos e vantagens do pessoal da administração direta e indireta do Estado, vinculando-os **“ao fator de reajustamento salarial fixado na legislação federal”** e marcando prazos automáticos para a sua ocorrência.

Tem o seguinte teor a Emenda em apreço:

“Artigo 1º — Inclua-se no artigo 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — Os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado, e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal, correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajustes superiores aos previstos neste parágrafo.

Artigo 2º — A presente Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Assembléie Legislativa do Estado, em Porto Alegre, (6 da novembro de 1980”.

Importa, como se vê, a objetividade jurídica da malsinada norma em impor-se à Administração, desobedecido o processo legislativo próprio, sem qualquer consideração às conveniências do Estado, às possibilidades do Erário e aos planos econômicos do Governo, reajustar automaticamente os proventos, vencimentos e salários dos servidores estaduais nas datas que prevê.

A regra, por não encontrar símile no ordenamento jurídico federal, colheu de surpresa o Governo do Estado que, à época de sua promulgação, já estava a elaborar estudos no sentido do reajuste de seu pessoal, como é uso neste Estado, com vigência a partir de 1º de março.

Se aplicada, desde logo desarticulária todo o planejamento econômico-financeiro previsto para este exercício, gerando difícil e incontornável situação, calamitosa mesmo, para as finanças públicas estaduais. Daí por que deve ser pleiteada, incontinenti, a suspensão dos efeitos da Emenda, mediante cautelar a ser decretada quando do ajuizamento da Representação.

II — PODER CONSTITUINTE E PODER DE REFORMA

Não se deu conta a legislatura do Rio Grande do Sul das limitações técnicas e legais a que está sujeita no que diz respeito ao que a boa doutrina distingue entre **poder constituinte originário e poder constituinte derivado, ou de segundo grau:**

“Alguns juristas identificam o poder constituinte e o poder de reforma ou de emenda à Constituição. Tal confusão é danosa. O poder constituinte nunca seria acoimável de emitir regras jurídicas inconstitucionais. Tudo que ele elabora é Constituição, uma vez que o elaborou com esse propósito. Muito diferente é o que se passa com o poder revisional ou reformador, ou emendador. Esse está edstrito a regres jurídicas concernentes à reforma, ou à emende, bem como, quase sempre, a limitações do objeto da reforma ou da emenda.” (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, tomo III, págs. 133/134).

CARL SCHMITT (in **“Teoria de la Constitución”**, Madrid, Revist cho Privado, s.d., pág. 124) acentua:

“... la facultat de reformar y de completar la Constitución no puede ser ilimitada y no autorize suprir le Constitución misma”.

E prossegue:

“la facultad de reformar el texto, concedida por la Constitución es limitada en principio, y le Constitución misma, con fundamento da ser intangible y que es un abuso de la competencia para introducir enmiendas el emitir segun el procedimiento especial leyes ordinarias, asegurandolas así contra las reformas...”

Não é outro o entendimento de NELSON DE SOUZA SAMPAIO (**“O Processo Legislativo”**, SP. Ed. Saraiva, 1968, pág. 35):

“Em diversas oportunidades temos salientado que o poder de reforma constitucional, em toda constituição rígida, é uma instância legiferante própria, intermediária entre o poder constituinte e o poder legislativo ordinário. O contrário suceda em país de constituição flexível, como a Inglaterra, onde o Parlamento possui ao mesmo tempo o poder constituinte, o de revisão constitucional e o de legislativo comum. Por isso, não se conhece lá o conceito *formal*, mas o conceito *materia*, de constituição, pois só pela matéria ou conteúdo do ato do Parlamento se pode identificar a sua natureza constitucional.

Só o poder constituinte não é limitado por normas de direito positivo interno. Os outros dois poderes, o de reforma constitucional e o legislativo ordinário, são poderes *constituídos* e, portanto, limitados pela constituição, de onde derivam. A distinta fisionomia do poder de reforma constitucional por vezes passa daspercebida pelo fato de que freqüentemente o seu exercício é atribuído ao mesmo órgão legislativo ordinário. Mas essa cumulação das duas funções em um só órgão não é necessária nem universal. É mera economia institucional”.

Sob outro ângulo, deslembados estiveram os legisladores estaduais, quando da edição da Emenda nº 15, da natureza do poder constituinte estadual, que é meramente **decorrente** ou **de segundo grau**, que, segundo a precisa definição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO é **“aquele que, decorrendo do originário, não se destina a revar sua obra mas a institucionalizar coletividades, com caráter de Estados, que e Constituição preveja”.** (Curso de Direito Constitucional, pág. 28).

Assim, sendo o poder constituinte estadual **autônomo**, distinto do poder constituinte federal que é **soberano**, segundo a distinção feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, v. I, pág. 149), tem aquele de observar obrigatoriamente os **princípios constitucionais**, como se lê do excerto seguinte:

"A soberania consiste na autodeterminação plena, nunca dirigida por determinantes jurídicos extrínsecos à vontade do soberano, que é o povo na sua extensão nacional, enquanto a autonomia pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicos extrínsecos que é o heterônimo. A zona de determinação é imposta à Constituição Estadual pela Constituição Federal, que assegura aos Estados a capacidade de auto-organizar-se, respeitados, entre outros princípios nela estabelecidos, os que enumera no artigo 13.

Esses princípios circunscrevem a atuação do constituinte estadual, e podem ser discriminados em três grupos:

I — princípios constitucionais sensíveis (artigo 13, I, e artigo 10, VII);

II — princípios federais extensíveis (artigo 13, II a IX);

III — princípios constitucionais estabelecidos.

O legislador estadual, autor da Emenda n° 15 afrontou a chamados **princípios federais extensíveis**, como se verá, nomeadamente os do artigo 13, III e V, da Carta Federal, pois, não podendo incoar o processo para a elaboração de lei ordinária no sentido pretendido, que seria o normal, e que dependeria do Poder Executivo, quis obliquamente obter o mesmo resultado, **legislando** através de emenda Constitucional, espécie legal para cuja criação se prescinde da iniciativa do Poder Executivo.

III — INOBSERVÂNCIA DO PROCESSO LEGISLATIVO PRÓPRIO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

A Egrégia Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, ao pretender estatuir por via constitucional nova norma de direito administrativo, consistente na obrigatoriedade do reajuste semestral da remuneração do funcionalismo, vulnerou os artigos 13, III, 57, II e seu parágrafo único, letra a, e 65, cabeça, da Constituição Federal, além do artigo 32, IV, da Constituição Estadual.

O artigo 13, III, da Constituição Federal, contendo **princípio federal extensível**, impõe às unidades federadas a observância do processo legislativo da União, preconizado na Lei Maior Federal.

E, na seção destinada ao processo legislativo, a Carta Magna, especificamente no seu artigo 57, II, afirma ser de iniciativa do Presidente da República (nos Estados leia-se **"Governador do Estado"**) a iniciativa das leis que **"criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública"**.

Sequer sob a forma de emendas são permitidas iniciativas de parlamentares quando impliquem em aumento da despesa prevista (Constituição Federal, artigo 57, parágrafo único, "a").

Quando cuida do orçamento (artigo 65), insiste o constituinte federal no tema da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para a iniciativa das leis que **"fixem vencimentos" e "aumentem a despesa pública"**.

Entra a Emenda em exame em conflito com a própria Constituição Estadual, em cujo artigo 32, IV, é restringida à iniciativa do Governador as leis que impliquem em fixação de vencimentos e aumento da despesa.

É bem de ver que a emenda em tela, então, padece da chamada **inconstitucionalidade formal**, que foi aceita por esse Excelso Pretório — ainda que decorresse do exercício do poder constituinte pelo legislador estadual — na Representação n° 940 (RTJ 92/1000, em 31 de março de 1977), sendo que do voto do Relator Ministro MOREIRA ALVES, consta o seguinte excerto, que rememora a tradicional posição da Suprema Corte a respeito do tema:

"... tem decidido esse Colendo Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, que são inconstitucionais os dispositivos de constituições dos Estados-membros, inclusive suas emendas, que fixem vencimentos e vantagens a servidores públicos concedam subvenção, ou, de qualquer modo, aumentem a despesa pública porquanto essas matérias são, em face dos artigos 57, II, e 65, da Emenda n° 1/69, objeto de leis cujo projeto é da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, iniciativa essa que não pode ser cerceada por norma constitucional dos Estados. Nesse sentido, julgou essa Suprema Corte inconstitucional o artigo 121, XII, da Constituição do Estado de Mato Grosso (pelo qual se fazia a incorporação aos vencimentos, para todos os efeitos, do adicional por tempo de serviço), uma vez que, como salientou o relator da Representação n° 855, o Excelentíssimo Senhor Ministro Barros Monteiro.

"Prevendo vantagens por tempo de serviço e fazendo-as incorporadas aos vencimentos dos servidores, o mais inadmissível dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (artigos 57, II e 65)" (RTJ 57/385).

No mesmo sentido decidiu essa Suprema Corte, ainda sob o império da Constituição de 1967, ao julgar a Representação nº 753/SP, onde se declaram inconstitucionais, entre outros, os artigos 4º, II, e 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da então Constituição do Estado de São Paulo, por terem esses dispositivos versado matéria da iniciativa do Poder Executivo (artigo 60, inciso I, da Constituição Federal de 1967), como se vê na RTJ 46, págs. 441 e seguintes”.

IV — INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. DESPREZO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES REPUBLICANOS

Não se desconhece a nova posição do Excelso Pretório, adotada desde o julgamento da Representação nº 983, do Estado de São Paulo, que repele a chamada “inconstitucionalidade formal”, valendo referir, porque preciosos, os subsídios a respeito emergentes do voto do Relator Ministro RAFAEL MAYER (RTJ, 91/764, 765):

“Ora, a transposição desses dispositivos, para o plano do processo legislativo estadual, como a pretender significar que a emenda constitucional paulista estaria maculada de inconstitucionalidade, porque embora versando aquelas matérias (funcionismo, aumento de despesa, etc.), não resultou da iniciativa do Poder Executivo, isto é, do Governador do Estado, representa um equacionamento totalmente inadequado. É que no ordenamento constitucional essa restrição ou exclusividade de competência se endereça exclusivamente à iniciativa de leis, e de modo algum à de emendas à Constituição, onde se exercita o poder constituinte derivado, inofensas a limitações que não somente àquelas, no plano federal, impeditivas da abolição da Federação ou da República, acrescidas no plano estadual, das limitações postas no artigo 13. Assim, não há dúvida que do ponto de vista formal, ou de procedimento, nada há de inquirir, em confronto com a norma constitucional federal, no exercício do poder da Emenda da Assembléia Estadual, conforme, aliás, bem salientado no parecer da douta Procuradoria-Geral da República”.

Todavia, acresce que na espécie vertente, existe também inconstitucionalidade material, sendo a Emenda nº 15, à Constituição do Rio Grande do Sul, nada mais nada menos do que repetição, com ligeiras modificações, da Emenda nº 10, de 30 de agosto de 1979, que a respectiva Assembleia Legislativa introduziu na Constituição do Estado de São Paulo, está assim vazada:

“Artigo 1º — O Capítulo IV do Título II da Constituição do Estado de São Paulo fica acrescido do seguinte dispositivo:

“Artigo — Os vencimentos, salários e proventos, dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado e de suas autarquias serão reajustados automaticamente, no dia 1º de março de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anual anterior.

§ 1º — No mês de setembro, a título de antecipação do reajuste anual previsto no “caput”, aos vencimentos, salários e proventos será aplicada, também automaticamente, a partir do dia 1º, correção monetária na mesma proporção da variação do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, ocorrida entre os meses de março a setembro.

§ 2º — A lei poderá estabelecer reajustes superiores aos previstos neste artigo”.

Artigo 2º — O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo fica acrescido do seguinte dispositivo:

“Artigo — Em 1979, a correção monetária aplicável automaticamente, a partir de 1º de setembro, aos vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado e de suas autarquias, corresponderá à variação proporcional do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, ocorrida entre os meses de janeiro e setembro de 1979”.

O que se percebe é que o legislador sul-rio-grandense elaborou uma síntese do texto adotado pelo seu congênere paulista, concentrando, no parágrafo único, incluído do art. 97, do texto original, o que na emenda 10, de São Paulo, ficara dito no art. 1º e nos seus §§ 1º e 2º.

O acolhimento da arguição de inconstitucionalidade formulada pelo Governador do Estado de São Paulo tem como fulcro a ofensa ao princípio da independência e harmonia dos poderes estaduais, que decorre do art. 10, IV e VII, c, combinado com os arts. 13, I e 6º, da Carta Magna Federal. Identicamente, ao estatuir a Emenda nº 15, o legislador sul-rio-grandense invade a esfera de atribuições do Executivo, restringindo o livre exercício de seu poder, que no caso decorre dos arts. 57, II, e 65, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal sempre repeliu tal maneira de proceder, tendo julgado inconstitucionais dispositivos da Constituição do então Estado do Mato Grosso (Representação nº 855-MT, RTJ, vol. 57, pág. 385) da qual se colhe do voto do Relator, Min. Barros Monteiro, o seguinte excerto:

"Prevedo vantagens por tempo de serviço e fazendo-as incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (arts. 57, n° II, e 65).

Aliás, por ofensa ao aludido princípio, já foram julgados inconstitucionais os arts. 121, X, e 198, da Constituição de Mato Grosso, ambos relativos a vantagens dos servidores públicos, como o estabelecimento do teto de vencimentos vinculado ao salário mínimo regional, e a gratificação por risco de vida e saúde (Rp 826-MT, Relator o Ministro Barros Monteiro)".

Mas é na Representação n° 1.027, de São Paulo, recentemente julgada, que se irá encontrar subsídios de inteira aplicabilidade ao caso concreto, valendo transcrever o límpido pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, através do Subprocurador-Geral, Dr. José Francisco Rezek, *in verbis*

"A representação, não obstante, procede. Só o absoluto alheamento à história constitucional do País, só o completo desprezo pela realidade de nossas instituições, permitiria repudiar, no presente caso, a afirmação de afronta ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os três Poderes (C.F., art. 6°), e ao corolário, ali implícito, de que o Poder Executivo não pode, em plano algum, ser singelamente excluído do trato de um tema como o reajuste dos vencimentos do funcionalismo.

Esse reajuste, como é notório, decorre do processo inflacionário, operando-se, *via de regra, anualmente, nos Estados, a exemplo do que sucede no plano federal, resulta ele de iniciativa do Governo, cômico, por suas atribuições, da exata medida das possibilidades da fazenda pública. E porque variáveis, ao sabor do tempo, essas possibilidades, regra não existe, nem deve existir, ainda na legislação ordinária de iniciativa governamental, que determine um sistema permanente e automático de reajuste de vencimentos, qual pretende fazer a discutida emenda à Constituição de São Paulo*".

A Representação n° 1.027, de São Paulo, veio a ser julgada procedente pelos fundamentos constantes do voto do Relator, Min. Djaci Falcão, do seguinte teor:

"Todavia, procede a representação, ante a afronta, na última análise, ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes do Estado (art. 6°), e, como pondera o parecer do Dr. José Francisco Rezek, "ao corolário, ali implícito, de que o Poder Executivo não pode, em plano algum, ser singelamente, excluído do trato de um tema como o reajuste dos vencimentos do funcionalismo". Na verdade, a reserva em favor do chefe do Governo da iniciativa de leis que aumentem vencimentos, normalmente com o caráter de reajuste decorrente da inflação e que se verifica anualmente, não comporta um sistema automático de revisão, sem se atentar para as possibilidades reais da Fazenda Pública. Por isso mesmo é que se inscreve na Carta Magna a competência exclusiva do Presidente da República para a iniciativa, dentre outras, das leis que "aumentem vencimentos ou a despesa pública" (inc. II, do art. 57). Sem dúvida, a fixação de vencimentos nos serviços da Câmara dos Deputados, do Senado e dos Tribunais é da sua privativa competência, respectivamente (arts. 40, inc. III, 42, inc. IV e 115, inc. II). No entanto, os cargos, quer do Poder Legislativo, quer do Poder Judiciário, não poderão ter vencimentos mais elevados que os estabelecidos para cargos iguais ou assemelhados do Poder Executivo (art. 98). Esta regra, fixadora de um teto, revela a importância da reserva de iniciativa, conferida ao Chefe do Poder Executivo a quem, por força das suas próprias atribuições, no seu campo de atuação, cabe bem conhecer as condições e possibilidades da Fazenda Pública. Não é possível afastar essa competência privativa do Chefe do Poder Executivo, sem ferir o relevante mecanismo de equilíbrio que deve haver entre os Poderes. Ao lado disso, vale acrescentar que no capítulo atinente à organização dos Estados e Municípios, a Constituição Federal estabeleceu que os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pela Constituição e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos por ela (Constituição Federal), os que passa a enumerar. Dentre estes, ache-se o concernente "às normas relativas aos funcionários públicos", inclusive no que tange aos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal.

É oportuno ponderar que esse entendimento não importa na proibição ao Estado de conferir maiores vantagens aos seus servidores, desde que não se contraponha aos chamados *princípios sensíveis*, inseridos na Constituição da República, de observância obrigatória para os Estados.

Em conclusão, sem discutir, é claro, o aspecto de justiça que porventura haja presidido a inserção da Emenda Constitucional

nº 10/79, estabelecendo reajuste automático e permanente de vencimentos, salários e proventos de servidoras dos três Poderes do Estado, além da correção monetária, tenho-a como contrária à delimitação traçada pela Constituição Federal. Não há como se admitir o reajuste de remuneração de servidores públicos senão mediante lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 13, inc. V, c/c o art. 57, inc. II, da C. Federal), sob pena de vulnerar-se o princípio de independência e harmonia dos Poderes, abrangente da organização do Estado-membro (art. 6º, c/c o art. 13, inc. I, da C. Federal).

Ante o exposto, julgo procedente a representação, declarando a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10, de 30 de agosto de 1979, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, por vulnerar o art. 6º, c/c o art. 13, incs. I e V e art. 57, inc. II, segunda parte, da Constituição Federal”.

Devem ser acrescentados os argumentos expendidos pelo Min. Rafael Mayer, no julgamento da mesma representação, quando dá como malferido o parágrafo único do art. 98, da Carta Magna Federal:

“O SR. MINISTRO RAFAEL MAYER: — Sr. Presidente, impressiona-me muito o argumento, que aliás é constante de um voto anterior do eminente Ministro Soares Muñoz, no sentido de que essa adoção da emenda constitucional de São Paulo afetasse os princípios do processo legislativo, que se aplicam, por imposição do art. 13, III, aos Estados.

Heveria, no caso, uma negativa da participação do Executivo, no processo legislativo, com a sua iniciativa, nos moldes reconhecidos pela Constituição Federal (arts. 6º e 57). Mas me impressionam muito mais os argumentos de S. Exa., o eminente Relator, quando se refere à própria sistemática aplicável aos funcionários públicos federais e que se aplicam aos funcionários públicos estaduais, em termos até duplicados e reiterados na Constituição, porque não é só no art. 13 que se refere à obrigação dos Estados, em observá-la, mas no próprio capítulo dos Funcionários Públicos há dispositivo, que é o 108, dizendo que o disposto nessa seção se aplica aos funcionários dos três Poderes e aos dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

Referiu-se S. Exa. ao art. 98, para demonstrar como há necessidade, sempre, de manifestação legislativa, para que não haja superação ou desequilíbrio de vencimentos. Mas parece-me que

o parágrafo deste artigo, que estabelece a proibição da vinculação e de equiparação de qualquer natureza, para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, embora na sua origem, ou na sua colocação tópica, tenha a ver com aquelas equipereções entre funcionários, na verdade, ao referir-se, também, à vinculação da qualquer natureza — e a vinculação é uma relação de dependência para com um segundo termo — entendo que seja compreensivo de que vincular vencimentos dos Estados a fatores diversos, como são as fixações de níveis de salários mínimos, no plano federal, importa numa vinculação proibida, porque se retira aquela independência, ou aquele casuismo reclamado pela Constituição, na fixação dos vencimentos.

Na verdade, aqui se aplicaria aquele axioma da hermenêutica que diz que, onde está proibido o menos, está proibido o mais — porque, na verdade, seria o mais, vincular vencimentos a padrões estranhos ao quadro funcional.

Nestes termos, estou de inteiro acordo com os fundamentos do voto do eminente Relator, julgando procedente, in totum, e representação”.

Como se vê, é admitida nesse voto pelo eminente Min. Rafael Mayer a possibilidade de inconstitucionalidade material porque **“haveria, no caso, uma negativa de participação do Executivo no processo legislativo, com a sua iniciativa, nos moldes reconhecidos na Constituição Federal”** embora se incline S. Exa. em prol do argumento principal. Daí porque, embora se trate de matéria superada no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento da Representação nº 983, se ouso retornar ao tema, em face da reabertura concedida, agora, no voto do Min. Rafael Mayer na Representação nº 1.027.

