

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 Vanin, 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 20 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	Porto Alegre	v. 11	nº 29	p. 1 a 275	1981
------	--------------	-------	-------	------------	------

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
Governador do Estado

OCTÁVIO GERMANO
Vice-Governador do Estado

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Procurador-Geral Adjunto

JORGE ARTHUR MORSCH
Coordenador de Instituto de Informática Jurídica

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. trimestral

Continuação da Revista da
Consultoria-Geral do Estado.



Catlogação pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da PGE

Os artigos de doutrina não representam,
necessariamente, a posição da Procuradoria
Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

A
-Geral
do Su
Prof.
Consu
mou a
do C
Prof.
quand
pelo li
dica.
ção tr
tucion
bro di
Revis
do Es

A
-Geral
do Sul
Prof.
Consu
mou a
do Co
Prof.
quand
pelo Ir
dica. I
ção tr
tucion
bro de
Revis
do Est

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

José Hugo Valvírio Castro Ramos

Henriqueta K. von Wackerritt (Secretária Executiva)

A
-Geral
do Sul
Prof.
Consul
mou a
do Co
Prof.
quand
pelo Ir
dica. I
ção tr
tucion
bro de
Revis
do Est

SUMARIO

DOCTRINA

MARIO G. LOSANO	A lei alemã sobre a proteção dos dados	11
PETER WALTER ASHTON (tradutor)	Manter o computador sob controle manual	23
	Lei Federal Alemã, para proteção contra o abuso de dados pessoais, a serem utilizados em bancos de dados	29
ULRICH SCHEUNER	Responsabilidade e controle numa constituição democrática	59
A. G. PRYS WILLIAMS	Direito, lógica e expectativa.	71

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Transferência para cargo de carreira Parecer nº 4.325/PGE	85
NEY SÁ	Subsistência da Brigada Militar – Parecer nº 4.391/PGE	89
ELMO PILLA RIBEIRO	Prorrogação de prazo contratual – Parecer nº 4.463/PGE	92
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Vinculação do produto da arrecadação de tributos – Parecer nº 4.323/PGE	97
CLARITA GALBINSKI	A acumulação e a função de assessoramento – Parecer nº 4.530/PGE	103
ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL	Domínio da Ilha Humaitá – Parecer nº 4.532/PGE	109
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Contrato de empreitada – Parecer nº 4.295/PGE	113
EUNICE ROTTA BERGESCH	Funcionário designado para responder pelo expediente de delegacia de polícia – Parecer nº 4.373/PGE	119

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Publicidade do ato administrativo — Parecer nº 4.510/PGE	123
ADNOR GOULART	Briga de galos — Parecer nº 4.501/PGE	129
MARISA SOARES GRASSI	Acumulação de cargos — Parecer nº 4.374/PGE.	143
SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO	Decreto Regulamentar — Parecer nº 4.412/PGE.	153
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Gratificação por risco de vida — Parecer nº 4.411/PGE	159
VERENA NYGAARD BECKER	Alienação do domínio direto de terreno foreiro — Parecer nº 4.454/PGE	165
 ASSUNTOS MUNICIPAIS		
RENITA MARIA HÜLLEN	Remuneração do vereador no recesso parlamentar — Parecer nº 4.194/PGE	169
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Acumulação de cargo público com exercício de vereança — Parecer nº 4.440/PGE	175
MARCO AURÉLIO GRECO	Passê escolar no transporte coletivo urbano — Parecer.	179
 TRABALHOS FORENSES		
SÍLVIA OPITZ	Pensão para viúva de policial militar. Contestação	229
REJANE BRASIL FILIPPI E SILVIA LA PORTA DE CASTRO	Fazenda Sarandi	235
JACQUES TÁVORA ALFONSIN	Vocação Industrial. Acórdão	253
	Decadência e prescrição na repetição do indébito fiscal — Embargos — Acórdão.	259

DOUTRINA

A
-Geral
do Sul
Prof.
Consumo
mou a
do C
Prof.
quando
pelo tr
dica. I
ção tr
tucion
bro de
Revisi
do Est

A LEI ALEMÃ SOBRE A PROTEÇÃO DOS DADOS

MÁRIO G. LOSANO

Professor da Universidade de Milão
Diretor do Centro de Juscibernética da Universidade de Turin, Itália.

Os direitos constitucionais do cidadão devem, hoje, ser garantidos também no que se relaciona à eletrônica; os seus dados pessoais não podem, com efeito, ser utilizados por pessoas não autorizadas ou com finalidades ilícitas.

Na Alemanha, após diversos anos de debates, foi aprovada lei que regula a proteção dos dados pessoais (*), elaborados tanto mecânica quanto manualmente, em diversas repartições públicas ou em escritórios particulares.

Processo técnico-econômico e regulamentação jurídica.

Pela metade do século XIX, realizou-se uma revolução no tratamento dos dados numéricos relativos ao comércio e à gestão empresarial: a contabilidade mercantil, que por cerca de três séculos nada mais fazia do que aperfeiçoar as regras advindas das repúblicas italianas (o "método veneziano" difundido por toda a Europa), adequou-se à crescente complexidade das sociedades por ações e assumiu a forma da contabilidade moderna.

A expansão acionária, o enredo entre o grande capital e a estrutura político-estatal tornavam, de fato, necessária uma standardização das contas, de modo que sócios e órgãos públicos de controle pudessem compreender-lhe o andamento. Ao lado dos instrumentos técnicos para a elaboração do balanço, nasciam, também, com os códigos comerciais, os instrumentos jurídicos que tornavam obrigatória a manutenção de certas escritas contábeis.

Relativamente ao tempo em que a contabilidade mercantil era pouco mais do que um simples memorial para o empresário (e, eventualmente, para os poucos sócios), esta transformação podia ser sentida também como uma restrição daquela liberdade de ação que sempre houvera caracterizado o empreendedor.

Por outro lado, uma efetiva clareza contábil era a condição indispensável para a conservação da confiança dos sócios, para a obtenção de uma correta incidência fiscal sobre cada uma das empresas, e mesmo para aguardo de uma eventual auditoria contábil por parte do Estado.

(*) Em vigor a partir de 1º de janeiro de 1978, estabelece a proteção dos dados pessoais do cidadão.

Tradução de "La legge tedesca sulla protezione dei dati", por Eugênio Cruz Spaggiarin.

O rigor e as restrições impostas pela obrigação de manutenção de livros contábeis eram, portanto, a condição indispensável para um ulterior desenvolvimento da economia liberal.

Hoje se deve enfrentar um análogo problema de regulamentação no que respeita aos dados não numéricos (e, em particular, aos dados pessoais), que vêm sendo utilizados pelos computadores eletrônicos.

A tarefa teórica é clara: trata-se de tutelar o livre desenvolvimento da personalidade individual, garantido pelas constituições ocidentais, de ingerências indevidas ou de restrições derivadas da utilização de computadores eletrônicos.

A tarefa prática, ao invés, é obscura: hoje, ninguém pode indicar com clareza quais sejam os melhores meios para a obtenção desta tutela do cidadão. Todavia, as discussões sobre os meios com os quais perseguir em concreto este fim não devem ser confundidas com