Também, no referido voto se acolhe outro fator da inconstitucionalidade da Emenda apreciada, que incide quanto à emenda nº 15, deste Estado, quanto à infração do art. 98, parágrafo único, da Lei Maior Federal: **“entendo seja compreensivo de que vincular vencimentos dos Estados a fatores diversos, como são as fixações de níveis de salários mínimos, no plano federal, importa uma vinculação proibida porque se retira aquela independência, ou aquela casuismo reclamado pela Constituição, na fixação dos vencimentos”.**

V — CONCLUSÃO

Em face de tais considerações, fulcrada sobretudo nas lições da Suprema Corte sobre a matéria, tem a Procuradoria-Geral do Estado como inconstitucional a Emenda nº 15, à Constituição do Rio Grande do Sul, promulgada por sua Egrêgia Assembléia Legislativa, formal e materialmente, por contrariar o art. 13, III, da Carta Mag-

na Federal, quanto à observância do processo legislativo adequado para a elaboração das leis, o art. 57, II, seu parágrafo único, e do art. 65, ainda quanto a essa observância e à reserva do poder de iniciativa do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito a leis que importem em fixação de vencimentos dos servidores públicos; o art. 13, V, por destoar dos paradigmas federais a respeito do funcionalismo público; o art. 13, I, combinado com o art. 10, IV e VII, letra c, e 6º, porque infringe o princípio da separação e harmonia dos poderes republicanos e por importar em restrição à atuação constitucional do Poder Executivo Estadual; o art. 98, parágrafo único, por fazer depender os pretendidos aumentos dos servidores estaduais das variações do **"fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior"**.

Tal inconstitucionalidade, assim, merece ser argüida perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, pela autoridade competente, que é o Procurador-Geral da República.

ACOLHO as RAZÕES da lavra do Procurador do Estado, membro do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, Doutor LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO.

Em 22.04.1981.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

OFÍCIO AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

A Sua Excelência o Senhor Doutor FIRMINO FERREIRA PAZ DD. Procurador-Geral da República
BRASÍLIA — DF

Porto Alegre, 22 de abril de 1981.

SENHOR PROCURADOR-GERAL:

A augusta Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, em 6 de novembro de 1980, por sua mesa Diretora, promulgou a Emenda Constitucional nº 15, publicada no Diário oficial do dia seguinte, cujo art. 1º assim dispõe:

"Inclua-se no art. 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três poderes do Estado e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajuste superiores aos previstos neste parágrafo".

Tenho a referida Emenda nº 15 como eivada de inconstitucionalidade, eis que seu teor contraria o disposto no art. 13, III, da Carta Magna Federal, quanto à observância do processo legislativo adequado para a elaboração das leis; o art. 57, II, e seu parágrafo único e 65 ainda quanto a essa observância e à reserva do poder de iniciativa do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito a leis que importem em fixação de vencimentos dos servidores públicos; o art. 13, V, por destoar dos paradigmas federais a respeito do funcionalismo público; do art. 13, I, combinado com o art. 10, IV e VII, c), e 6º, por afronta ao princípio da separação e harmonia dos poderes estaduais; e também por estabelecer vinculação proibida no art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, fazendo depender o pretendido aumento dos servidores estaduais das variações do **"fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior"**.

Em virtude disso, cedendo a indeclinável dever de cidadão e de administrador, atento ao compromisso constitucional que jurei, em defesa dos relevantes interesses do Erário Estadual e da regularidade da vida administrativa e financeira desta unidade federativa que governo, venho solicitar a Vossa Excelência que, na condição de única parte legítima para tal, nos termos da Lei nº 4.337, de 1º de junho de

1964 (art. 1º), deduza perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da referida Emenda nº 15, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Estando iminente a data na qual, segundo a referida emenda, devem ser reajustados os valores dos salários e vencimentos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado, bem como de suas autarquias e sociedades de economia mista, obrigo-me a solicitar a Vossa Excelência que, ao encaminhar à consideração do Excelso Pretório a arguição de inconstitucionalidade, requeira providência cautelar suspensiva da vigência da mesma, na esteira do que foi decidido na Representação nº 1.025, do Estado da Paraíba (R.T.J.93/30). A Suprema Corte, nesse julgado, sustentou ser possível e devida a suspensão dos efeitos da norma impugnada quando se verificar **“pesado e inesperado aumento de despesa (...) de incerta reparação no caso de procedência da representação”**.

Igualmente o fez na Representação nº 1.027, que veio a colimar na declaração de inconstitucionalidade de Emenda à Constituição do Estado de São Paulo que prescrevia idêntico sistema de reajuste automático do respectivo funcionalismo. O acórdão (doc. anexo, nº 1), que teve como Relator o Exmo. Sr. Ministro DJACI FALCÃO, é assim ementado:

“Cabe medida cautelar de suspensão provisória de Emenda Constitucional impugnada pela via de Representação, quando possa acarretar prejuízo de difícil e incerta reparação”.

E consta de seu teor o seguinte excerto, cujos argumentos, por estritamente pertinentes ao caso presente, se invoca:

“Vê-se que os beneficiários são funcionários públicos que, normalmente, têm nos seus vencimentos o único meio de subsistência. Se vingar a Representação, não será fácil o poder público reaver as quantias ilegitimamente recebidas. A reposição, sem dúvida, será difícil”.

“A propósito, vê-se a preocupação do legislador ao proibir a concessão de liminar em mandado de segurança, para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos (§ 4º, do art. 1º, da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966). Cuida-se de preceito que atentou para a nossa realidade, buscando afastar abusos e graves prejuízos para as finanças públicas”.

Com as razões inclusas, que faço minhas, produzidas pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, de Vossa Excelência aguardo as providências necessárias para o ajuizamento da representação e a obtenção da imprescindível medida cautelar, com base nos precedentes invocados.

Renovo a Vossa Excelência as expressões de meu elevado apreço e consideração.

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
GOVERNADOR DO ESTADO

ACÓRDÃO NA MEDIDA CAUTELAR

14 MAIO 1981 TRIBUNAL PLENO

REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2 — RIO GRANDE DO SUL

REPRESENTANTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REPRESENTADA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: — Representação em que se argüi inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Pedido de suspensão liminar da vigência desse dispositivo Constitucional deferido, independentemente do exame do mérito da Representação, dada a possibilidade de prejuízo à Administração do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a medida cautelar requerida.

Brasília (DF), 14 de maio de 1981.

XAVIER DE ALBUQUERQUE — PRESIDENTE

CUNHA PEIXOTO — RELATOR

14 MAIO 1981 TRIBUNAL PLENO

REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO

REPRESENTANTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REPRESENTADA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO:

A douta Procuradoria-Geral da República oferece a presente Representação, pleiteando seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul em 06 de novembro de 1980, cujo art. 1º assim dispõe:

“Inclua-se no art. 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — Os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajustes superiores aos previstos neste parágrafo”.

A Representação foi provocada por solicitação do Exmo. Sr. Governador do Estado Rio Grande do Sul.

Fundamenta-se no fato de contrariar o mencionado dispositivo o disposto no art. 13, III, da Constituição Federal, quanto à observância do processo legislativo; o art. 57, II, o seu parágrafo único e 65, ainda quanto a essa observância e à reserva do poder de iniciativa do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito às leis que importem em fixação de vencimentos dos servidores públicos.

Pede, afinal, seja suspensa liminarmente a aplicação do citado inciso constitucional, à vista de graves prejuízos às finanças do Estado, já que, embora considerando o Governador inconstitucional o referido preceito, é, entretanto, obrigado a fazer o pagamento dos servidores, nos termos da majoração fixada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO (Relator)

O dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul contra o qual se representa trará, sem dúvida, sérios embaraços à economia do Estado, o que não se pode admitir sem um acurado exame.

Realmente, a modificação dos vencimentos dos funcionários, automaticamente, duas vezes por ano, não pode deixar de trazer transtornos às finanças do Estado.

Por outro lado, a suspensão do ato apontado como inconstitucional não trará nenhum prejuízo, pois se o dispositivo for considerado constitucional os servidores do Estado terão direito aos vencimentos majorados desde a data da promulgação do preceito que lhes outorga este direito.

Por estes motivos, concedo a liminar requerida pela douta Procuradoria-Geral da República, para que fique suspenso o art. 1º da Emenda nº 15 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada em 06 de novembro de 1980.

Não se discute, neste exame preliminar da matéria, se o dispositivo em questão é ou não constitucional, mas apenas sua repercussão imediata nas finanças do Estado.

EXTRATO DE ATA

Rp. 1.087-2 — RS — Rel. Min. Cunha Peixoto. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Deferiu-se, unanimemente, a medida cautelar requerida. Votou o Presidente. T. Pleno, 14.05.81.

Presidência do Senhor Ministro Xavier, de Albuquerque. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Antonio Neder, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Décio Miranda e Rafael Mayer.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Clóvis Ramalhete.

Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz.

Jonas Célio Monteiro Coelho — Secretário.

ACÓRDÃO

11 NOVEMBRO 1981

TRIBUNAL PLENO

REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2

RIO GRANDE DO SUL

REPRESENTANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REPRESENTADA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ASSISTENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA : — REPRESENTAÇÃO — INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15, DE 06.11.80, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE ESTABELECE MAJORAÇÃO PERIÓDICA NOS VENCIMENTOS DO FUNCIONALISMO DO ESTADO, VEZ QUE FERRE OS PRINCÍPIOS FIRMADOS NOS ARTS. 65, **CAPUT**, C:C O ART. 13, III, E 57, II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
Representação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a Representação e declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, de 06 de novembro de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul.

Brasília (DF), 11 de novembro de 1981.

XAVIER DE ALBUQUERQUE — PRESIDENTE
CUNHA PEIXOTO — RELATOR

TRIBUNAL PLENO

REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2

RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO
REPRESENTANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REPRESENTADA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO:

O parecer da Procuradoria-Geral da República bem resume e aprecia a espécie:

“Atendendo à solicitação do Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio Grande do Sul, foi oferecida representação à Excelsa Corte, arguindo a inconstitucionalidade da **Emenda Constitucional nº 15**, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, em 6 de novembro de 1980, com o seguinte teor:

“Inclua-se no art. 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — Os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três poderes do Estado e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajustes superiores aos previstos neste parágrafo”.

Os textos constitucionais postos a confronto, para a dedução da ofensa à Carta Política, foram os seguintes: artigo 13, inciso I (c/c o art. 10, VII, **c**), III e V (c/c o artigo 57, II e V), 65 e 200.

Encampou, ainda, a representação o pedido de medida cautelar, que, face à iminência do diploma impugnado acarretar prejuízo de difícil reparação, foi deferida pelo Colendo Plenário, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (fls. 30 e seguintes dos autos).

Os fundamentos da arguição, que a representação acolheu, foram o da inobservância do processo legislativo por isso que, em matéria da espécie, a iniciativa para deflagrá-lo seria do Chefe do Poder Executivo; o da obrigatoriedade de observância, pelos Estados-membros, das normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal; porque teria havido afronta ao princípio sensível de independência e harmonia dos Poderes, e, ainda, porque a norma estadual malsinada estabelece vinculação proibida no artigo 98, parágrafo único, da Constituição Federal, fazendo depender o pretendido aumento dos servidores estaduais das variações do “fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior”.

As informações da augusta Assembléia Legislativa afirmam que "o legislador estadual utilizou-se da espécie legal que prescinde da iniciativa do Poder Executivo". A via escolhida não transgredir — segundo as informações — os artigos 13, III, 57, II e seu parágrafo único, letra "a", e 65, **caput**, e o legislador norteou-se pelo "sistema de reposição automática adotado pelo Governo Federal, com base em um novo dado, um reajuste sob o prisma de equilíbrio e de justiça social, diverso, s.m.j., dos aumentos concedidos por S. Exa. o Exmo. Sr. Governador do Estado, anual e, ainda, parceladamente, sempre percentualmente aquém da perda real do poder aquisitivo dos servidores públicos, implantando, desta forma, um sistema inserido na própria Constituição e, ao mesmo tempo, modificador da política governamental que parece desconhecer a defasagem progressiva, incontrolável e insuprível da remuneração dos funcionários públicos de seu Estado" (**sic**).

O tema não é inédito na Excelsa Corte. A questão tem levado a uma solução que se bifurca: 1) a impossibilidade de alterar, a Assembléia Legislativa, a Constituição Estadual por **emenda constitucional** em matéria que, por **lei ordinária** dependeria da iniciativa do Chefe do Poder Executivo e 2) a ofensa ao princípio sensível de independência e harmonia dos Poderes. Pela primeira solução, são precedentes da Excelsa Corte.

Representação n° 893 — RTJ 69/638
Representação n° 855 — RTJ 57/384
Representação n° 939 — RTJ 88/13
Representação n° 982 — DJ de 31.8.79
Representação n° 940 — RTJ 92/1000

Julgados mais recentes, porém, a exemplo da Representação n° 1027, têm acolhido a arguição não por ofensa a dispositivos que reservam ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que versem matéria específica e casuisticamente definida na Constituição, posto que de leis ordinárias não se tratam os textos impugnados e sim de **emendas constitucionais**. O fundamento da acolhida é o de ofensa ao princípio sensível de independência e harmonia dos Poderes.

O vício não é mais identificado como de forma e sim de fundo. Para essa veneranda orientação contribuiu o parecer do Professor José Francisco Rezek, na referida Representação n° 1027, que, reportando-se a essa mesma orientação, já firmada na Representação 983 (DJ de 21.9.79, pág. 7035), sustentou — com êxito — essa tese nas brilhantes considerações que pedimos vênias para aqui reproduzir:

"Visto que o Tribunal houve por bem abonar esse entendimento, cumpre afastar, na espécie, a perspectiva de haver ocorrido inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, na edição da Emenda n° 10 à Constituição do Estado de São Paulo.

A representação, não obstante, procede. Só o absoluto alheamento à história constitucional do País, só o completo desprezo pela realidade de nossas instituições, permitiria repudiar, no presente caso, a afirmação de afronta ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os três Poderes (C.F., art. 6°), e ao corolário, ali implícito, de que o Poder Executivo não pode, em plano algum, ser singelamente excluído do trato de um tema como o reajuste dos vencimentos do funcionalismo.

Esse reajuste, como é notório, decorre do processo inflacionário, operando-se, via de regra anualmente. Nos Estados, a exemplo do que sucede no plano federal, resulta ele da iniciativa do Governo, cômico, por suas atribuições, da exata medida das possibilidades da fazenda pública. E porque variáveis, ao sabor do tempo, essas possibilidades, regra não existe, nem deve existir, ainda na legislação ordinária de iniciativa governamental, que determine um sistema permanente e automático de reajuste de vencimentos, qual pretende fazer a discutida emenda à Constituição de São Paulo.

Não põe em dúvida o Ministério Público a prudência que deve nortear uma declaração de inconstitucionalidade quando, à falta de regra constitucional tópica, que se possa dar por flagrantemente malferida, seja necessário buscar arrimo numa regra eminente — e ao mesmo passo genérica — qual a da independência e harmonia entre os Poderes constituídos. Estima, porém, o Ministério Público, que essa augusta Corte reconhecerá, na espécie, a excepcionalidade propiciadora da invocação do princípio, e, interpretando este último à consideração da experiência histórica e da realidade social, denunciará, no diploma legal impugnado, a eiva da inconstitucionalidade material.

Data máxima venia, cremos que ambas as soluções podem coexistir, isto é, a inconstitucionalidade pode, aqui, ser declarada tanto formal como materialmente.

Com efeito, a interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, à qual deve ater-se a Estadual, não pode mesmo levar a outra conclusão senão à de inconstitucionalidade. Isto porque se o constituinte reservou **exclusivamente** ao Chefe do Poder Executivo a **iniciativa das leis** que, dentre outras, disponham sobre servidores públicos, inclusive quanto ao regime de sua remuneração, assim o fez por-

que, tecnicamente, a matéria pertence ao campo legislativo ordinário. Não cogitou o constituinte, preocupado que só poderia estar em inserir no ordenamento constitucional — além do que é **materialmente** constitucional — aquilo que por tradição e por contingências políticas, faz parte da Lei Maior dos brasileiros, do tipo rígido que é, em descer a desdobramentos de forma de reajustes salariais: instituiu, sim, princípios básicos, aos quais obrigou a Administração Pública em todos os planos, **de não equiparação e não vinculação** e, também o da **paridade**.

A iniciativa do legislador sul-rio-grandense, sem dúvida, é de grande apelo popular. Evidentemente que, na conjuntura financeira atual, com a deterioração cíclica da moeda, mercê de vários fatores econômicos, representa ato de largo alcance social. Entretanto, hoje, são indissociáveis os fatores sociais e econômicos, não havendo como medidas governamentais inspiradas por um ângulo, de plano não atinjam ao outro. É por isso, certamente, que não está na Carta Federal — pelo menos por enquanto — medida que, levando-nos a uma última indagação, seria fator de realimentação inflacionária.

O que se verifica, no Estado do Rio Grande do Sul, ao exame do caso concreto dos autos, é que o legislador, para neutralizar a norma constitucional do artigo 57, aplicável ao Estado-membro por força do artigo 200 e também do artigo 13 incisos III e V, todos da Constituição Federal, elaborou emenda constitucional sem a participação do Poder Executivo, nela tratando de matéria que — no plano federal — está prevista para o plano inferior da legislação ordinária.

Em conclusão, o parecer é pela procedência da Representação por ofender — o ato legislativo impugnado — os artigos 10, inciso VII, letra c, 13, incisos III e V, 57, inciso I e II, combinado com o artigo 200, e o artigo 108 e § 1º, todos da Constituição Federal”.

Este o relatório a ser distribuído aos eminentes Ministros, com o pedido de dia para o julgamento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO (Relator): A matéria já tem sido diversas vezes julgada por esta Corte. Trata-se de dispositivo constitucional que dispõe sobre a remuneração dos funcionários, estabelecendo uma majoração periódica nos vencimentos.

O dispositivo não só diz respeito a vantagens de servidores públicos, mas também implica aumento de despesas.

Ora, na primeira parte, o artigo fere a Constituição Federal, pois, por força do que dispõe o art. 65, **caput**, aplicável aos Estados-membros por ser norma concernente ao processo legislativo — art. 13, III — a iniciativa de leis, nessa matéria é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Por outro lado, a modificação do dispositivo constitucional implica aumento das despesas públicas, indo de encontro ao art. 57, II, da Emenda Constitucional nº 1/69.

Por estes motivos, e nos termos do parecer da Procuradoria-Geral da República, dou pela procedência da reclamação, declarando a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, de 06 de novembro de 1980, do Rio Grande do Sul.

EXTRATO DE ATA

Rp. 1.087-2 — RS — Rel., Min. Cunha Peixoto. Rqte.: Procurador-Geral da República, Assistente.: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. (Advs.: Luiz Juarez Nogueira de Azevedo e outros).

Rpda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação, e declarou-se a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional nº 15, de 7 de novembro de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul, unanimemente. Impedido o Ministro Firmino Paz. Votou o Presidente. Falou pelo Assistente o Dr. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo. Plenário. 11.11.81.

Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Clóvis Ramalhete, Firmino Paz e Néri da Silveira.

Procurador-Geral da República, Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

Jonas Célio Monteiro Coelho — Secretário do Tribunal Pleno.

SALÁRIO PROFISSIONAL DO NÃO-DIPLOMADO

RICARDO KOCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO TRABALHO PRESIDENTE.
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu representante judicial signatário, nos autos da reclamatória que lhe move MADALENA PEREIRA DE SOUZA, inconformado com a decisão manifestada no acórdão de fls., vem, pelo presente, interpor recurso de revista para uma das Colendas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, com base nas alíneas "a" e "b" do art. 896 da CLT., conforme as inclusas razões.

Requer a V. Exa. se digne receber o recurso, mandando processá-lo na forma da lei.

Pede Deferimento.
Porto Alegre,

Ricardo Koch
PROCURADOR DO ESTADO

RAZÕES DO RECORRENTE

Decidiram os Srs. Juizes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no acórdão impugnado, o seguinte:

"Aplicabilidade da Lei 3.999/61 ao Estado e aos não possuidores de diploma. Não há dispositivo legal que exclua o Estado da incidência da referida lei sobre a relação de emprego que este mantém com o pessoal não amparado por normas estatutárias. O art. 4º da referida lei tenta definir o que se entende por salário mínimo profissional de médico qua trabalho como empregado, mas não proíbe que esta relação de emprego se estabeleça entre o profissional e uma pessoa jurídica de direito público e nem há essa proibição de que o mesmo ocorra com o auxiliar laboratorista. Assim, há de se ter como incidente a Lei 3.999/61 sobre a hipótese dos autos em exame."

"Também não há exigência explícita para a incidência dos dispositivos contidos na mencionada lei de diploma para o exercício da profissão. A lei incide independentemente de titulação, pois visa a proteger o trabalhador em função da atividade efetivamente por ela dasenvolvida.

Com esse entendimento, entretanto, o acórdão impugnado estabeleceu divergência com o acórdão de nº 3.600/78, proferido em 09.11.78, pela Eg. 2ª Turma do mesmo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, "in verbis":

... "há de se reformar a decisão em alguns pontos que se referem à aplicabilidade da Lei 3.999/61, que dispõe sobre o salário mínimo dos médicos. Com efeito, esse diploma legal, em seu art. 4º, assegura uma remuneração mínima aos serviços prestados por médicos com relação de emprego, a *passoas físicas ou jurídicas da direito privado*. Por este dispositivo, depreende-se que é inaplicável a referida lei, em se tratando de relação de emprego com pessoas jurídicas de direito público, como é o caso. A MM. Junta entendeu que, estando o postulante regido pelo sistema da CLT, não há como excluí-lo do amparo da lei mencionada. Todavia, não é essa o melhor entendimento, visto que há exclusão daqueles profissionais que prestam serviços para pessoas jurídicas de direito público. Sendo a reclamada uma entidade de direito público não se acha compelida a observar o mínimo instituído pela Lei 3.999/61 como a menor remuneração devida aos médicos, e seus empregados. Nesse sentido, é a manifestação da douta Procuradoria que merece ser endossada.

O acórdão impugnado divergiu, ainda, do acórdão proferido no Proc. TRT. 1.066/69, de 15.01.70, também da 2ª Turma do TRT, da 4ª Região, in ementário do TRT. 4ª Região nº 5/196 ementa nº 1.931:

"Os termos da Lei nº 3.999/61 são aplicáveis aos que exercem atividades paramédicas, como auxiliares de laboratorista e radiologista, referidos na alínea "b" do art. 2º. É indispensável, porém, que o empregado exercente de tais funções possua a correspondente qualificação profissional, resultante de formação técnica atestada em diploma reconhecido pelos órgãos incumbidos da fiscalização da saúde. Cumpridas tais exigências, é de se deferir a diferença salarial correspondente."

Como se observa, enquanto o acórdão impugnado considera incidente a Lei 3.999/61 às pessoas de direito público, um dos acórdãos divergentes considera como não incidente a referida lei.

De outra parte, o acórdão impugnado entende dispensável o diploma para a incidência da lei, e um dos acórdãos paradigmas propõe como necessário.

VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

Além da divergência jurisprudencial, estabeleceu o acórdão impugnado, ainda, infringência ao texto do art. 2º item **b** da Lei nº 3.999/61. Pois aí, a lei se refere a pessoas capacitadas tecnicamente para o exercício de atividade, uma vez que são funções de grande relevo, relacionadas aos seres humanos, incompatíveis com a improvisação e de serem exercidas por empregados sem os necessários conhecimentos.

Inclusive, o art. 15 da referida lei preconiza: **"Os cargos ou funções de chefias de serviços médicos somente poderão ser exercidos por médicos devidamente habilitados na forma da lei."**

Ora, se para tais cargos exige a diplomação dos médicos, por que razão seria dispensável aos seus auxiliares qualquer preparo técnico e exigência de diploma?

Senhores Ministros, consoante acaba de ser demonstrado, estão presentes no presente recurso os pressupostos necessários para o recebimento da revista.

CONCLUSÕES SOBRE O MÉRITO DA REVISTA

A análise de um dos acórdãos divergentes, leva-nos à convicção de que está com o melhor entendimento ao sentenciar a não aplicabilidade da Lei nº 3.999/61 às pessoas de direito público.

De fato, atente-se ao texto da Lei nº 3.999/61:

"Art. 4º — É salário mínimo dos médicos a remuneração mínima permitida por lei, pelos serviços profissionais prestados por médicos, com relação de emprego, a pessoas físicas ou jurídicas da direito privado. (grifo nosso)

"Art. 6º — O disposto no art. 5º aplica-se aos médicos que, não sujeitos aos horários previstos na alínea "a" do art. 8º, prestam assistência domiciliar por conta de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, como empregado destas, mediante remuneração por prazo determinado. (grifo nosso)

Observe-se que, em duas situações, no mesmo texto legal o legislador teve a preocupação de particularizar. Se a lei pretendesse se referir a todas as pessoas jurídicas por que a menção às pessoas de direito privado?

"Data venia", pretender interpretar a referida lei onde ela não é obscura por feitos de redação, nem duvidosa com relação aos fatos, nem tão pouco silenciosa, é contestar milenares brocardos, cuja sabedoria ainda não foi desfeita (**Interpretatio cessat in claris — Quando verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio**). Ou então, é fazer cavilação, ou usurpação à autoridade legislativa, como já dizia o Dr. Francisco de Paula Baptista, em 1872 na 3ª ed. do seu "Compêndio de Hermenêutica Jurídica," Cap. I pág. 2.

Saliente-se, outrossim, nesse aspecto as palavras de Mário Guimarães: **"Deverá o Juiz obedecer a lei ainda que dela discende, ainda que lhe pareça injuste. É um constrangimento qua o princípio da divisão dos Poderes impõe ao aplicador."**

De outra parte, não se pretenda sustentar a obrigatoriedade do Estado-membro à Lei nº 3.999/61, só por estar contratando pelo regime da CLT, cujo fato o estaria equiparando à iniciativa privada. Comparar o Estado ao empregador privado apenas pelo aspecto de contratar pela CLT, é invocar um argumento combalido. Realmente, não será a lei utilizada para contratar os seus servidores que haverá de retirar ao Estado-membro as suas elevadas funções. Entre o Estado e o empregador privado, não obstante contratem pela mesma lei, haverá sempre uma diferença radical. Enquanto a iniciativa privada se desenvolve precipuamente com fundamento no lucro, por um princípio do próprio sistema econômico previsto na Constituição; o Estado se desenvolve sob o postulado do desenvolvimento social sem finalidade de lucro.

Por conseguinte, o legislador ao fazer restrições na Lei nº 3.999/61, fê-las conscientemente. Com o propósito claro e definido de fazê-la incidir apenas em relação às pessoas de direito privado.

Outrossim, na espécie, invoca-se a lição do segundo acórdão divergente onde sustenta a necessidade de diploma para a incidência da Lei nº 3.999/61. Argumenta-se a "contrario sensu" que onde a lei não faz exceções não cabe ao intérprete excepcionar. "Venia permissa" não atentam os seguidores desse ponto de vista a um aspecto implícito na referida lei. A lei em apreço deve ser equiparada às normas em branco do direito penal. O fato por ela regulamentado está enunciado de maneira genérica, complementado por outra disposição legal já existente ou futura. A norma integradora estabelece as condições ou circunstâncias enunciadas genericamente na Lei nº 3.999/61. A norma complementar, no caso, resulta numa fonte subsidiária do direito do trabalho, mas fonte importante porque as condições por ela estabelecidas irão constituir elementos integrantes da regulamentação em branco da lei trabalhista.

Releve-se que, quando a Lei nº 3.999/61 foi promulgada, já vigiam no país normas sobre saúde pública a exigirem a titulação dos auxiliares desses serviços. Assim:

"Art. 55 — Para o exercício da Medicina, Odontologia, Farmácia, Enfermagem ou outras profissões relacionadas com a arte de prevenir ou curar doenças é indispensável possuir o diploma, título, grau ou certificado correspondente, outorgado ou revalidado por faculdade ou escola oficial, reconhecida ou equiparada a estabelecimentos ou entidades outras, previstos ou autorizados em lei. (Grifo nosso. Dec. nº 4.9974-A, de 21 de janeiro de 1961, que regulamenta sob a denominação de Código Nacional de Saúde, a Lei nº 2.312, de 03 de setembro de 1954. Sobre o mesmo assunto vide, ainda, o Dec. nº 50.387, de 28 de março de 1961 e demais diplomas legais citados.)"

Por esse motivo, não havia necessidade da Lei nº 3.999/61 ser mais explícita. O que não se pode é pretender dispensar atualmente os requisitos da titulação. Numa época em que o profissional habilitado é sempre, mais e mais solicitado; quando a técnica, sua necessidade, é salientada pelo Poder Público, que não poupa esforços em equipamentos e material humano, visando um maior desenvolvimento cultural e tecnológico no setor da saúde comunitária e individual.

Nada justifica a dispensa do diploma. Nem a proteção econômica em favor do trabalhador. Princípio louvável em outras circunstâncias, mas que na hipótese sob julgamento deve ceder ao interesse social. Se deve ser dada proteção ao trabalhador, menor proteção não pode ser dada ao Estado que, com a exigência do diploma, para a aferição de melhor salário, está salvaguardando a saúde pública, o interesse do bem comum. Esse é um caso, em que o Juiz deve ter presente a regra orientadora do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Posto isso, pelo mais a ser suprido pelos eméritos julgadores, espera venha a ser dado provimento ao recurso; proclamando-se a não incidência da Lei nº 3.999/61 às pessoas de direito público, ou então, a necessidade dos auxiliares nela contemplados necessitem de diploma para ficarem abrangidos pelos seus benefícios.

Termos em que pede e espera deferimento.

Nota: O Tribunal Superior do Trabalho, por sua 2ª Turma Rel. Min. Marcelo Pimentel, sob nº RR-2761/80 no Diário da Justiça de 07.08.81, pág. 7.460 deu provimento ao recurso com a seguinte ementa:

"Decisão: Conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, unanimemente. EMENTA: Aquele que não é titular de diploma, não está ao abrigo da Lei 3.999/61, porque não pode exercer a profissão ilegalmente. Auxiliar de laboratório não diplomado. A lei objeti-

vou, exatamente, evitar a usurpação de atividades privativas de diplomados. Revista a que se dá provimento para julgar improcedente a reclamação.”

A Revista Ltr. no seu nº 45-10/1.205 (out. 81) publicou na íntegra o acórdão.

ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE CONCURSO PÚBLICO CONTESTAÇÃO

DE FRANCISCO GALLICCHIO

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, nos autos da ação ordinária que lhe promove por esta vara **DORALINA MATOS DE MATOS**, devidamente qualificada na inicial, vem expor, articuladamente, as razões pelas quais espera o improvimento da pretensão deduzida com a inicial ao mesmo tempo que deduz em caráter prejudicial o que a seguir se deduz.

Litisconsórcio Necessário

1. A autora, Doralina Matos de Matos, com a presente ação pretende obter provimento judicial que obrigue a administração pública estadual aproveitá-la como Técnico em Contabilidade Fazendário, cargo do Quadro dos Funcionários Fazendários do Estado, para o qual concorreu no concurso que faz menção o Edital C. 599, publicado no D.O. datado de 13 de agosto de 1979.

2. A singularidade da pretensão deduzida em juízo está em que a apreciação judicial do "MERITUM CAUSAE" não se cinge, como soi em lides desta natureza, ao reexame de questões que foram objeto das provas, caso em que o judiciário, no entendimento de alguns julgadores, funciona como instância final de revisão mas deverá comportar a **decretação de nulidade** de CRITÉRIO GERAL DO CONCURSO pelo qual veio de ser exigido o mínimo de sessenta (60) pontos para as provas de seleção.

3. A autora obteve média ponderada de setenta pontos e cinquenta e cinco centésimos (70,55), conforme consta da inicial, o que a situa na posição de vigésima nona (29ª) dentre os concursados que se classificaram. Entretanto, foi eliminada da classificação final porque obteve quarenta e quatro (44) pontos em português, matéria de seleção que, segundo a complementação de edital de concurso, exigia um mínimo de sessenta pontos para a aprovação.

4. Não vem a pelo, nesta prefacial, o exame das razões pelas quais a autora pretende que se declare o direito à classificação, mesmo sendo incontroverso que obteve 44 pontos na prova de português. Importa, isto sim, sublinhar que o reconhecimento de sua pretensão implica a modificação da forma pela qual foi erigida a

classificação geral alterando a **complexa relação jurídica** que jungia a administração aos concursandos para definição da classificação dos aprovados no concurso em questão.

Se a decisão judicial, acolhendo o pedido da autora, desconsiderar o caráter eliminatório das matérias de seleção, necessariamente modificará a posição de todos aqueles concursandos que se encontram na mesma situação da autora, i. é, todos aqueles que obtendo média geral ponderada de aprovação foram eliminados por não terem conseguido a nota mínima de 60 pontos nas matérias de seleção. Por igual a sentença ao determinar a modificação do critério seletivo alterará radicalmente a relação jurídica complexa que envolve a administração e concursandos **afetando direitos já subjetivados** por aqueles candidatos que classificados, à base do critério de eliminação, foram empossados segundo a ordem de sua aprovação.

5. Tanto àqueles — candidatos eliminados com média geral de aprovação — como para estes últimos a SENTENÇA DEVERÁ DECIDIR DE MODO UNIFORME já que implicará, provendo a causa, a mudança de CRITÉRIO GERAL DE CLASSIFICAÇÃO. A eficácia da decisão abrange-os-á.

6. Dispõe o art. 47 do Código de Processo Civil:

Art. 47 — Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

No presente caso o LITISCONSÓRCIO impõe-se não somente como exigência da uniformidade da decisão judicial, na forma acima gizada, como também porque a sentença deve tratar ISONOMICAMENTE os concursandos que forem atingidos por sua eficácia.

De feito, ao alterar critério genérico de seleção impõe-se manter em toda a extensão a condição isonômica que se exige à administração no provimento dos cargos públicos. Dá-se, assim, cumprimento a disposição constitucional inafastável: art. 97 C.F., Emenda 1/69.

HELY LOPES MEIRELLES, assinala, com rigor, que:

'A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos,...

(Direito Administrativo Brasileiro, 2ª Edição RT, pág. 365).

7. Por conseqüência, com fundamento no parágrafo único do art. 47, requer a V. Exa. face a existência de LITISCONSÓRCIO necessário ordene a autora a citação de todos os litisconsortes abaixo relacionados, sob pena de declarar-se extinto o presente processo, na forma da disposição acima citada. A nominata dos LITISCONSORTES NECESSÁRIOS é a seguinte:

a) Concursados na mesma posição da A.:

Número da inscr.	Nome do Candidato	Média
1.	02 PAULO SERGIO MACHADO SCHERER	60,70
2.	18 MARIA TEREZINHA DA SILVA CASTRO	67,70
3.	19 PAULO ROBERTO MACHADO	60,30
4.	35 VERA LUCIA MANCILIA MENESES	61,60
5.	55 LIRIO ALTIRO KOTHE	60,50
6.	58 ANA MARIA CORTE DANELON	60,30
7.	66 DILVA MARIA BOELTER MORAIS	65,80
8.	85 MARCO ANTONIO RIO BRANCO MARTINS	65,80
9.	108 GLORIA JOANA KOEHLER SARAIVA	65,60
10.	137 NEIVA MARISA MAGNUS DE OLIVEIRA	61,20
11.	138 TELMO FIGUEIRA URASATO	74,50
12.	141 SANTO DIONISIO ROSSO	64,20
13.	175 MARIA LUIZA GOMES BONEN	66,20
14.	186 MARIA EDUINA PAULETTO	73,40
15.	206 PEDRO THADEU MARTINS CONTREIRA	61,70
16.	225 IVAN FRAGA DA COSTA	63,80
17.	229 DIRCEU ZUFFO	65,60
18.	239 RONEI DE BARROS VIEIRO	60,60
19.	244 RUBEM IRINEU KEMPS	60,50
20.	259 JORGE ALBERTO ZANATTA	72,20
21.	278 HILDA REMOS PEREIRA	64,60
22.	290 JOSÉ CARDOSO DA SILVA	60,40
23.	328 GERSON NUNES PEDROSO	62,10
24.	332 SERGIO LUIZ ALMEIDA DA SILVA	61,40
25.	340 LURDES FEDRIZZI	66,70
26.	352 CLAIR ALMEIDA SANTANA	64,40
27.	355 OLGA CAMPOS BARBOZA SOBRINHA	64,40
28.	424 OSVALDO LUIZ GOMES ARAUJO	61,00
29.	439 PEDRO JOSÉ OLIVEIRA REIS	60,30
30.	464 NEIVA PASQUALOTTO BORGATTI	67,10
31.	481 GILBERTO VERANI SARMENTO	60,50

b) Candidatos classificados à base do critério de provas de seleção que obtiveram média inferior a 74,50, que é a média ponderada mais elevada dos concursandos eliminados nas mesmas condições da autora. Para estes a eficácia da sentença

que reconhecer o direito da autora à classificação, e por conseqüência dos demais que estejam na mesma situação da autora, afetar direitos já subjetivados, implicando a modificação de sua "situação jurídica" quer por alteração da classificação e por conseqüência de suas expectativas face à carreira de funcionário público, quer, ainda, que é o mais, pela perda do cargo público para os últimos classificados. Nesta situação se encontram os VINTE E DOIS últimos aprovados, ou seja, do décimo nono inclusive ao quadragésimo classificado, segundo a listagem constante do D. O. datado de 18 de janeiro de 1980 (doc. de fls. 17, dos presentes autos).

É o que requer em caráter preliminar.

Uma Questão da Nulidade da Ato Administrativo

8. A tese central da autora consiste em que a atividade administrativa que resultou na edição de nota mínima para a aprovação nas matérias indicadas como seletivas pelo edital de abertura do concurso para provimento em cargos de Técnico em Contabilidade Fazendário é nula por infringência ao que expressamente dispôs o § 3º, do art. 8, do DECRETO n° 23.443, de 04 de novembro de 1974.

O citado parágrafo dispõe de forma taxativa que **'homologadas as inscrições, não mais será o prazo destas reaberto, nem alterados os termos do edital da abertura'**.

9. Ora, o Aditamento ao Edital de Abertura do concurso em questão foi publicado a 21 de setembro de 1979, ocasião em que não só haviam sido homologadas as inscrições ao concurso, como, principalmente, já se tinham realizado as provas de português e legislação aplicada à função pública, ambas realizadas a 16 do mesmo mês e ano (cf. doc. fls. 14, presentes autos para efeito de constatação das datas de realização das provas).

Se for correta a colocação da autora de que o aditamento constitui alteração dos termos do edital de abertura, então deve-se decretar a nulidade por infringência à disposição legal.

10. Restaria discriminar a extensão da nulidade. A questão é: **deve ser anulada, por inteiro, o concurso ou somente a fase classificatória?**

Admitindo-se a definição de concurso **"como a série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham para a obtenção de uma ou mais vagas e que se submetem voluntariamente seus trabalhos ao julgamento de uma comissão examinadora"** (Cf. JOSÉ CRETELLA JR., "in" DIREITO ADMINISTRATIVO DO BRASIL, V. II, n° 138) é indubitável que a nulidade deve ser declarada para o todo, **de vez que ao judiciário não compete o aproveitamento dos atos administrativos posto que a atividade revisora destes atos que lhe é reconhecida cinge-se, tão-somente, ao controle da legalidade.**

HEL Y LOPES MEIRELLES no que tange a questão, esclarece enfaticamente que:

"A faculdade de invalidação dos atos administrativos pela própria Administração é bem mais ampla que a que se concede à Justiça comum. A Administração pode desfazer seus próprios atos por considerações de mérito e de ilgalidade, ao passo que o Judiciário só os pode invalidar quando ilgalis. Donde se dizer que a Administração controla os seus próprios atos am toda plenitude, isto é, sob os aspectos da oportunidade, conveniência, justiça, conteúdo, forma, finalidade, moralidade e legalidade, anquanto o controla judiciário sa restringa ao axama da legalidade, ou saja, da conformação do ato com o ordenamento jurídico a qua a Administração sa subordina, para a sua prática.

.....

A Administração revoga ou anula o seu próprio ato; o Judiciário somente anula o ato administrativo. (Cf. Aut. cit. "in" DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, Ed. RT, 2ª edição pág. 209).

11. Portanto fácil é concluir que decretando-se a nulidade dos atos da administração que apuraram a classificação dos concorrentes por desconformidade com a legislação que rege estes atos, nulo é o próprio concurso que não atingiu a seu fim precípua: **a seleção de pessoal para a função pública.**

Por igual, a Administração se propunha a realização de um concurso de "PROVAS DE SELEÇÃO E HABILITAÇÃO E PROVA DE TÍTULOS", conforme se pode ver do edital de abertura, fls. 10 do presente processo. **Eliminar tão-somente as provas de seleção por irregularidade na eleição dos critérios seletivos é sem dúvida alterar essencialmente o caráter do concurso que segundo a vontade da administração deveria abrigar provas de caráter seletivo.** Do que decorre a conclusão antinômica: **a nulidade da alteração acarreta uma alteração mais essencial ao caráter do concurso.** Impõe-se, pois, nulificado que seja o critério de seletividade, a anulação do próprio concurso.

12. Como o JUIZ tem o dever de pronunciar a nulidade desde que por tal a reconheça, ao aceitar a tese da ilegalidade da veiculação de critério seletivo após a homologação das inscrições, deverá, pois, em caso de procedência, decretar a nulidade de ofício.

Mérito

13. No mérito a ação não procede.

14. Tudo está em saber se a complementação que a administração realizou, encerrada a fase de homologação das inscrições, implica efetiva alteração dos termos em que foi proposto o concurso, com o edital de abertura.

Esta questão não foi afluída no julgamento do M.S. em que constou como impetrante o concursante TELMO FIGUEIRA URASATO.

15. Manifesto equívoco do Sr. Des. Relator, MILTON DOS SANTOS MARTINS, condicionou, inclusive pela ausência de revisor neste tipo de procedimento, o pronunciamento das Câmaras Cíveis Reunidas no MS 35.051 a que se aludiu acima, afastando o exame da questão de desate da presente espécie.

Em seu voto, enfaticamente, o relator afirmou que **'O CARÁTER ELIMINATÓRIO TERIA QUE CONSTAR JÁ DO EDITAL DE ABERTURA DO CONCURSO — E ISTO ESTÁ MANIFESTO QUE NÃO CONSTOU.** (cf. Ac. fls. 04, ou fls. 50 dos presentes autos). Inobstante este caráter constava especificamente do EDITAL DE ABERTURA. "Ad literam" dispôs o edital:

.....
IV — PROVAS

O concurso constará de provas de seleção e habilitação e de prova de títulos.

A- SELEÇÃO: **Consideradas eliminatórias** estas provas compreenderão: Português, Contabilidade Pública e Contabilidade Geral.

.....
(Cf. edital, fls. 10 dos presentes autos).

Torna-se evidente a partir desta constatação irrecusável impender à administração explicitar a nota mínima nas matérias eliminatórias sem o que o concurso que se anunciara com caráter **seletivo** e de **habilitação** tornar-se-ia simples **concurso de habilitação**, como efetivamente foi considerado na decisão do M.S. 35.051, mercê do flagrante equívoco de informação do desembargador relator Milton dos Santos Martins.

17. Os nossos melhores tratadistas de direito administrativo reconhecem à Administração a prevalência dos fins seletivos objetivados com o procedimento de concurso, gizando nesta escassa margem para os interesses individuais.

J. CRETELLA JR. enfrenta a questão nestes termos:

'Problema controvertido é saber se, tendo início os processos do concurso, pode a administração alterar as bases com que se iniciaram os trabalhos, ou seja, as condições previstas nos editais.

Para os que, imbuídos de teorias privatistas, consideram o edital como oferta de emprego (pollicitatio), que se torna obrigatória assim que alguém se inscreva, submetendo-se aos pontos prescritos, a revogação do edital parece inadmissível, **mas parece razoável admitir, colocando-nos dentro dos princípios informativos do direito público, que a solução oposta é a que se coaduna com as doutrinas do Direito Administrativo, devendo-se, portanto, aceitar que o edital, sendo um ato administrativo, é por natureza revogável, desde que surjam motivos objetivos relevantes, pois, do contrário ocorreria excesso de poder da Administração.**

Cumpra ressaltar que quaisquer modificações, que devam verificar-se por motivos supervenientes, sejam admitidas sempre que não alterem a igualdade dos concorrentes e se introduzam antes do início das provas".

(Cf. Aut. cit. "in" DIREITO ADMINISTRATIVO DO BRASIL, vol. II, p. 337, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais São Paulo, 1964).

Não é outro o sentir de HELY LOPES MEIRELLES que se colhe do seguinte trecho de sua prestigiosa obra.

"A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo ainda o poder de, a todo o tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público."

Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante ou após sua realização. E assim é, porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continue o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo disputado.

(Cf. Aut. cit. "in" DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 2ª edição Rev. dos Tribunais, São Paulo 1966, p. 365).

18. Ora, considerando que, no correto dizer de O.A. BANOEIRA DE MELLO, "o direito genérico dos candidatos" de concorrerem aos concursos "se condiciona ao específico da Administração Pública da só prover os cargos segundo o interesse coletivo" (Cf. Princípios Gerais de Direito Administrativo, p. 400, Vol. II, Ed. Forense, 1974), considerando, ainda mais, que ao candidato se reconhece somente uma expectativa de direito perante a administração, tem-se que não houve ofensa a direito algum subjetivado pelos candidatos, com o fato de especificar, a Administração, em aditamento do Edital de Abertura, a média de aprovação nas matérias eliminatórias referidas no citado edital, maxime se não for arredado o caráter eliminatório atribuído às provas de conhecimento como discrimina às escâncaras a peça de Abertura do concurso.

19. O M.S., ousa-se dizer, só foi concedido porque, segundo a perspectiva fáctica que se impôs às egrégias Câmaras Cíveis Reunidas, a partir do engano manifesto do relator, ficara claro que, posteriormente à homologação das inscrições havia sido alterado radicalmente o caráter do concurso, estabelecendo, a Administração, critério de eliminação não previsto para as provas que estavam em curso. O voto do relator desconsiderou, por igual, as informações da Administração, como suscetíveis de elidir a ilegalidade argüida pelo impetrante porque não havia no Edital de Abertura nenhuma norma de eliminação. Veja-se os termos do voto:

"Quero crer, outrossim, que a resposta do Sr. Secretário da Administração não convença no sentido da que não houve alteração, de que apenas havia um esclarecimento. Houve alteração porque não havia no edital nenhuma norma da eliminação a de 60 pontos. Se uma nova norma vem a se impor, houve alteração, porque pelo primeiro edital não havia a exigência de pontos. No segundo edital, há uma exigência a de 60 pontos. Criou-se uma exigência, evidentemente. No criarem-se direitos ou obrigações, estamos alterando normas anteriores. Essa imposição quer-me parecer de todo modificativa.

(Cf. voto, doc. fls. 52).

O voto, por outra, exacerba-se numa perspectiva privatística de todo inconveniente para versar os delicados temas de direito público. CRETELLA JR., no fragmento anteriormente citado enfatiza que "dentro dos princípios informativos do direito público" esta orientação é metodologicamente pouco razoável. Surpreende-se o vezo privatístico quando ventila o voto matéria de criação de direitos e obrigações quando em realidade o candidato está sempre perante a administração com meras "expectativas de direito" (Cf. HELY LOPES MEIRELES, op. cit. p. 365), mesmo após a aprovação não subjetiva direito à investidura no cargo disputado, e sim expectativa de direito. (idem, ibidem).

20. Segundo esta orientação metodológica, mesmo convencido da ilegalidade do aditamento, a consequência compatível com a constatação da ilegalidade não seria o deferimento do direito à classificação mas sim a anulação do concurso por decorrência da nulificação da fase classificatória. Tão somente.

21. Agora, não tendo a autora subjetivado nenhum direito a proceder em concurso de mera habilitação, porquanto, em primeiro não é dado falar-se em direitos subjetivados mas sim em expectativas de direito frente a administração, em matéria de concursos, e, segundo, porque o caráter do concurso era eliminatório para as provas de Português, Contabilidade Pública e Contabilidade Fazendária, resta ainda perquirir se a Administração efetivamente cometeu ilegalidade ao suplementar o Edital de Abertura, após a homologação das inscrições.

Pergunta-se: o ato administrativo que importou no aditamento ao edital de abertura infringe o § único, do art. 8º, do OCRETO 23.443/74?

22. A capacidade para a revisão dos atos administrativos é amplamente reconhecida à Administração, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, limitada tão somente pelo respeito aos direitos adquiridos pelos particulares afetados pelas atividades do Poder Público. Assim que, em razão do interesse público que confere sentido ao atuar administrativo, a Administração tem o poder de **revogar** os atos por não mais lhe convir a sua existência (Cf. Hely Lopes Meirelles op. cit., p. 210) ou invalidá-los por desadequação às prescrições legais (aut. e op. cit. p. 215).

Ora, se em função do interesse público, a Administração pode o **mais**, consistente na anulação ou revogação de seus próprios atos, em decorrência deste mesmo interesse dever-se-á reconhecer a capacidade para **suplementar, emendar** ou **retificar** seus atos a fim de que os mesmos se adequem aos fins a que se destinam.

23. O parágrafo único, do art. 8º, do Ocreto 23.443/74 dispõe:

§ Único — Homologadas as inscrições, não mais será o prazo desta reaberto, nem **alterados os termos** do Edital de Abertura.

Os léxicos registram para o termo "**alterar**" uma sinonímia incompatível com a conclusão do voto do Des. Rel. no M.S. a que se vem referindo nesta peça.

FRANCISCO FERNANDES registra para o vocábulo a seguinte sinonímia:

ALTERAR = Mudar, modificar, transformar, variar, adulterar, truncar, falsificar, contrafazer: ... Ocompor, desfigurar, corromper. Excitar, sublevar, alvoroçar, agitar, amotinar, inquietar, desassossegar: ... — SE. Encolerizar-se, irritar-se, enfurecer-se. Sublevar-se, amotinar-se. Ant. — desalterar.

Não registra o ilustre lexicógrafo nenhuma flexão para a palavra "alterar" que assemelhe a vedação legal à voz usada pelo atuar administrativo: **aditar, complementar, suplementar**.

Do ponto de vista semântico e que necessariamente deve estear uma interpretação do dispositivo em questão, significa dizer que o atuar administrativo, precisando por suplementação o caráter eliminatório das provas de Português, Contabilidade Pública e Contabilidade Fazendária, não pode ser entendido como ALTERAÇÃO DOS TERMOS DE ABERTURA DO CONCURSO.

24. Se esta conclusão se impõe face mera interpretação literal, por maiores razões ver-se-á confirmada se se orientar o esforço exegético no sentido sistemático.

Ensina O.A. BANDEIRA DE MELLO que "o direito genérico dos candidatos" de concorrer a concurso público "se condicione ao específico da Administração Pública de só prever os cargos segundo o interesse coletivo". (op. cit. p. 400).

Em decorrência do caráter técnico da atividade que deve ser realizada pelo ocupante do cargo de TÉCNICO DE CONTABILIDADE FAZENDÁRIO, a Administração, por ocasião do Edital de Abertura do concurso, elegeu como eliminatórias (cf. Edital de fls. 10, item IV, letra A) as provas de Contabilidade Pública, Contabilidade Geral e Português que dizem essencialmente com a aferição de conhecimentos indispensáveis ao cargo. Ao fazer destas provas condição "sine qua non" do provimento dos cargos de TÉCNICO DE CONTABILIDADE FAZENDÁRIO, a Administração provia, já quando da abertura, no melhor sentido, pela eficiência de seus serviços, sem o que não haverá como satisfazer o interesse coletivo, fim último do atuar administrativo. E ao gizar este caráter eliminatório para as matérias essenciais ao desempenho da função que adere o cargo para o qual se abriu o concurso FIXOU um aspecto relevante, que a seu discripe, as provas deveriam comportar. Não é razoável admitir que este clausulamento de abertura era mero acidente do concurso, e assim, ignorante dos fins administrativos, desprezá-lo como secundariedade dispensável.

Se o interesse, plausível e legítimo, da Administração era conferir caráter eliminatório às matérias técnicas que se coadunavam com o exercício do cargo e se se reconhece a esta o direito de revisar os seus atos para adequá-los a sua finalidade é por demais evidente que o ADITAMENTO DO EDITAL DE ABERTURA objetivou tão somente tornar operativo o critério eliminatório constante do citado edital de abertura.

Logo é insofismável a conclusão de que o aditamento que explicitou o grau das provas eliminatórias não IMPLICOU ALTERAÇÃO DOS TERMOS DE ABERTURA DO CONCURSO.

A omissão da administração sim é que teria o condão DE ALTERAR OS CRITÉRIOS DE ABERTURA, PORQUANTO TER-SE-IA CONVOCADO CONCURSO com matérias eliminatórias, que por deficiência do edital não poderiam ser aferidas por este critério. O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO RECONHECIDAMENTE PREVALENTE ESTARIA FADADO A UM SEGUNDO PLANO.

25. Por igual não pode haver, nem a autora traz à colação nenhuma objeção à igualdade dos concorrentes com a complementação do Edital de Abertura. Alega tão somente o caráter ilegítimo da complementação após a homologação das inscrições porquanto entende que contraria o disposto no § único do art. 8º, do Decreto nº 23.443/74.

26. Dá assim por contestada a presente ação em todos os seus termos.

PELO EXPOSTO pede a improcedência da presente ação, com as cominações de direito.

Requer o julgamento antecipado da presente lide por comportar basicamente, seu desate, matéria de direito.

TT. em que
P. Deferimento.

PORTO ALEGRE, 22 de julho de 1981.

REVOGABILIDADE DAS ISENÇÕES ONEROSAS

Sentença

Vistos:

I — SHEIK IMPORTADORA E EXPORTADORA DE FRUTAS S/A impetrou mandado de segurança preventivo contra ato do senhor COORDENADOR GERAL DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, narrando ser comerciante de produtos diversos, entre os quais maçãs e pêras frescas, mercadorias isentas de ICM segundo o Regulamento respectivo do Estado do Rio Grande Sul. Entretanto, fez este editar o Decreto n° 29.719, de 23 de julho de 1980, extinguindo a aludida isenção e a autoridade impetrada está a exigir o tributo, em atitude eivada de inconstitucionalidade por infringente dos princípios da reserva legal e da anualidade, ofensiva de direito líquido e certo da impetrante.

Sustenta que somente a lei, comando emanado do Poder Legislativo, pode extinguir isenção, nunca simples decreto oriundo do Poder Executivo; e que, mesmo se isso fosse possível, o tributo só poderia ser cobrado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte.

Pediu o reconhecimento de seu direito a não pagar o ICM e pleiteou liminarmente a liberação das mercadorias, independente de recolhimento do tributo.

II — Concedida a liminar, a autoridade impetrada prestou suas informações. Alega inicialmente o descabimento do mandado de segurança à falta de qualquer ato executório da Administração, sendo incabível o **writ** contra lei em tese. Inexistiu lançamento fiscal passível de legitimar justo receio da parte do contribuinte. Ademais, o Estado admite recurso administrativo, com efeito suspensivo, independente de prestação de fiança.

De meritis, assevera não ter sido a isenção revogada pelo Decreto 29.719/80, mas pelo Convênio ICM 7/80, de 13.6.1980, cuja ratificação foi publicada no DOU de 3.7.80, tudo segundo disposições da Lei Complementar n° 24, de 7.1.1975. Este diploma regula a concessão e a revogação de isenções, prevendo seja a providência aprovada por decreto do Poder Executivo dos Estados e dispondo sobre a data da vigência do instituído. Invoca dispositivos constitucionais e legais legitimadores da exigibilidade do tributo e sugere a improcedência da pretensão da impetrante.

III — Exarou seu parecer o órgão do Ministério Público opinando pela carência da ação mandamental à falta de qualquer prova de ato executório. Entende que o Convênio n° 7/80, segundo os elementos de convicção trazidos, não está ainda sendo aplicado.

Regularizado o procedimento, preparados, os autos vieram conclusos.

IV — Há que abordar a prefacial de descabimento da segurança preventiva, **in casu**, como sustentaram a autoridade impetrada e o Ministério Público.

A impetrante comercia com frutas frescas, mercadoria cuja perecibilidade orientou a concessão da liminar. A segurança visa permitir a circulação dessas mercadorias como isentas do ICM. A par da questão atinente ao fundamento da impetração — inconstitucionalidade — de inadequada ou impossível formulação em recurso administrativo, pois ao Judiciário é que caberia declarar tal defeito, a possibilidade de acesso à instância administrativa não resolve o problema da requerente. Note-se que a autoridade impetrada apressou-se em explicar ter sido a isenção revogada pelo Convênio 7/80, regramento de cumprimento obrigatório aos Estados firmatários. A edição do Decreto 29.719, regulando o diferimento do pagamento do imposto para etapa posterior nas operações de saída de frutas frescas, já funcionou como início de execução do Convênio, normatizando seu atendimento.

Por derradeiro, vista a natureza das mercadorias comercializadas pela impetrante, suposto seu alegado direito de fazê-las circular com isenção de ICM, salva a hipótese de abrigada pela liminar, estaria ela sujeita, diz-se, estaria ela objetivamente ameaçada de lesão àquele direito quando intentasse transportar os produtos para os mercados de consumo. A cada lançamento fiscal, teria de opor o respectivo recurso, em atividade passível de impedir o livre exercício de seu comércio.

Pelo exposto, considero ocorrente o justo receio capaz de autorizar a impetração preventiva, não se tratando de mandado contra lei em tese.

V — O equacionamento do problema jurídico trazido a juízo envolve exame de disposições constitucionais e legais, em sua cronologia.

A Constituição Federal de 1946, em seu artigo 141, § 34, consagrava o princípio da anualidade, estabelecendo que nenhum tributo seria "... cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e imposto lançado por motivo de guerra". A exigência da prévia autorização orçamentária foi suspensa pela Emenda Constitucional nº 7, de 22.5.1964, até 31 de dezembro desse ano.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 18, de 1º.12.1965, regulando o sistema tributário nacional, dispunha no artigo 2º, **verbis**:

"Art. 2º — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I — instituir ou majorar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Emenda;

II — cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda, com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda; ...".

E, em seu artigo 25, a mesma Emenda nº 18 revogava expressamente o § 34, do artigo 141, da Constituição Federal de 1946.

Com tais disposições, mantido restou o princípio da reserva legal, com as ressalvas da Emenda; e mantido ficou o princípio de anualidade em relação e aos impostos sobre o patrimônio e renda.

Na esteira desses enunciados, sobreveio o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 1966), complementando a norma constitucional emendada e editando o artigo 104: princípio da anualidade para impostos sobre o patrimônio e renda:

"Art. 104 — Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos da lei referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I — que instituem ou majorem tais impostos;

II — que definam novas hipóteses de incidência;

III — que extingam ou reduzam isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no art. 178".

"Art. 178 — A isenção, salvo se concedida por prazo certo ou em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104".

Surge, então, a Constituição Federal de 1967, que retomou a tradição constitucional de 1946 e cujo artigo 150, § 29, pontificava:

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

Esta Lei Maior foi promulgada em 24 de janeiro de 1967 e sua vigência se deu a partir de 15 de março daquele ano.

Inobstante, a 30 de janeiro — após a promulgação e antes da vigência, no prazo, pois de **vacatio** — o Presidente da República baixava o Ato Complementar nº 34, invocando as atribuições permitidas pelo Ato Institucional nº 2 e matéria de "relevante interesse para a economia nacional", dispondo sobre uma política comum em matéria de isenções, reduções ou outros favores fiscais, relativamente ao ICM. Impunha a revogação, a contar de 1º de março de 1967, de todas as leis, decretos ou outros atos que houvessem outorgado isenções, ou viessem a outorgá-las. Atri-

buía exclusivamente a convênios, para sua ratificação, de ato legislativo estadual. E a Constituição de 1967, em seu artigo 173, I, aprovava os atos institucionais e seus atos complementares.

Mas, posto em vigor no prazo de **vacatio legis** da nova Carta, o Ato Complementar nº 34 não ingressou validamente no mundo jurídico nacional, eis publicado após a promulgação do texto constitucional; o constituinte não poderia, em 24 de janeiro de 1967 — data da promulgação — aprovar ato complementar inexistente até então (STF, RTJ 82/955: trecho do voto do Min. Rel. Cunha Peixoto).

A considerar ainda, nesse particular, que o rumo tomado pelo Ato Complementar 34 destoava inteiramente daquele assumido pela Constituição. Reestabelecendo esta, na plenitude das disposições de 1946, os princípios da anualidade e da legalidade, não se poderia compadecer das normas excepcionais daquele Ato, especialmente aquela retirante do poder de ratificação do Legislativo. Além disto, a Constituição insculpia, no artigo 20, § 2º, a possibilidade da União, através da lei complementar, conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais, também em razão de "relevante interesse social ou econômico nacional".

Salienta-se ter sido a determinação constitucional cumprida, através da Lei Complementar nº 4, de 2.12.1969, que revogou todas as disposições em contrário, excepcionados expressamente o artigo 4º, do Decreto 288, de 28.2.67, o artigo 5º, do Decreto-Lei 244, de 28.2.67, e o artigo 2º, do Decreto-Lei 932, de 10.10.69.

Estavam as coisas nesse pé quando entra em vigor a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que redigiu novamente o texto constitucional 150, § 29, da redação de 1967, inscreveu no artigo 153, § 29:

"Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição".

Por aí se vê que os princípios da legalidade e da anualidade eram mantidos, como regra, com as ressalvas expressamente previstas. Evidentemente, a enumeração das exceções é taxativa, segundo regra elementar de hermenêutica.

Mas quais eram os "demais casos previstos" na Constituição? De acordo com ALIOMAR BALEEIRO, tratava-se dos impostos de importação e exportação e das contribuições parafiscais ou especiais (limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, pág. 29, 5ª edição).

E o artigo 19, I, da Lei Maior confirmava o raciocínio defluente da interpretação do artigo 153, § 29, prescrevendo:

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

I — instituir ou aumentar tributo sem que a Lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".

Finalmente, pela Emenda nº 8, de 1977, deu-se ao artigo 153, § 29, sua vigente feição:

"Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição" (o grifo é meu).

A exposição histórica do tratamento constitucional da matéria mostra, à sociedade, que as marchas e contramarchas da democracia brasileira repercutiram no âmbito do sistema tributário. Não obstante — abstraído o curto lapso de vigência da Emenda Constitucional nº 18, de 1965 — desde a Carta de 1946 vêm sendo mantidos os postulados da legalidade e da anualidade tributária. Depois do refluxo decorrente daquela Emenda, de novo consagrados em 1967, sofrem ditos princípios restrições progressivamente maiores de 1969 para cá. Hoje, através da lei complementar, poderá o Estado excepcionar outros tributos da obediência à regra.

No tocante ao imposto de circulação de mercadorias, porém, ainda assim não ocorreu. Sujeito está ele amplamente a instituição através de lei, bem como sua cobrança à regra da anualidade. Dos Estados é a competência para instituí-lo ou majorá-lo, observados o artigo 23, § 5º — fixação da alíquota pelo Senado Federal, — e o artigo 19, § 2º, ambos da Constituição Federal, atendidos os demais roteiros do Estatuto Maior do País.

A par disto, tem-se mostrado notória progressiva tendência centralizadora, no regime federativo brasileiro, impondo sempre mais poder de decisão à União, em detrimento das Unidades Federadas. **No que nos interessa, com o objetivo de evitar guerra fiscal entre os Estados, preocupou-se o legislador constituinte em normatizar a concessão e revogação de isenções, reduções e outros favores fiscais pelos Estados, instituindo o sistema de convênios.**

Criados inicialmente em caráter regional, foram assumindo papéis cada vez mais importantes para a manutenção dum mercado único no território nacional e para a evitação de discriminações pela origem ou destinação das mercadorias.

A Emenda Constitucional nº 1/69, em seu artigo 23, § 6º, estabeleceu que "as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mer-

cadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar". A partir de então, afora a atribuição excepcional da União, contida no artigo 19, § 2º, daquela Carta, **somente pelos convênios poderiam os Estados conceder ou revogar isenções em matéria de ICM**. As finalidades eram visíveis, no sentido de harmonizar o tratamento tributário da circulação de mercadorias em todo o País.

Entretanto, a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, que veio cumprir o § 6º, do artigo 23, citado (e cujo artigo 1º o reproduz), de regular o processo de celebração e ratificação dos convênios, bem como sua eficácia, estabeleceu regras que vêm levantando toda a doutrina tributarista nacional.

É que ela estatuiu fossem celebrados em reuniões para as quais fossem convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal. E, celebrados, os convênios seriam ratificados pelo Poder Executivo de cada Unidade de Federação, "... considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado ..." (arts. 2º e 4º). E, mais: as decisões passariam a vigorar no trigésimo dia após a publicação da ratificação (art. 6º).

Ora, a letra constitucional criadora do sistema de convênios sujeitou-os à ratificação pelos Estados. E Estado não é sinônimo de Poder Executivo Estadual. Como é curial, Estado é ente que se representa por seus três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Outrossim, mantido pela Constituição, em relação ao ICM, o princípio da legalidade, **e sendo a instituição desse tributo competência legislativa dos Estados, é a lei estadual que pode tributar e, conseqüentemente, isentar**. Por isso, muito embora devessem ser celebrados pelo Executivo, os convênios só poderiam ser ratificados pelo Poder Legislativo, as Assembléias Legislativas estaduais (no caso do Rio Grande do Sul, **ut** artigo 27, XV, da Constituição do Estado).

A restrição à autonomia legislativa estadual, materializada na regulação de isenções através de sistema de convênios, não deixando de ser restrição — pois o ICM é imposto de competência estadual — tem de ser interpretada portanto restritivamente. E se a Constituição Federal sujeitou a celebração dos convênios à respectiva ratificação, ou recusa pelos Estados, manteve-se a autonomia estadual para ratificá-los ou recusá-los. E se a mesma Constituição mantém o princípio da legalidade — sabendo-se que a lei é ato emanado do Poder Legislativo — **não há como fugir: a ratificação ou recusa só poderia decorrer de ato do poder competente para legislar sobre o tributo em tela**.

A conclusão, data vênia, não pode ser outra: ao atribuir a ratificação ou recusa dos convênios ao Poder Executivo dos Estados, a Lei Complementar nº 24/75 des-

bordou e infringiu a Norma Maior que devia regulamentar. De nada valem, no concernente, argumentos de funcionalidade do sistema, prenes de suspeição aos critérios do Poder Legislativo; também não valem argumentos de ordem econômica, alusivos à necessidade de se manterem coerentes a vontade do representante celebrador do convênio com a do representado ratificador.

Enquanto não surgir no cenário jurídico nacional a lei complementar, tratada no artigo 153, § 29, da Constituição Federal — com a redação da Emenda nº 8/1977 — **o ICM é tributo sujeito ao princípio da legalidade, por lá não ressalvado expressamente. Nestas condições, a Lei Complementar nº 24 não poderia — pena de inconstitucionalidade — retirar da competência legislativa dos Estados o poder de ratificação dos convênios. Sem lei emanada do Poder Legislativo estadual o convênio não tem existência jurídica**. Não se trata apenas de eficácia.

Por outro lado, sobrevivente como se viu em relação ao ICM também o princípio da anualidade, reincidiu a Lei Complementar nº 24 em inconstitucionalidade ao editar a regra lançada em seu artigo 6º, sempre que a ratificação for publicada a menos de 30 dias do fim do exercício financeiro, o que ocorreu, **in casu**, com o convênio ICM 07/80, que é de 13 de junho do ano em curso.

Não só o artigo 153, § 29, da Lei Magna vedava o regramento maisinado, como ainda os artigos 178 e 104, III, do Código Tributário Nacional. É de ALIOMAR BALLEIRO a lição: "Em obséquio ao princípio da anualidade dos tributos, a revogação total ou parcial da isenção não tem eficácia imediata. A lei revocatória só será executada no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra sua publicação, por força do art. 104, III, do C.T.N., salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte" (Direito Tributário Brasileiro", págs. 528/529, 2ª edição).

VII — Na espécie, conforme disposição do artigo 6º, X, do Decreto Estadual nº 22.493, de 26.6.73, "as saídas, em estado natural ou congelados, de aves e de coelhos e dos produtos de sua matança, de ovos, de frutas frescas nacionais ou oriundas de países membros da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (A-LALC) ..." estavam isentas do pagamento de ICM. **Tal isenção fora autorizada pelo Convênio ICM 44/75, como se vê de sua cláusula primeira, inciso I, letra e** (fls. 51). **O Convênio ICM 07/80, entretanto, excluiu da isenção — dentre as frutas frescas — as pêras e maçãs (fls. 42)**.

Publicada sua ratificação a 3 de julho de 1980 (fls. 46), editou o Estado o Decreto nº 29.719, de 23.7.1980 (fls. 40), dispondo sobre o diferimento do pagamento do ICM, devido pela saída de frutas frescas naturais ou congeladas, para a etapa posterior da circulação, introduzindo a "Alteração 319" no artigo 7º, XV, do Regulamento do ICM (Dec. 22.493/73). Com isto, habilitou-se a autoridade impetrada a lançar o tributo devido pelas operações da impetrante.

Induvidosamente, pela inconstitucionalidade contaminadora da Lei Complementar nº 24/75 e dos convênios dela resultantes, entre eles o de nº 07/80, tem a impetrante direito líquido e certo a não pagar o imposto na circulação de mercadorias isentas: as pêras e maçãs frescas, em estado natural ou congelados, nacionais ou oriundas de países integrantes da ALALC.

VIII — Por todo o exposto, mantida a liminar inicialmente concedida, defiro a segurança impetrada para o efeito de assegurar à impetrante o direito a comercializar as mercadorias antes identificadas com isenção do imposto de circulação de mercadorias.

Inexistem custas a atribuir e nem honorários a arbitrar, estes por incabíveis em mandado de segurança.

Decorrido o prazo de recurso voluntário, enviem-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado, para o necessário reexame.

Intimem-se.

P. Alegre, 30 de setembro de 1.980.

Ivo Gabriel da Cunha
Juiz de Direito

APELAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 01180201285

IMPETRANTE: SHEIK EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE FRUTAS S/A

IMPETRADO: COORDENADOR-GERAL DO ICM

APELAÇÃO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial abaixo firmado, nos autos do mandado de segurança nº 01180201285, inconformado com a decisão de fis., que concedeu a medida requerida pela impetrante, vem interpor recurso de APELAÇÃO para uma das Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, com fundamento no artigo 513 do Código de Processo Civil, requerendo a Vossa Excelência que, anexadas as razões do recorrente e cumpridas as formalidades legais, sejam os autos remetidos à Superior Instância.

PORTO ALEGRE, 5 de dezembro de 1980.

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
PROCURADOR DO ESTADO

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL

EMINENTE RELATOR

RAZÕES DO APELANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A) PRELIMINARMENTE

I. INOCORRÊNCIA DA LESÃO POR ATO DE AUTORIDADE

O presente "**mandamus**" foi impetrado "**contra ato manifestamente ilegal e inconstitucional do Senhor Coordenador-Geral do ICM sediado em Porto Alegre**", no afirmar da impetrante.

Diz a impugnante que a autoridade dita coatora, "**por determinação eo Posto Fiscal de Uruguaiana (local do desembaraço alfandegário)**" pretende cobrar-lhe ICM com base em decreto inovador.

Todavia, examinando-se o petítório, bem como todos os elementos constantes nos autos, não se vislumbra qualquer sinal da ocorrência ou da prática de ato pela autoridade impetrada ou por qualquer outra.

Não indica a impetrante, nem poderia, pois inócurrenre, a tomada de qualquer medida ou providência da autoridade fiscal, que lhe ameaçasse direito. Ora, tal circunstância lhe fecha a via do mandado de segurança, mesmo o preventivo, pois este exige, precisamente, a ameaça consubstanciada na preparação ou no início de execução.

Sem que qualquer autoridade tome providências no sentido de aplicação de norma legal, inexistente lesão capaz de ensejar o "writ", o qual investe contra o ato de autoridade, que, na lição de CASTRO NUNES *"é ato de pessoa física, ato do agente ou representantes do Estado no desempenho de função pública"*. (grifamos).

OPORTUNO transcrever, a propósito, os julgados seguintes, de Câmaras deste Egrégio Tribunal, corroboradores da orientação prevalente na matéria:

"Mandado de Segurança — Ainda que preventivo, sua viabilidade está condicionada à existência de ato ameaçador de direito líquido e certo. Autoridade que propõe demissão de servidor público. Ato baseado em motivo razoável. Competência, todavia, de outra autoridade para efetivar a demissão, sujeita a proposta ainda a exame de outro órgão. Carência do direito à impetração." (M.S. n° 25.366 — Câmaras Cíveis Reunidas, P.A., Rel. Des. ANTONIO AMARAL BRAGA "in" Revista de Jurisprudência do TJRGS, n° 59/154).

"Mandado de Segurança — Para que se conheça da impetração, é mister a prova cabal do ato lesivo da autoridade. Mero parecer de órgão consultivo não serve para embasar o pedido de segurança. Carência decretada. Sentença confirmada na sua conclusão." (Apelação Cível 24.738 — 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, "in" Revista de Jurisprudência do TJRGS, n° 55/356).

"Mandado de Segurança — Para que possa ser concedido em caráter preventivo, é mister prova inequívoca da ameaça, de tal natureza séria, que capacite o impetrante a reeçar, fundamente, a ocorrência de lesão a direito líquido e certo." (Apelação Cível n° 25.374, 4ª Câmara Cível, P.A., Rel. Des. HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, em 17 de dezembro de 1975, "in" Revista de Jurisprudência TJRGS, vol. 56/363 — grifos nossos).

No caso dos autos, não há suporte para configuração do mandado de segurança, ausente o requisito básico do remédio heróico. A toda evidência, não se atendeu à exigência constitucional, resumida assim por SEABRA FAGUNDES:

"Dois requisitos de pureza se exigem assim na relação jurídica a ajuizar. Primeiro: "que as circunstâncias de fato, a respeito das quais se pretende a incidência de certa norma legal, sejam demonstráveis, com clareza transparente, através de prova, que permita ao juiz firmar, desde logo, a certeza da sua existência". Segundo: "que o ato administrativo denegatório da prestação pretendida pelo administrado seja evidentemente contrário à Constituição ou à lei" (SEABRA FAGUNDES, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 1941, p. 228)."

II. O MANDADO FOI IMPETRADO CONTRA LEI EM TESE

Como antes se referiu, a impetrante não apontou qualquer ato da autoridade que indica como coatora.

Em verdade, a impugnação dirige-se contra a edição de decreto estadual, o que atinge frontalmente o enunciado da SÚMULA 266:

"Não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

Bem destaca o ilustre representante do Ministério Público em seu parecer de fls. que o "writ" é **"contra a lei em tese já que inexistiu qualquer ato arbitrário da autoridade coatora. Nesse sentido é a impetrante carecedora de mandado de segurança"**.

Na hipótese dos autos, por entender inconstitucional a revogação de isenção operada na forma da Lei Complementar n° 24/76, a impetrante pediu o "mandamus".

Ora, o remédio está sendo utilizado contra norma genérica, contra preceito não individualizado, pois inexistente ato de autoridade relativo à impugnante. Há apenas a possibilidade "in abstracto" de a norma jurídica inquinada vir a ser aplicada. Mas essa eficácia latente é atributo de toda e qualquer lei, e, por si só, não autoriza ao "writ", que carece de uma subjetivação realizado por ato ou iniciativa da autoridade incumbida de cumprir ou fazer cumprir aquela norma.

Não tendo a regra jurídica abstrata aptidão para violar direitos individuais com sua simples vigência, mas decorrendo a violação da aplicação, em cada caso, aos sujeitos particulares, entende-se como inimpugnável pela via do mandado de segurança que protege **direitos subjetivos**, disposição regulamentar, não aplicada nem posta em ação, como é o caso presente.

Na espécie vertente, a impetrante ao pedir ordem judicial para transitar mercadorias sem imposto, está unicamente, insurgindo-se contra dispositivo legal que determinou a respectiva incidência fiscal, isto é, ataca a norma regulamentar. Não há prova nos autos, frise-se mais uma vez, de ação da autoridade impetrada que impedisse ou ameaçasse o trânsito das mercadorias. **Não há ato administrativo a ser trancado pelo remédio!**

III. AINDA QUE EFETUADO LANÇAMENTO, DESCABERIA O "MANDAMUS"

Não fora precipitado e extemporâneo, por inexistirem providências da Fazenda relativas à impetrante, o mandado de segurança, por outro motivo, descaberia.

Admitindo tivesse sido provado — o que não foi — que o Fisco tomava já medidas no sentido de promover o lançamento do ICM pelas operações realizadas pela impetrante, ainda assim não se ensejaria o "writ", pois o lançamento, ato declaratório e não executório, não pode ser obstado pela via heróica.

Não é o mandado de segurança meio para sustar o lançamento, ainda que este esteja em elaboração. É meio impróprio para impedir a Fazenda Pública de praticar o ato vinculado e obrigatório até porque o lançamento não é um ato "EXECUTÓRIO" e não traduz o "efeito jurídico de exigibilidade de pagamento de tributo". Para melhor esclarecer esta afirmação observe-se o preceituado no artigo 142, do Código Tributário Nacional.

"Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar e ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

"Parágrafo Único — A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional."

O lançamento, na lição magistral do saudoso RUBENS GOMES DE SOUZA, tem a **função de individualizar a obrigação prevista em abstrato pela lei tributária e surgida em concreto com a ocorrência do fato gerador** in "Compêndio de Legislação Tributária", Ed. Financeiras S/A., Rio, pág. 76.

Nossa Suprema Corte igualmente já manifestou pelo cabimento do mandado de segurança apenas a partir da exigibilidade da dívida fiscal, o que se opera com a respectiva inscrição:

"A dívida fiscal só se torna exigível depois de inscrita e não da notificação para pagamento, nascendo da inscrição o direito de insurgir-se o contribuinte contra ela, por via de mandado de segurança." (RTJ 59/230 — RE n° 71.319, MG).

Ademais, sabido que o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário sujeita-se a prazo de decadência (CTN, art. 173) — que não se suspende nem interrompe — impedir a sua efetivação pelo lançamento, significaria, conforme as marchas e a duração temporal do processo, impor a caducidade do direito ao crédito fiscal, em certos casos, o que é, claramente, inadmissível.

Mas, além de não ser ato de execução, o lançamento fiscal apresenta outro caráter que obsta à utilização do mandado para elidi-lo: é o que se mencionará a seguir:

IV. NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA QUANDO DO ATO DA AUTORIDADE COBER RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO INDEPENDENTEMENTE DE CAUÇÃO

Como dito anteriormente, sendo o lançamento uma atividade administrativa vinculada e obrigatória, sujeita a prazo decadencial, que admite amplamente o recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução, não cabe o remédio mandamental, mesmo que preventivo, enquanto pendente aquele tipo de recurso. É o que expressamente está previsto na Constituição Federal (redação da Emenda n° 7/77), em seu art. 153, §4° e no art. 5°, inciso I, da Lei n° 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Não é outro o entendimento que orienta a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado relativamente ao não-cabimento do "mandamus" contra o lançamento do crédito tributário do qual **"caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente da caução"** (Apelação Cível n° 26.789, 1ª Câmara Cível — RJTJRS, vol. 62/428; Apelação Cível n° 27.103, 2ª Câmara Cível — RJTJRS, vol. 68/221; e Apelação Cível n° 26.788, 2ª Câmara Cível — RJTJRS, vol. 62/428).

Esta mesma linha de idéias é esposada pelo Pretório:

"Mandado de Segurança. É meio idôneo para amparar qualquer direito líquido e certo, inclusive os referentes à cobrança ilegal de tributos. Descabe, porém, o pedido quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo independentemente da caução. — STF, Mandado de Segurança n° 3.082, de 24 de abril de 1956 — Relator: Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, in Archivo Judiciário, vol. 119/345." (Citado por J.M.

OTHON SIDOU, in "Do Mandado de Segurança", Ed. Revista dos Tribunais, 1969, pág. 294).

Esse entendimento está amparado também na melhor doutrina:

"A regra é o cabimento de mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, salvo contra o que comporte recurso administrativo com efeito suspensivo independente de caução;" HELY LOPES MEIRELLES, in "Mandado de Segurança e Ação Popular" (Ed. Revista dos Tribunais, 1975, pág. 20).

O insigne mestre RUY BARBOSA NOGUEIRA assim leciona:

"Veja-se bem, desde logo, que são pressupostos para impetrá-lo, seja ele contra ato ilegal de autoridade e que esse ato seja executório; não cabe contra ato de particular NEM CONTRA ATO SIMPLEMENTE DECLARATÓRIO, ato de expediente, ato preparatório.

É verdadeira que a própria lei diz caber contra ato ilegal, quando alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la. É o caso em que cabe o chamado mandado preventivo. Mas, mesmo o preventivo há de ser contra ameaça de ato executório.

Assim, por exemplo, não poderia o contribuinte impetrar contra UM LANÇAMENTO EM ELABORAÇÃO e do qual iria CABER RECLAMAÇÃO COM EFEITO SUSPENSIVO.

Quando o lançamento for terminado e expedido o aviso de lançamento ou iminente a cobrança e **NÃO HOUVER RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO** ou então, quando para o recurso seja exigida a **GARANTIA DE INSTÂNCIA**, caberá o mandado de se tratar de infringência a direito líquido e certo." in "Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário", José Bushatsky, 1970, pág. 233. (os destaques são meus).

O magistério de J.M. Othon Sidou confirma a mesma lição:

"Se o ato é de índole positiva e pode ser sustado mediante a SIMPLES MANIFESTAÇÃO DO RECURSO enquanto é ela decidido, a potencial ação preparatória do remédio pode ser postergada sem gravame para o queixoso, mesmo porque, sustados os efeitos do ato, desapareça, PRO TEMPORE, o fato que possibilita

curso ao mandado de segurança, assim desfalcado do imprescindível direito líquido e certo." Op. cit., pág. 296. (grifei).

Ora, ato privativo e vinculado, não revestido de qualquer carga executória, o lançamento apenas quantifica e qualifica a obrigação tributária e o sujeito passivo e, por isso, perante nosso Egrégio Tribunal de Justiça, tem sido firmado descaber mandado de segurança preventivo contra o lançamento de crédito tributário (Ap. Cível nº 26.789, 1ª Câmara Cível — RJTJRS, vol. 62/428 e Apelação Cível nº 27.103, 2ª Câmara Cível, RTJRGS, vol. 68/221).

Ressalte-se, por oportuno, o brilhante voto do eminente Desembargador PEDRO SOARES MUÑOZ, proferido nos autos da Apelação Cível nº 27.874, em que a 3ª Câmara Cível reformou, por unanimidade de votos, sentença que concedeu segurança pleiteada nos autos do Mandado de Segurança nº 104.403:

"Seria flagrante contradição conceder-se mandado de segurança para evitar o advento de ato contra o qual, se praticado, não se daria o "mandamus", "ex vi" do art. 5º da mesma lei." (cf. doc. 1, juntado com as informações da autoridade impetrada).

Na mesma linha de entendimento, o voto proferido pelo eminente Desembargador PERI RODRIGUES CONDESSA, no Reexame Necessário nº 25.113, com aprovação unânime da 3ª Câmara Cível:

"O próprio lançamento, aliás, é meramente declaratório, pois apenas produz, com a inscrição, um título executivo cobrável em juízo, sem esquecer que, do lançamento, cabe, antes, o recurso administrativo, com efeito suspensivo a que me referi. Só a prática habitual — que se alega — do fisco em casos semelhantes não me parece bastante. Trata-se apenas de alegação, e pode suceder que a autoridade na espécie entenda de não fazer o lançamento; nunca se pode saber. Parece-me, portanto, Sr. Presidente, que neste caso, perante a jurisprudência desta Câmara, é inaceitável o mandado preventivo. Cumpre esperar o lançamento e que se esgote a instância fiscal."

B) MÉRITO

A v. sentença recorrida concedeu a segurança por entender feridos os princípios constitucionais da legalidade e da anualidade tributáveis, em virtude da ab-rogação do favor isencional.

As razões que seguem visam a demonstrar que tal infringência não ocorreu.

I. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A lei básica do ICM, Lei n° 6.485/72, não contempla em seu texto a isenção das mercadorias comercializadas pela impetrante. Tampouco leis extravagantes posteriores. O benefício foi outorgado via de Convênio (o de n° 44/75) e revogado igualmente via de Convênio (o de n° 07/80, ora impugnado).

Aplicando-se o princípio da legalidade, do modo como pretende a suplicante e acatou a sentença, ISENÇÃO NÃO HOUVE e não há, portanto, direito a proceder a circulação das mercadorias sem pagamento do tributo.

A própria tese sustentada pela impetrante leva a concluir pelo descabimento do "writ": inexistindo lei reguladora da isenção, isenção não há. A tributação normal se impõe.

Na esteira da fundamentação da impetrante, labora em lamentável contradição a sentença "a quo": diz que a isenção fiscal depende de lei, sendo os convênios que a regulam na forma da Lei Complementar n° 24/75 inócuos e contrários à Constituição; e determina que se preserve a isenção concedida por um Convênio e revogada por outro!

Ora: ou os convênios têm vigor jurídico e, no caso, a isenção concedida em 1975 foi agora revogada, ou os convênios não têm aquela força, e isenção nunca houve para as mercadorias da impetrante.

II. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO NÃO É INSTITUIÇÃO OU AUMENTO DE TRIBUTO, NÃO SE SUJEITANDO, POIS, À REGRA DA ANUALIDADE

A r. sentença apelada, acatando argumentos da impetrante, entendeu que a revogação de isenção do ICM só poderia se dar no ano seguinte ao da entrada em vigor do dispositivo revocatório. Assim, entendendo, inobservou a regulamentação constitucional e de lei complementar regente na matéria.

Pois, a atual Constituição, no artigo 153, § 29, apenas impõe o princípio da anualidade, mais precisamente expresso como princípio da anterioridade, para a **instituição** ou aumento de tributos, e revogação de isenção, como se demonstra adiante, não configura nem uma nem outra das hipóteses.

A garantia da Lei Fundamental consiste em impedir que lei instituidora ou majoradora de carga fiscal autorize a respectiva cobrança imediatamente.

Quanto à atuação da norma revogadora de isenção, a disciplina é dada por lei complementar, ou seja, o CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, em seu artigo 104, III. Neste dispositivo é que, estendendo um pouco mais a proteção ao contribuinte,

o legislador estabelece que, **para os impostos sobre o patrimônio ou a renda**, exige-se anterioridade da lei que extingue ou reduz isenções. Nesse passo, a disposição complementar é específica e restrita aos impostos patrimoniais. Os outros incisos do artigo em cogitação, que mencionam instituição, majoração ou definição de novas hipóteses de incidência, esses sim estão subsumidos no § 29 do artigo 153 da Carta e, portanto, não se restringem apenas aos tributos sobre patrimônio e renda, mas alcançam hoje todos os tributos não excepcionados pela Constituição ou por leis complementares (cf. Emenda n° 8/77).

É assim que se deve interpretar o comentário de ALIOMAR BALEEIRO, ao artigo 104 do C.T.N., trazido à colação pela impetrante e que conclui, sintomaticamente, sem incluir referência à revogação de isenção:

"Entram em vigor os dispositivos que os criarem, majorarem ou definirem novas hipóteses de incidência, a 1° de janeiro do ano seguinte àquele em que for publicado o orçamento para o exercício imediato" ("in" DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, 9ª Edição Forense, pág. 383, "fine").

Não se poderia entender por outro modo. A revogação de isenção não pode configurar tributo novo, nem sua majoração de tributo existente, mas apenas a restauração de uma incidência fiscal já prevista em **lei anterior e vigente**, mas cuja eficácia estava, provisoriamente, trancada.

Com efeito, a lei isentiva não revoga a lei de tributação, mas coexiste com esta, paralisando-lhe os efeitos, enquanto persiste.

Não revogada, a lei de tributação permanece latente e volta a ser eficaz, quando afastada ou levantada a isenção. Ora, esse retorno à eficácia — que ninguém discute, pois não se exigem, quando do levantamento do benefício, que se edite nova lei impositiva — esse retorno, repita-se, só é possível juridicamente PORQUE A LEI DE TRIBUTAÇÃO PERMANECEU E ESTAVA EM VIGOR, ENQUANTO VIGORAVA TAMBÉM A NORMA ISENCIONAL.

No sistema positivo pátrio, em que se não admite ripristinação dado o disposto na Lei Introdutória (Decreto-Lei n° 4.657/42), tem-se de admitir que a lei de isenção não derroga a lei de tributação e que, portanto, a volta da eficácia da norma impositiva é imediata, sem que isso configure transgressão ao princípio constitucional da anualidade.

Ainda quanto ao aspecto ora enfocado, permitimo-nos reproduzir as considerações expendidas pela digna autoridade impetrada, quando de suas informações ao juízo, visto resumirem com propriedade a opinião doutrinária e o posicionamento jurisprudencial:

"A respeito do assunto assim ensina A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO:

"É de assinalar que a isenção pode ser revogada, ou modificada, a qualquer tempo, se não for concedida por prazo determinado, ou em função de certas condições. No que toca ao imposto sobre o patrimônio ou a renda, observar-se-á a regra da vigência da lei revocatória ou modificadora (art. 104, III). "(in "Doutrina e Aplicação do Direito Tributário", Freitas Bastos, 1973, página 273).

RUBENS GOMES DE SOUZA, de maneira incisiva, afirma a mesma coisa:

"Revogada uma isenção no decurso do exercício, o imposto pode ser cobrado imediatamente, sem ofensa ao princípio da anualidade (...), ressalvada, porém, a isenção de natureza onerosa, expressão que entendo referente às isenções contratuais e legais, condicionadas a encargo do beneficiado." (in "A Reforma Tributária e Isenções Condicionadas", RDA 92/382).

No mesmo sentido manifestaram-se ainda: FRANCISCO CAMPOS, "Isenção Fiscal e Sua Revogação", RF 133/361-367, especificamente fls. 365; HELY LOPES MEIRELLES, "Isenção Condicionada de Tributos", RT 363/38-41, entre outros.

RUBENS GOMES DE SOUZA, no mesmo parecer acima referido (RDA 92/382, nota 31), lembra ainda ser essa a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes acórdãos: Recurso em Mandado de Segurança nº 14.174, DJU de 2 de junho de 1965; Recurso Extraordinário nº 57.567, RTJ 35/249; a este acórdão acrescenta-se ainda os proferidos no Recurso em Mandado de Segurança nº 13.993, DJU de 12 de novembro de 1964, págs. 903/4, Tribunal Pleno; Recurso Extraordinário nº 73.496—GO, RTJ 65/442.

Assim sendo, as isenções — exceto as onerosas, o que não é o caso dos autos — podem ser revogadas **a qualquer tempo**, aplicando-se, **de imediato**, a legislação nova que suprimiu a franquia, salvo se a revogação se referir aos impostos sobre o patrimônio ou a renda.

SYLVIA ADELE OPOENHEIM citando RUY BARBOSA NOGUEIRA ("O Instituto da Isenção no Direito Tributário Brasileiro" na obra "Direito Tributário", feita em colaboração e direção de RUY BARBOSA NOGUEIRA, José Bushatsky, 1969, pág. 462) assim se expressa:

"Não equivalendo tal revogação de isenção concedida para determinado sujeito ou objeto, à criação de um imposto novo, pode ser imediatamente cobrada a obrigação tributária. Com relação a este aspecto o Professor Ruy Barbosa Nogueira estabele

uma distinção entre os tributos chamados instantâneos ou indiretos e os periódicos ou diretos, defendendo a possibilidade de cobrança imediata dos impostos instantâneos, como o de Circulação de Mercadorias, ao passo que, para os tributos periódicos, como o Imposto de Renda, julga necessário aguardar o exercício seguinte." (grifei).

Por outro lado, a revogação de isenção não pode ser tida como criação de imposto novo. A idéia, aliás, não tem sentido lógico, porque a franquia diz respeito a um imposto já existente, por isso que em razão dela o pagamento foi dispensado, o que torna despida de fundamento a afirmação de que, suprimida a isenção, estar-se-ia instituindo um novo tributo. E o Supremo Tribunal Federal já recusou afirmação desse tipo:

"Imposto — Isenção — Revogação. A revogação de isenção restaura a faculdade do Fisco de cobrar o imposto preexistente (...). Como não há falar em falta de autorização orçamentária para a cobrança do imposto de vendas e consignações, que gozavam de isenção, de vez que, segundo parecer invocado de José Frederico Marques, essa autorização diz respeito ao tributo e, nunca, ao elemento quantitativo da cobrança, e também porque não se trata de tributo novo, mas de obrigação já existente, cujo pagamento, por motivo de favor legal, era dispensado; revogado este não se vislumbra qualquer violação ao princípio da anualidade. Nada impede, pois, que o Fisco passe a cobrar, logo depois daquela revogação, o tributo autorizado e cuja exigibilidade se encontrava suspensa por motivo de isenção, como acentua J. Netto Armando, em parecer no Ag. 129.895, de São Paulo." (Recurso em Mandado de Segurança nº 13.947-SP, RDA 88/97-99 (grifo meu).

De resto, a doutrina moderna, antepondo-se a uma concepção tradicionalista menos exata, que entendia a isenção como um "favor" ou uma "renúncia" do Estado, define-a hoje como uma manifestação do poder de tributar. Daí a afirmação de RUBENS GOMES DE SOUZA que **"a finalidade do Estado não é cobrar tributos, mas promover o interesse público, através do exercício de seus poderes constitucionais, entre os quais o de tributar. Assim sendo, a outorga de uma isenção, nos casos em que a lei entende que o interesse público é melhor servido pela dispensa de pagamento do tributo que pela sua arrecadação, não configura uma renúncia, mas sim uma forma de exercício do poder de tributar"**. Ora, a suspensão da isenção é apenas a recíproca dessa colocação, ou seja, o Estado considera que não subsistem as causas determinadas de dispensa do pagamento do imposto, daí porque o "interesse público" não é melhor servido por tal dispensa, impondo-se necessariamente a sua revogação para estabelecimento da regra geral que é a tributabilidade. E, no caso dos autos, ninguém poderia sustentar, nos dias atuais, que o interesse público estaria bem atendido com a isenção

do ICM nas operações com maçãs e pêras estrangeiras às quais nem têm acesso as classes menos favorecidas da população.

III. A QUESTÃO DA RATIFICAÇÃO DOS CONVÊNIOS

Diz a sentença que a Lei Complementar nº 24/75, ao atribuir a ratificação ou recusa dos convênios aludidos no art. 23, § 6º da Constituição, ao Poder Executivo dos Estados, incidiu em inconstitucionalidade, pois a ratificação deveria operar-se pelas Assembleias Legislativas. Com base em tal alegada inconstitucionalidade, concedeu o "mandamus".

Entretanto, assim não o é, como se infere da lição dos doutrinadores e teóricos da matéria referente a tratados e convênios.

A ratificação é termo que, na técnica jurídica indica ato de confirmação; e que, no campo específico dos tratados e convenções, aponta para a confirmação efetiva da pelo próprio poder celebrante, no caso, o Executivo.

A aprovação, sim, é ato atribuído ao Parlamento, e, à vista do qual, via de regra, o Executivo ratifica o ato.

Relembrando conceitos correntes na Teoria dos Tratados, seria oportuno destacar que são fases distintas e sucessivas:

- a) celebração, pelo executivo;
- b) aprovação, pelo legislativo;
- c) ratificação, pelo executivo.

Nesse sentido, a regração constitucional pátria, lembrada por HAMILTON DIAS DE SOUZA, HENRY TILBERY e IVES GANDRA MARTINS:

"Nunca competiu ao Poder Legislativo ratificar acordos, mas sim aprová-los. Assim, am matéria internacional, os tratados e convenções, segundo a terminologia constitucional, são celebrados pelo Presidente da República, "ad referendum" do Congresso Nacional (Constituição, art. 81, X). O referandum é a aprovação do acordo negociado pelo Poder Executivo (Constituição, art. 44, I). A ratificação é ato administrativo pelo qual o Presidente confirma o tratado ou convenção negociada." (in Comentários ao C.T.N. — SP, 1977, Ed. Butshasky, vol. 3, pág. 10B/113, grifos nossos).

E, adiante, apoiando-se em PONTES DE MIRANDA, HILDEBRANDO ACIOLY e AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO sinalam:

"Em regra, a ratificação é precedida da aprovação pelo Congresso; mas o Presidente pode ratificar, na dependência do referendo parlamentar." (obra, vol. e pág. cit.).

Foi precisamente essa sistemática que se observou, na hipótese ora versada. Sistemática que se coaduna, à perfeição, com a Constituição Estadual, que atribui ao Governador a celebração de convênios e à Assembleia a aprovação subsequente (arts. 66, XII e 26, XV).

O Convênio nº 07/80 foi celebrado pelo Secretário da Fazenda, representante do poder Executivo, em 13 de junho de 1980, encaminhado ao Poder Legislativo para aprovação, em 27 do mesmo mês e ano e ratifica-pendente a aprovação do Legislativo, de forma viável como acima exposto —, em 15 de agosto de 1980, pelo Decreto nº 29.748, de 14 de agosto de 1980.

Tal ratificação, efetivada por Decreto, apenas introduziu na legislação estadual, norma abstrata, dispositivo legal alterador de regulamentação anterior, "ad referendum" da Assembleia, sando que a aprovação pelo Legislativo operou-se regularmente, pelo Decreto Legislativo nº 4.107, de 6 de novembro de 1980.

Eméritos Julgadores,

As preliminares argüidas nestas razões oferecem elementos suficientes para decretar a apelada carecedora do "mandamus", eis que não se verificaram, na espécie, os suportes autorizativos do "writ": não há sequer menção ao ato abusivo do impetrado.

A ordem foi pedida contra disposição legal, ao arripio do enunciado na SÚMULA 266.

Pretendeu, ademais, a reclamante obstar, genericamente que o Fisco viesse a, no futuro, proceder lançamento fiscal, pretensão incabível de exercer-se pelo mandado de segurança, dadas a declaratividade do lançamento e a suspensividade dos recursos administrativos interponíveis, sem caução.

No mérito, cumpre repisar não ter existido qualquer ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da anualidade, como demonstrado, e que o Convênio impugnado foi celebrado, aprovado e ratificado, consoante regração das Cartas Brasileira e Estadual, motivos que reclamam o provimento, por Vossas Excelências, da presente apelação.

Porto Alegre, 8 de dezembro de 1980.

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
PROCURADOR DO ESTADO

ACÓRDÃO

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

Revogação da isenção do tributo sobre a importação de maçãs de países membros da ALALC. Convênio ICM-7/SO, de 13.06.80.

Mandado de segurança impetrado por firma importadora, com invocação aos princípios da anualidade e da reserva legal. Convênio aprovado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07.01.75, editada em obediência à Constituição Federal, art. 23, § 6º.

No Rio Grande do Sul é afastado o tema relativo à reserva legal, pois foi aprovado o convênio pela Assembléia Legislativa. Decreto Legislativo nº 4.107, de 06.11.80.

Regra de anualidade. Revogabilidade das isenções não onerosas, a qualquer tempo, com possibilidade de imediata cobrança do tributo.

Apelação provida e segurança denegada, com cassação da liminar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.564 DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, (COORDENADOR-GERAL DO ICM), MAPE COMERCIAL E IMPORTADORA LTDA,	PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL PORTO ALEGRE APRESENTANTE; APELANTE; APELADA.
---	---

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, rejeitadas as preliminares, dar provimento à apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, assim reformada a sentença e cassada a liminar, o que decidem pelos fundamentos e nos termos expostos nas notas taquigráficas em anexo, que incorporam ao presente aresto.

Remeta-se cópia do acórdão à autoridade apontada como coatora.

Custas, pela apelada.

Participou, também, do julgamento o eminente Desembargador PIO FIORI DE AZEVEDO.

Porto Alegre, 12 de maio de 1981.

DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO
Presidente e Relator

DES. TULIO MEDINA MARTINS

RELATÓRIO

O DES. PRESIDENTE (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — RELATOR) — Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Mape — Comercial e Importadora Ltda., em caráter preventivo, contra ato a ser praticado no posto fiscal de Uruguaiana a mando do Coordenador-Geral do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, através de ordem de cobrança, por antecipação, do ICM sobre a entrada no País de produto — maçãs — proveniente de país participante da ALALC. Está — sustenta a impetrante — o produto isento do mencionado tributo; todavia, buscando arrimo no Decreto Estadual nº 29.719, que ratificou o Convênio da Bahia, a autoridade coatora passou a exigí-lo, com infringência aos princípios da reserva legal e da anualidade, assim ofendido direito líquido e certo da firma importadora.

Quanto ao princípio da anualidade, invoca a Lei Maior, art. 153, § 29.

Sustenta a inconstitucionalidade do mencionado decreto, reportando-se à Súmula 575 e à reiteradamente afirmada necessidade da lei estadual que receba as regras gerais sobre o ICM, editadas pela União, não bastando para tanto um simples decreto. O princípio da reserva legal tanto se refere — prossegue a firma impetrante — à instituição e ao aumento de tributos quanto à exigência ou cobrança dos mesmos, salvante os casos expressos na própria Constituição. E alega que a suspensão da isenção implica em cobrança do tributo: assim a lição de Aliomar Baleeiro, de que não goza de eficácia imediata a revogação total ou parcial da isenção de tributo. É incabível confundir convênio com lei e, ainda que assim não fora, não seria possível cobrar imposição fiscal no presente exercício.

O magistrado concedeu a liminar para liberar o trânsito da mercadoria constante do documento de fls. 8, independente do pagamento do ICM.

Prestou informações a autoridade apontada como coatora, a fls. 34 e seguintes, suscitando as seguintes preliminares: a) ausência de prova de ato preparatório capaz de induzir justo receio à impetrante; b) impropriedade do "mandamus" para impedir que a autoridade administrativa pratique o ato vinculado e obrigatório do lançamento; ato este meramente declaratório e não executório; c) não cabimento

do "mandamus" quando o ato da autoridade for impugnável através recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; d) descabimento do mandado contra a lei em tese.

De mérito, disse a autoridade que a impetrante dirige-se contra o Decreto 29.719, de 23.07.80, o qual apenas adaptou o regulamento do ICM à nova redação dada ao art. 2º da Lei 6.485, de 20.12.72, pela Lei 7.328, de 28.12.79, diferindo o pagamento de ICM nas operações com frutas frescas nacionais ou provenientes dos países da ALALC. Entretanto, realmente a isenção foi revogada, mas através do Convênio 7/80, de 13.06.80, cuja ratificação, nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07.01.75, foi publicada no "Diário Oficial da União", de 03.07.80, tudo nos termos do art. 23, § 6º, da Constituição Federal. E outro Convênio, de nº 3/80, de 13.06.80, concedeu crédito presumido de até 80% à saída de maçãs do estabelecimento em que tiverem sido produzidas.

A Lei Complementar nº 24/75 — prossegue o informante — elegeu o convênio como instrumento eficaz de uniformização da legislação entre os Estados. O convênio traduz-se em normas gerais de direito tributário, e inclusive operou a modificação do art. 178 do Código Tributário Nacional. Os convênios são constitucionais e legais, por decorrentes de Lei Complementar que lhes fixou a forma e o regime de elaboração e eficácia, bem como o seu conteúdo. E já o Ato Complementar nº 34, de 30.01.67, era expresso em que os convênios independiam de ratificação das Assembleias Legislativas dos Estados participantes. A Lei Complementar nº 24/75 dispôs sobre a matéria dos arts. 4º, 5º e 6º, estabelecendo a ratificação ou não ratificação dos convênios por decreto do Poder Executivo de cada Estado da Federação, entrando em vigor o convênio no 30º dia após divulgada no "Diário Oficial da União" a ratificação pelos Estados. Assim, a partir de 03.07.80 estão em pleno vigor os convênios 3/80 e 7/80, ratificados expressa ou tacitamente por todas as unidades da Federação Brasileira. A inconstitucionalidade de ato normativo só deve ser decretada quando evidente.

A respeito do princípio da anualidade, com alusão à isenção ou redução de tributos, a autoridade coatora trouxe à colação o art. 104, item 3, do Código Tributário Nacional. Invoca as lições de Contreiras de Carvalho, Rubens Gomes de Souza, Francisco Campos, Hely Lopes Meirelles, quanto à revogabilidade a todo tempo das isenções não onerosas, lembrando ainda decisões do STF a esse respeito. A revogação de isenção — adita — não é majoração do tributo. A isenção almejada pela impetrante não consta de lei, pois decorre de convênio, o de nº 44/75, e é lógico que a isenção outorgada por convênio seja por via de convênio revogada.

Pelas leis vigentes, Decreto-lei Federal nº 406, art. 1º; item 2, e Lei Estadual nº 6.485, de 20.12.72, é fato gerador do ICM a entrada de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento, salvante se destinada à indústria como matéria-prima. As maçãs nacionais estão sendo tributadas normalmente, e assim

também deve ocorrer com as oriundas dos países da ALALC, que desfrutam igual tratamento. Não é cabível favorecer o comerciante ou o produto alienígena em detrimento dos nacionais.

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Estadual rejeitou as preliminares e deferiu a segurança para assegurar à impetrante o direito de comercializar as mercadorias com isenção do ICM, forte em que incidem na espécie os princípios da anualidade e da legalidade tributária. Considerou inconstitucional a Lei Complementar nº 24/75, pois não poderia "retirar da competência legislativa dos Estados o poder de ratificação dos convênios. Sem lei emanada do Poder Legislativo Estadual, o convênio não tem existência jurídica" (fls. 87). Considerou, outrossim, violada a regra da anualidade. Suscitou o reexame necessário.

Apelou o Estado do Rio Grande do Sul, com as preliminares de defeito de representação do advogado do contribuinte; de descabimento do mandado de segurança contra lei em tese e contra ato administrativo que, mesmo se deflagrado, não pode ser impugnado por via do "writ" de que a sentença não poderia ignorar a Lei nº 2.770/56. De mérito, alega que a revogação de isenção difere da instituição ou aumento de tributo, não se sujeitando, pois, à regra da anualidade. No pertinente à ratificação dos convênios, sustenta que cabe ao Legislativo aprová-los após celebrados pelo Executivo, seguindo-se, ao fim, a ratificação pelo Executivo. Na sistemática do Rio Grande do Sul, e consoante normas da Constituição Estadual, que atribuem ao Governador a celebração de convênios e à Assembleia a missão de aprová-los, o convênio em questão foi celebrado pelo Secretário da Fazenda, representando o Executivo. Foi encaminhado à Assembleia para aprovação e, entretanto, ratificado pelo Decreto nº 29.748, de 14.08.80, e a Assembleia aprovou o convênio, **ut** Decreto Legislativo nº 4.107, de 06.11.80.

A apelada, em resposta ao recurso, simplesmente rogou a manutenção da sentença (fls. 117).

Em ambas as instâncias manifestou-se o MP pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O DES. PRESIDENTE (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — RELATOR) —

Devo abordar, inicialmente, e em conjunto, as prefaciais suscitadas nas informações e que no relatório enumerei.

Em última análise, sustenta-se que não haveria o "justo receio" capaz de autorizar a impetração do "writ" em caráter preventivo, mesmo porque é via imprópria o **mandamus** para impedir a Fazenda de realizar o ato vinculado e obrigatório do lançamento, cujo caráter é apenas declaratório.

Ponho dúvidas quanto a tais restrições ao emprego preventivo da garantia constitucional, não obstante os precedentes jurisprudenciais da Apel. Cível nº 27.103, da eg. 2ª Câmara Cível deste Tribunal (Revista de Jurisprudência, 68/221), e dos acórdãos nessa apelação citados (voto do em. Relator Des. Ladislau F. Rohne).

Todavia, no caso dos autos, o mandado de segurança realmente sequer reveste o caráter propriamente preventivo.

A impetrante importa frutas frescas (maçãs) da Argentina (doc. de fls.8) e é certa a afirmativa da inicial de que a cobrança do ICM "vem sendo imposta por antecipação, já que, nas chegadas dos veículos transportadores, o importador é obrigado a preencher documento com anexação da documentação do recolhimento já efetuado" (fls.2).

Pelo Convênio ICM — 12/79, de 08.02.79, os Estados signatários acordaram uniformizar suas legislações quanto aos critérios para cobrança do ICM nas entradas de mercadorias no estabelecimento do importador, "fixando-se, como momento do recolhimento, o desembaraço aduaneiro da mercadoria". Esse convênio ICM — 12/79 foi aprovado pela Assembléia Legislativa do RS — Decreto Legislativo 3.888, de 11.06.79.

Temos, outrossim, a Instrução Normativa nº 82, de 17.7.80, da Secretaria da Receita Federal, determinando que a fiscalização aduaneira exija comprovação do pagamento do ICM, ou da isenção ou não incidência do tributo, "por ocasião do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada para consumo". E, nos termos destes atos normativos, o Diretor-Geral do Tesouro do Estado baixou instruções (Circular Geral nº 55), datadas de 08.08.80. Com esses elementos, e sendo certo que a mercadoria não é admitida a circular no território nacional sem o antecipado pagamento do ICM, está às escâncaras demonstrado, sob este enfoque, a admissibilidade, em princípio, do remédio constitucional.

Rejeito, pois, as preliminares suscitadas nas informações.

O DES. TULIO MEDINA MARTINS — De acordo.

O DES. PIO FIORI DE AZEVEDO — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — RELATOR)

— De mérito, sob dois fundamentos básicos, apresenta-se a impetração; a cobrança do ICM seria inconstitucional e ilegal por infringidos os princípios da **reserva legal** e da **anualidade**, sustentando-se ser írrito o Decreto Estadual nº 29.748, de 14.08.80, que introduziu na legislação fiscal do Estado, dentre outras alterações decorrentes da ratificação do convênio ICM 7/80, a revogação da isenção de que gozavam as maçãs importadas de países membros da ALALC, **in casu** da Argentina.

Em primeiro lugar, temos o tema vinculado à reserva legal e à alegada inconstitucionalidade, reconhecida na sentença, de disposições da Lei Complementar nº 24, de 07.01.1975.

A Constituição Federal, no seu art. 23, § 6º, dispõe que "as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar". Em decorrência da norma constitucional foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada a Lei Complementar nº 24, inspirada no propósito de evitar a guerra fiscal entre os Estados e de proporcionar "uniformidade nacional de critérios de cobrança do ICM" (Fábio Fanucchi, "Curso de Direito Tributário Brasileiro", 4ª Ed., 7ª tiragem, nº 41.10).

Esta Lei Complementar nº 24/75, em seu art. 1º, dispõe que as isenções serão concedidas ou revogadas mediante convênios. Em seu art. 4º dispõe que dentro de 15 dias, contados da publicação dos convênios, o Poder Executivo de cada unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios assinados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação nesse prazo. E, pelos arts. 5º, 6º e 7º, findo o prazo de ratificação será feita a devida publicação no Diário Oficial da União, e estes convênios entrarão em vigor no 30º dia seguinte; e "obrigam todas as unidades da Federação, inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião".

Sustentou o eminente magistrado, na bem lançada sentença recorrida, que

"mantido pela Constituição, em relação ao ICM, o princípio da legalidade, e sendo a instituição desse tributo de competência legislativa dos Estados, é a lei estadual que pode tributar e, conseqüentemente, isentar. Por isso, muito embora devessem ser celebrados pelo Executivo, os convênios só poderiam ser ratificados pelo Poder Legislativo, as Assembléias Legislativas estaduais (no caso do Rio Grande do Sul, **ut** art. 27, item XV, da Constituição do Estado). A restrição à autoridade legislativa estadual, materializada na regulação de isenções através do sistema de convênios, não deixando de ser restrição — pois o ICM é imposto de competência estadual — tem de ser interpretada, portanto, restritivamente. E se a Constituição Federal sujeitou a celebração dos convênios à respectiva ratificação, ou recusa pelos Estados, manteve-se a autonomia estadual para ratificá-los ou recusá-los. E se a mesma Constituição mantém o princípio da legalidade, sabendo-se que a lei é ato emanado do Poder Legislativo, não há como fugir: a ratificação ou recusa só poderia decorrer de ato do poder competente para legislar sobre o tributo em tela.

Em conseqüência, o juiz entendeu que a Lei Complementar nº 24/75 infringiu a Constituição que deveria regulamentar, e declarou que o convênio "não tem existência jurídica".

A questão, nobres Colegas, como se vê, é de magno interesse e da maior relevância: de uma parte, a invocação a princípios constitucionais de longa história; de outra, a norma, também constitucional, relativa à regulação por convênios por via de Lei Complementar e a necessidade, também evidente, da adoção de decisões não só uniformes como sobretudo prontas em matéria de concessão ou de revogação de isenções, com a urgência imposta pelas circunstâncias, sempre mutáveis, da realidade econômica nacional e internacional.

No Estado do RS, todavia — e quiçá é o único Estado da Federação onde assim se procede, — os convênios celebrados pelo Executivo sempre foram aprovados pelo Poder Legislativo, conforme dispõe a Constituição Estadual, art. 27, XI. O convênio de que tratamos, Convênio ICM 07/80, de 13.6.80, declarou que a autorização prevista na cláusula 1ª do Convênio ICM — 44/75, de 10.12.75, deixa de aplicar-se às saídas de “alho, amêndoas, avelãs, castanhas, nozes, peras e maçãs”. Em suma, foi revogada a isenção concedida naquele convênio. E este convênio ICM-07/80 foi aprovado pela Assembléia Legislativa do Estado do RS, através do Decreto Legislativo nº 4.107, de 06.11.80.

É certo, nobres Colegas, que o Decreto Executivo nº 29.748, de 14.08.80, que alterou o Regulamento do ICM, retirando a isenção para maçãs (Alteração nº 329, ao art. 7º, XI, do aludido Decreto), foi editado e passou a ser aplicado de imediato pelos órgãos fazendários, nos termos da Lei Complementar, mesmo enquanto pendente o convênio de aprovação pela Assembléia. Trata-se, à evidência, de uma aplicação “ad referendum” do Poder Legislativo, numa conjugação, que tenho por harmônica e conforme com o interesse público, entre a Lei Complementar federal e a regra da Constituição do Estado.

Aprovado o convênio pela Assembléia Legislativa, como realmente ocorreu, a incidência e a aplicação aos fatos geradores resultam confirmadas. Se não aprovado, haveria a restituição dos tributos amealhados indevidamente, isto se admitida a tese jurídica, que para nós sul-rio-grandenses é meramente acadêmica, de não ser suficiente a ratificação pelo Poder Executivo. Aliás, o Prof. Heron Arzua, em artigo sob o título “Revogação de Isenção” (publicado na Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, 1980, nº 3), sustenta a suficiência da ratificação pelo Executivo. Diz, em síntese, que:

“a Constituição diz que os convênios serão celebrados e ratificados pelos Estados segundo o disposto em Lei Complementar. Esta atribui ao Poder Executivo dos Estados competência para ratificar esses convênios. Excluídas ficaram, dessa forma, as assembleias legislativas de participar do referido processo legislativo.

Como, no ensinamento unânime dos doutos, instituir impostos e conceder isenções é matéria de reserva legal, a doutrina brasileira vem postulando a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 24.

Contudo, a realidade, é que até hoje a questão não sensibilizou as partes e não suscitou qualquer polêmica a nível administrativo ou do Judiciário, parecendo que a Lei nº 24 teve aceitação generalizada por outros.

De outra parte, a favor dos atos legislativos milita, tanto na doutrina como na jurisprudência, a presunção da constitucionalidade.

Essa foi a doutrina acolhida pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, segundo a qual os juízes e tribunais só podiam deixar de aplicar as leis “manifestamente inconstitucionais”, (Art. 13, § 10).

Logo depois, em 1902, JOÃO BARBALHO, nos seus ‘Comentários à Constituição Brasileira’, acentuava que ‘no exercício de tão relevante poder cumpre aos tribunais observar a máxima circunspeção’. E logo adiante arremata: ‘a lei traz sempre a presunção de validade. Somente dando-se razões peremptórias, e em vista de texto precioso com o qual se contradiga a lei, é que poder-se-lhe-á negar execução’.

CARLOS MACIMILIANO, a seu turno, adverte que ‘todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo’. (‘Hermenêutica e Aplicação do Direito’).

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de Leis, quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas correntes de idéias apoiadas por juristas de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo dezarrazoada.

Donde, toda a presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela.

Ora, a Lei 24 tem por antecedente histórico um ato complementar (de nº 34), cujo art. 1º, § 2º, dispunha expressamente independentemente os convênios e protocolos de ratificação pelas assembleias legislativas dos Estados participantes”.

Também mencionou o prof. Arzua que “os poderes executivos celebram e ratificam os convênios referentes ao ICM por força de lei complementar, ou seja, por lei resultante de processo especial em que o Congresso legisla não como delegado da União, mas como representante de toda a Nação. É a razão por que as leis complementares à Constituição são tidas por leis **nacionais** e não simplesmente federais” (Geraldo Ataliba, “Lei Complementar na Constituição”, RT 71). A homologação

dos convênios pelos Executivos seria mais uma das exceções previstas na Constituição à vedação de delegação de atribuições entre os poderes (cf. art. 6º, parágrafo único, da Constituição Federal — artigo e revista citados, pág. 66).

O tema, entretanto, como mencionei, para o Estado do Rio Grande do Sul reveste-se de um caráter principalmente doutrinário.

Passo, agora, a analisar o dissídio com vista à regra da anualidade tributária.

A Constituição Federal, no art. 153, § 29, dispõe que "nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição".

Entretanto, a revogação de isenção não configura nem instituição de tributo nem aumento de tributo. De que as isenções não onerosas podem ser livremente revogadas é assertiva tranqüila: "sem dúvida, em princípio, a regra deve ser a revogabilidade ou a redutibilidade da isenção em qualquer tempo em que o Estado entenda que ela não corresponde ao interesse público. Mas há exceções quando a isenção, pelas condições de sua outorga, conduziu o contribuinte a uma atividade que ele não empreenderia se estivesse sujeita aos tributos da época. Então ela foi onerosa para o beneficiário". (Aliomar Baleeiro, "Direito Tributário Brasileiro", Forense, 4ª ed., 1972, pág. 525).

O Prof. Heron Arzua considerou unânime na doutrina e na jurisprudência que "as isenções insubordinadas a certas condições ou por prazo determinado não geram situação jurídica subjetiva, podendo ser livremente revogadas". E refere-se ao magistério de Aliomar Baleeiro, Seabra Fagundes, Souto Maior Borges e à Súmula nº 544 do STF.

É certo que Aliomar Baleeiro ressalva o princípio da anualidade, entendendo que a revogação da isenção não terá eficácia imediata, só vigorando para o exercício seguinte (obra citada, pág. 528), mas essa ressalva não recebeu adesão majoritária.

Rubens Gomes de Souza alude a decisões do Sumo Pretório no sentido de que, "revogada uma isenção no decurso do exercício, o imposto pode ser cobrado imediatamente, sem ofensa ao princípio da anualidade (Constituição de 1946, art. 141, § 34; Constituição de 1967, art. 150, § 29)", ressalvadas as isenções contratuais ou legais condicionadas a encargos do beneficiário (Parecer, in RDA, vol. 92, pág. 382).

O Professor Arzua, no parecer já antes aludido, disse, a respeito do problema da imediata exigibilidade do tributo nos casos de revogação da isenção, que

F7seu tempo, o art. 175, I, do mesmo diploma, define a isenção como causa excludente do crédito tributário, e o art. 140 estatui que as circunstâncias que excluem a exigibilidade do crédito não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

Não atingindo a primeira relação jurídica — surgida com a ocorrência do fato imponible, a isenção a mantém intacta, pois ela é causa de exclusão **tão-só de crédito**.

Em resumo: a isenção, pelo CTN, exclui o crédito (art. 175, I), mas não afeta a obrigação. (art. 140).

Isto posto, fica aplainado o caminho para o entendimento de que, em se revogando isenção, não se está criando nova obrigação tributária, nem aumentando o crédito dela decorrente, que apenas se achava neutralizado por força da norma isencional.

Nada obstante, é de se assinalar a existência de prestigiosa doutrina que sustenta suprimir a norma legal da isenção a própria definição da hipótese de incidência, de modo a obstar o nascimento da obrigação tributária. (BERLIRI "Principi di Diritto Tributario", Milão, 1957, tomo I, vol. II, pág. 220; ALFREDO AUGUSTO BECKER, "Teoria Geral de Direito Tributário", Saraiva, SP 1963, 1ª ed. pág. 276; SOUTO MAIOR BORGES, "Isenções Tributárias", Sugestões Literárias, SP, 1969, 1ª ed.)

Mas, como observa FÁBIO FANUCCHI, com a acuidade que lhe é característica, a tese se embate contra a opinião da maioria dos doutrinadores nacionais e, mais, contra o direito escrito, corporificado pelo texto do art. 175, do CTN. ("Curso de Direito Tributário Brasileiro", RT, 3ª ed., 1975, vol. I, pág. 371).

Na mesma direção, é a opinião de JOSÉ WASHINGTON COELHO, que considera ter o Código Tributário Nacional situado a isenção como forma de exclusão do crédito pressupondo a ocorrência da obrigação, a qual só é atingida em seus feitos. ("Código Tributário Nacional Interpretado", Eds. "Correio da Manhã", 1968, pág. 175 e segs.)

Igualmente faço referência ao ensinamento de Sylvania Adèle Oppenheim, no artigo "O Instituto da Isenção no Direito Tributário Brasileiro" (in "Direito Tributário", Coletânea sob a direção de Ruy Barbosa Nogueira).

Impende lembrar a regra do art. 104 do Código Tributário Nacional, onde se preceitua que entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte os dispositivos

de lei referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda, que: "...III — Extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte e observado o disposto no art. 178".

Ora, o ICM não é tributo nem sobre o patrimônio, nem sobre a renda.

A respeito do tema é decisivo o acórdão do Supremo Tribunal Federal no recurso do Mandado de Segurança nº 13.947, de que foi Relator o eminentíssimo Ministro Prado Kelly. É acórdão de 17.05.66, que está in "Revista de Direito Administrativo", 88/97. Do voto do eminente Ministro, saliento o seguinte trecho: "Necessário, preliminarmente, lembrar a diferença entre isenção e não incidência de impostos, "de relevantes conseqüências práticas", como observa Amílcar de Araújo Falcão (Direito Tributário Brasileiro, 1960 pág. 257). Ensina Rubens Gomes de Souza (Com. de Leg. Trib., 3ª ed., págs. 75-76):

"É importante fixar bem as diferenças entre não incidência e isenção: tratando-se de não incidência, não é devido o tributo porque não chega a surgir a própria obrigação tributária; ao contrário, na isenção o tributo é devido, porque existe obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento; por conseguinte, a isenção pressupõe a incidência, porque é claro que só se pode dispensar o pagamento de um tributo que seja efetivamente devido".

No mesmo sentido, a lição de Gianninni (Ist. di Diritto Tributario, 1945, pág. 90) e a de Hely Lopes Meirelles (Folha de São Paulo, de 13.3.60):

'Na isenção o tributo é originariamente devido, mas fica dispensado o pagamento; na não incidência o tributo se torna indevido por não ocorrer o fato gerador da obrigação fiscal, embora o objeto seja passível de tributação'.

Ora, se na isenção existe o tributo, a revogação do favor legal, como ocorre no presente caso não cria imposto novo; limita-se a restaurar para o Fisco o direito, que existia antes da isenção, de cobrar o tributo. Logo, se essa revogação não cria tributo novo, não tem cabida o apelo ao disposto no § 34 do art. 141 da Constituição federal que não veda, quer direta ou indiretamente, ao Fisco o direito de cobrar, logo após a revogação, o tributo autorizado no orçamento e cuja exigibilidade se encontrava apenas suspensa em virtude da isenção."

Diga-se, ao final, que as questões básicas suscitadas no presente mandado de segurança já foram apreciadas por esta 1ª Câmara Cível no Reexame Necessário nº 37.329, em sessão de 16 de março do ano transacto, relator o em. Des. Cristovam Daiello Moreira sendo cassada a segurança, com a reforma da sentença. Não integrei a Câmara nessa oportunidade, nem o em. Des. Pio Fiori de Azevedo, mas adoto igual solução.

Dou, pois, provimento à apelação manifestada pelo Estado do Rio Grande do Sul, reformando a sentença e julgando improcedente a ação de mandado de segurança, cassada pois a liminar, com imediata comunicação à autoridade apontada como coatora. Em conseqüência, despiciendo examinar a primeira preliminar manifestada pelo apelante sorediamente, em razões de recurso, e que dou por prejudicada.

Custas pela firma impetrante, bem como honorários advocatícios, os quais concedo na forma de jurisprudência dominante neste Tribunal, arbitrando-os em favor dos cofres do Estado em 15% sobre o valor atribuído à causa.

É o meu voto, com oportuna remessa de cópia do acórdão à autoridade fiscal.

O DES. TULIO MEDINA MARTINS — Sr. Presidente. Revisei os autos. Entendo que o Estado tem cobertura constitucional e legal. Na Constituição da República está amparado pelo art. 23, § 6º, e art. 18, § 1º, ampara-o, ainda, a Lei Complementar nº 24, de 7.1.75. Tive ensejo de participar do julgamento do Reexame Necessário nº 37.329, julgado em sessão de 16.3.81, quando acompanhei os demais componentes da Câmara, ocasião em que se chegou ao entendimento de que, se a isenção foi concedida por decreto fundado em convênio entre estados, a sua revogação também poderia ser imposta por decreto.

Com essas observações, acompanho o voto do Relator.

O DES. PIO FIORI DE AZEVEDO — Sr. Presidente. Tive certa dificuldade especialmente no que diz respeito com a quebra do princípio da anualidade, mas entendo que não há essa quebra, porque, a questão está muito bem fundamentada por V. Exª., inclusive com apoio doutrinário, mostrando que não se trata de isenção daqueles tributos para os quais a revogação exige o respeito ao princípio da anualidade. Também tenho por constitucional a exigibilidade imediata do tributo, porque a isenção apenas suspendera essa exigibilidade, mas a lei continuava em vigor, podendo a isenção ser retirada, da forma como o foi, dentro do sistema introduzido pela Constituição vigente.

De maneira que, com essas singelas considerações, também acompanho o voto de V. Exª e do eminente Des. Tulio.

O SR. PRESIDENTE (DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO) — RELATOR — Apelação Cível nº 37.564, de Porto Alegre — "À UNANIMIDADE, REJEITADAS AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, REFORMADA A SENTENÇA E CASSADA A LIMINAR".

APOSENTADORIA: INCONSTITUCIONALIDADE

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ART. 232
DA LEI Nº 7.356, DE 1º DE FEVEREIRO DE 1980.

A Constituição Federal, ao tratar dos Tribunais e Juizes Estaduais, estabelece, no art. 144, que os Estados organizarão a sua justiça, **observados os arts. 113 a 117 da Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional** e os dispositivos contidos no próprio art. 144.

O mencionado art. 113, que dispõe sobre as garantias dos juizes, diz, em seu § 2º, que **"a aposentadoria será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada e facultativa após trinta anos de serviço público, em todos os casos com vencimentos integrais"** (grifei). A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, por sua vez, preceitua no art. 74 que **"a aposentadoria dos magistrados vitalícios será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa, após trinta anos de serviço público, com vencimentos integrais, ressalvado o disposto nos arts. 50 e 56"** (grifei).

Conforme o ensinamento de PONTES DE MIRANDA, *"toda a matéria do art. 144 da Constituição de 1967 é self-executing"* (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. 2ª ed. São Paulo, Rev. dos Trib., 1970. t. 4, pág.309). Isto quer dizer que ela tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, devendo ser obrigatoriamente acatada pelos Estados, desde a entrada em vigor da Constituição. Ainda de acordo com o autor acima citado, as normas do art. 144 não são princípios constitucionais, **mas regras jurídicas que se dirigem aos Estados-membros**, as quais, reproduzidas nas constituições estaduais, não importam a edição de direito, mas simples inserção de regras de direito positivo constitucional federal. Segundo PONTES DE MIRANDA, a violação do referido artigo é violação de texto constitucional; se a constituição estadual deforma suas regras, ou delas só extrai princípio geral, a que dá outra abrangência mais ou menos paralela à que se adotou no art. 144, **viola a Constituição, que não se limitou a sugerir, a recomendar fórmulas semelhantes ao tipo que compôs** — fixou, ela mesma, como direito constitucional federal, as regras jurídicas (cfr. ob. cit., pág. 304-5). MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a propósito do mesmo assunto, afirma que, na verdade, **"isto importa em incorporar ao direito estadual os referidos preceitos, consoante o estipulado no art. 200 da Lei Magna em vigor"**. (Comentários à Constituição Brasileira. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1977. v. 3, pág. 22).

Assim, é fora de dúvida que os preceitos do art. 144 da Constituição Federal, entre os quais está o de obediência, pelos Estados, das regras do art. 113 da mesma Constituição, são para eles de observância obrigatória, independentemente tal obediência da traslação dos citados preceitos para a legislação local. Contudo, se introduzidos nesta, não pode o legislador lhes alterar a substância, sob pena de inconstitucionalidade. Em síntese, conforme também já foi afirmado por OSWALDO TRIGUEIRO, o art. 144 da Constituição Federal contém meia centena de preceitos que definem o regime jurídico da magistratura e **traçam as linhas mestras da organização judiciária dos Estados. "Como ocorrem em relação aos outros poderes",** explica ele, **"cabe ao estado organizar o Judiciário, de acordo com as suas conveniências e possibilidades. Mas, na verdade, o que resta à competência estadual não é mais do que a regulamentação do que o direito federal estabelece de maneira compulsória."** (Direito Constitucional Estadual. Rio, Forense, 1980. pág. 202. Grifei).

Invocadas estas regras fundamentais, cabe demonstrar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 232 da Lei nº 7.356, de 1º de fevereiro de 1980 (Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul), assim redigido:

"§ 4º — É vedada aos Juizes Militares e Civis do Tribunal Militar a aposentadoria voluntária antes de completados cinco anos de efetivo exercício no cargo."

Esse dispositivo contraria o disposto no citado § 2º do art. 113 da Constituição Federal, bem como o aludido art. 74 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ambos de observância obrigatória pelos Estados na organização da sua justiça, por força do que determina o art. 144 da mesma Constituição, conforme já se viu. Segundo tais preceitos, a aposentadoria para os juizes **será facultativa após trinta anos de serviço público.** Tendo vedado aos Juizes Militares e Civis do Tribunal Militar a inativação voluntária antes de completados cinco anos de efetivo exercício no cargo, a lei, em certas hipóteses, efetivamente elevou para mais de trinta anos o tempo de serviço público exigido pela Constituição da República para a aposentadoria voluntária. Basta considerar, por exemplo, o caso de determinado cidadão que, com vinte e nove anos de serviço público, seja nomeado para prover o cargo de Juiz Militar. Se observada a norma do § 4º do art. 232 da Lei 7.356/80, não poderá ele se inativar aos trinta anos de serviço, mas somente aos trinta e quatro anos, contrariamente ao que garante a Constituição Federal. A regra é, pois, violadora do art. 144 combinado com o § 2º do artigo 113 da Constituição Federal. Além disso, também contrariando o mesmo art. 144, não mantém obediência ao art. 74 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o qual, ao tratar da aposentadoria dos magistrados vitalícios, estabelece que a mesma **será facultativa aos trinta anos de serviço público.** Por oportuno, cabe lembrar que os Juizes Militares e Civis do Tribunal Militar são magistrados vitalícios, conforme dispõe o art. 22, inciso I, alínea e, da referida Lei Orgânica. Além disso, integram a justiça estadual, nos termos do art. 144, § 1º,

alínea d da Constituição Federal, do art. 18 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, do art. 127, inciso II, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, e art. 5º da já citada Lei nº 7.356/80.

Embora no referido dispositivo do Código de Organização do Estado do Rio Grande do Sul não esteja expressamente elvado para mais de trinta anos de serviço público o tempo para a aquisição de aposentadoria voluntária, essa circunstância não afasta a inconstitucionalidade da regra, pois o conflito da lei com a Constituição, segundo ensina LÚCIO BITTENCOURT, pode ser direto ou **indireto**, decorrendo desse **"da inobservância de fórmulas ou condições prescritas pela Carta Fundamental"**, como é o caso. Teoricamente, segundo esse autor, as duas situações se equiparam, porque sempre que a lei ordinária viola a Constituição, o fato de o fazer direta ou indiretamente não altera a sua situação de **"lei contra o direito"** (cfr. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.** 2ª ed. Rio, Forense, 1968, pág. 61).

Além disso, em nenhuma hipótese poderia a lei estadual estabelecer como requisito para a aposentadoria voluntária a permanência, durante certo tempó, num mesmo cargo, pois a Constituição não contém tal exigência, impondo somente a comprovação de determinado tempo de serviço público para a aquisição do direito. Outro aspecto também a considerar é o de que a Constituição faculta aos juizes a aposentadoria com vencimentos integrais aos trinta anos de serviço, estabelecendo em seu favor **uma exceção** ao princípio consagrado no art. 101, inciso III, sem esperar a lei complementar prevista no art. 103. Essa exceção não pode ficar anulada com a aplicação do referido § 4º do art. 232 do Código de Organização Judiciária, que, em determinados casos, conforme já se demonstrou, eleva para mais de trinta anos de serviço público o tempo para a inativação.

Finalmente, cabe acrescentar que **"a independência do juiz constitui o conteúdo do art. 108"**, atual art. 113 da Constituição Federal (PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967.** São Paulo, Rev. dos Trib., 1967. t.3, pág. 551). Suas garantias estão consignadas em todo o corpo do art. 113, isto é, em seus incisos e parágrafos, incluída estando, portanto, a aposentadoria voluntária aos trinta anos de serviço público, prevista no § 2º. Ainda segundo PONTES DE MIRANDA, **"o art. 144 diz: "observados os arts. 113 a 117", e não, "os princípios dos arts. 113 a 117" da Constituição (...). Não se satisfaz com a vitalicidade; nem com ela e as proibições de remoção e redução de vencimentos, como a Constituição dos Estados Unidos da América, a respeito da Corte Suprema. Nem com a vedação de aumento ou diminuição do número de juizes dessa, notável inovação de 1891. A lista das seguranças somou muitas outras, indo a minúcias quanto à magistratura dos Estados-membros aos demais tribunais federais"**. (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. t. cit., pág. 308).

Assim sendo, também por esse motivo, não poderia o legislador estadual ter restringido, para os juízes Militares e Civis do Tribunal Militar, o direito à aposentadoria voluntária, exigindo-lhes o exercício do cargo no mínimo por cinco anos.

São essas as razões pelas quais entende a Procuradoria-Geral do Estado ser manifestamente inconstitucional o § 4º do art. 232 da Lei nº 7.356, de 1º de fevereiro de 1980 (Código de Organização Judiciária do Estado), merecendo tal inconstitucionalidade ser argüida perante o Colendo Supremo Tribunal Federal.

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS
PROCURADORA DO ESTADO

Acolho as presentes razões, da lavra da Procuradora do Estado
Doutora ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS.

Em 07-5-82.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ÍNDICE DE AUTOR

AMORIM, Aderbal Torres de. — Inviolabilidade parlamentar. Lei de Segurança Nacional. Parecer	135
AMORIM, Aderbal Torres de. — Reconvenção cumulação de ações e ação rescisória. Artigo	61
ATALIBA, Geraldo. — Competência supletiva legislativa estadual. Parecer ...	145
AZEVEDO, Luiz Juarez Nogueira de. — Reajuste automático de vencimentos. Inconstitucionalidade da EC nº 15. Razões	199
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Aposentadoria. Inconstitucionalidade do § 4º do art. 232 da Lei 7.356 de 01.02.80. Razões	275
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Pontualidade do Professor. Parecer	111
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. — Inconstitucionalidade da EC nº 15. Reajuste automático de vencimentos. Acórdão da medida cautelar	213
acórdão	216
CABRAL, Armando Henrique Dias. — Lei orçamentária. Parecer	163
Couto e Silva, Almiro do, ver	
SILVA, Almiro do Couto e, CRETELLA Jr., J. — Do conflito de atribuição no Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo	13
CUNHA, Ivo Gabriel. — Revogabilidade das isenções onerosas — ICM. Sentença	241
FIGUEIREDO, Lúcia Valle. — Licenças urbanísticas. Artigo	49
FONYAT, Maria Izabel A. Ribeiro. — Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Parecer	189
GALLICHIO, Defrancisco. — Alteração das condições de concurso público. Contestação	229
HÜLLEN, Renita Maria. — Taxa de Serviços de Pavimentação e Contribuição de Melhoria. Parecer	177
KOCH, Ricardo — Salário profissional de não diplomado. Recurso de revista	223
MACHADO, Eunice Nequete. — Efetivação dos servidores estáveis. Parecer .	123
MARQUES, Mauro Pinto. — Uma pequena reflexão sobre a interpretação jurídica. Artigo	65
MEIRELLES, Hely Lopes. — O Estado e suas empresas. Artigo	29
MILLER NETTO, Floriano. — Autarquias estaduais de natureza econômica e a cobrança da Dívida Ativa. Parecer	119
MORAES, Maurício Azevedo. — Exercício da advocacia. Parecer	107
MORSCH, Jorge Arthur. — Aposentadoria antecipada dos professores. Parecer	89
MOURA, Eliana Donatelli de. — Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional. Parecer	115

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. — Contribuição de Melhoria e taxa de iluminação pública. Artigo	35
RAMOS, José H. V. Castro. — Extinção de Autarquia Previdenciária Municipal. Parecer	169
RIO GRANDE DO SUL. Governador, 1979-82 (Souza). — Inconstitucionalidade da EC nº 15. Reajuste automático de vencimentos. Ofício ao Procurador-Geral da República.....	211
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. — Revogabilidade das isenções onerosas — ICM. Acórdão	262
ROCHA, Manoel André da. — Direito adquirido à gratificação adicional. Parecer	101
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — Revogabilidade das isenções onerosas — ICM. Apelação	249
SÁ, Ney. — Revisão de processo administrativo-disciplinar. Parecer.....	77
SILVA, Almiro do Couto e. — Prescrição da pretensão à exigir o laudêmio. Parecer.....	73

ÍNDICE DE ASSUNTOS

ADICIONAL

ROCHA, Manoel André. — Direito adquirido à gratificação adicional. Procurador do Estado. Parecer	101
--	-----

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA

ATALIBA, Geraldo. — Competência supletiva legislativa estadual. Quando a matéria for substancialmente administrativa é inafastável a competência legislativa estadual. Parecer	145
--	-----

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

MORAES, Maurício Azevedo. — Exercício da advocacia. Assistente judiciário não está impedido de patrocinar causas contra o Estado. Parecer ...	107
---	-----

AUTARQUIA

MILLER NETTO, Floriano. — Autarquias estaduais de natureza econômica e a cobrança da Dívida Ativa. Aplicam-se as normas da Lei 6830/80. Parecer	119
RAMOS, José H. V. Castro. — Extinção de Autarquia Previdenciária municipal. Alteração estatutária. Distribuição do patrimônio no término da instituição. Parecer	169

BENS PÚBLICOS

Enfiteuse	
SILVA, Almiro do Couto e. — Prescrição da pretensão à exigir o laudêmio. Parecer	73

CONCURSO PÚBLICO

GALLICCHIO, Defrancisco. — Alteração das condições de concurso público. Contestação:	229
--	-----

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

CRETELLA JR., J. — Do conflito de atribuições no Código de Processo Civil Brasileiro. Análise face a confusão entre jurisdição e atribuição. Artigo ..	13
--	----

CONSTITUCIONALIDADE

AZEVEDO, Luiz Juarez Nogueira de. — Inconstitucionalidade da EC nº 15: reajuste automático de vencimentos. Razões	199
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. — Inconstitucionalidade da EC nº 15: reajuste automático de vencimentos. Acórdão da medida cautelar	213
Acórdão	216
MOURA, Eliana Donatelli de. — Emenda constitucional estadual contrária ao princípio inserto na CF de observância obrigatória pelos Estados'— membros. Referendo popular. Parecer	115
RIO GRANDE DO SUL. Governador, 1979-82 (Souza).— Inconstitucionalidade da EC nº 15. Ofício ao Procurador-Geral da República	211

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

HÜLLEN, Renita Maria. — Taxa de serviços de pavimentação e contribuição	
---	--

de melhoria. Possibilidade jurídica de opção do Legislativo Municipal entre as duas figuras tributárias. Parecer	177
NOGUEIRA, Ruy Barbosa. — Contribuição de melhoria e taxa de iluminação pública. A manutenção do serviço de iluminação pública é despesa a ser custada pelos impostos. Artigo	35
AMORIM, Aderbal Torres de. — Inviolabilidade parlamentar. Lei de Segurança Nacional. As prerrogativas processuais dos parlamentares prevalecem mesmo em caso de crime contra a Segurança Nacional. Parecer ...	135
DIREITO DE PROPRIEDADE	
FIGUEIREDO, Lúcia Valle. — Licenças urbanísticas. Normas sobre propriedade com as limitações referentes a sua função social. Artigo	49
ECOLOGIA E MEIO AMBIENTE	
LUSTOSA, Caio. — Conselho Municipal de defesa ao meio-ambiente. Competência concorrente do Município. Parecer	171
EFETIVIDADE	
MACHADO, Eunice Nequete. — Efetividade dos servidores estáveis. São destinatários da regra contida no art. 2º da Lei 7511/81, para o efeito previsto no art. 1º da Lei 7133/78. Parecer	123
Enfiteuse	
ver	
BENS PÚBLICOS	
gratificação adicional	
ver	
ADICIONAL	
ESTADO	
MEIRELLES, Hely Lopes. — O Estado e suas empresas. Artigo	29
ICM	
CUNHA, Ivo Gabriel. — Revogabilidade das isenções onerosas sobre a importação de maçãs de países membros da ALALC. convênio ICM 7/80. Sentença	241
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. — Revogabilidade das isenções onerosas. Convênio ICM 7/80. Acórdão	262
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — Revogabilidade das isenções onerosas. Convênio ICM-7/80. Apelação	249
imposto sobre circulação de mercadorias	
ver	
ICM	
imposto sobre serviços de qualquer natureza	
ver	
ISSQN	
INTERPRETAÇÃO	
MARQUES, Mauro Pinto. — Uma pequena reflexão sobre a interpretação jurídica. Análise dos diferentes processos de interpretação. Artigo	65

ISSQN

FONYAT, Maria Izabel A. Ribeiro. — Imposto sobre serviços de qualquer natureza. É obrigatória a retenção na fonte desde que autorizada por lei. Parecer	189
---	-----

licenças urbanísticas

ver

DIREITO DE PROPRIEDADE**MAGISTÉRIO**

BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Pontualidade do professor. Impontualidade. Perda parcial ou total do vencimento. Parecer	111
MORSCH, Jorge Arthur. — Aposentadoria antecipada dos professores. Inteligência da EC 18/81. Parecer	89

MUNICÍPIO

CABRAL, Armando Henrique Dias. — Lei orçamentária. Projeto rejeitado pela Câmara Municipal. Parecer	163
---	-----

ORÇAMENTO

CABRAL, Armando Henrique Dias. — Lei orçamentária. Projeto rejeitado pela Câmara Municipal. Parecer	163
---	-----

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

SÁ, Ney — Revisão de processo administrativo-disciplinar. A absolvição criminal só tem repercussão quando decorre do reconhecimento da inexistência de crime ou negativa de autoria. Parecer	77
--	----

PROCESSO CIVIL

Reconvenção	
AMORIM, Aderbal Torres de. — Reconvenção, cumulação de ações e ação rescisória. Artigo	61

PROCURADOR DO ESTADO

ROCHA, Manoel André da. — Direito adquirido à gratificação adicional. Deve ser reconhecido aos que antes completaram os requisitos legais mesmo quando só requerido na vigência da lei nova extinta dessa vantagem. Parecer	101
---	-----

PODER JUDICIÁRIO

Justiça Militar	
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Inconstitucionalidade do § 4º do art. 232 da Lei 7356 de 01.02.80 (COJE). Aposentadoria voluntária dos juizes antes de completados 5 anos de efetivo exercício no cargo. Razões	275
professor	

ver

MAGISTÉRIO**SEGURANÇA NACIONAL**

AMORIM, Aderbal Torres de. — Inviolabilidade parlamentar. Lei de Seguran-	
---	--

ca Nacional. As prerrogativas processuais dos parlamentares prevalecem mesmo em caso de crime contra a Segurança Nacional. Parecer	135
SERVIDOR TRABALHISTA	
KOCH, Ricardo. — Salário profissional do não-diplomado. O empregado para ter direito aos benefícios da Lei 3999/61 deve ser diplomado. Recurso de Revista	223
MACHADO, Eunice Nequete. — Efetivação dos servidores estáveis. São destinatários da regra contida no art. 2º da Lei 7511/81 para o efeito do art. 1º da Lei 7133/78. Parecer	123
TAXAS	
de iluminação pública	
NOGUEIRA, Ruy Barbosa. — Contribuição de melhoria e taxa de iluminação pública. A manutenção do serviço de iluminação pública é despesa geral a ser custeada pelos impostos. Artigo	35
de pavimentação	
HÜLLEN, Renita Maria. — Taxa de serviços de pavimentação e contribuição de melhoria. Possibilidade de opção do Legislativo Municipal entre as duas figuras tributárias. Parecer	177

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado é uma publicação trimestral do Instituto de Informática Jurídica, da Procuradoria-Geral do Estado. A correspondência deve ser dirigida para a Avenida Borges de Medeiros, nº 417, 11º andar, em Porto Alegre.

Capa de Léo Dexheimer



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag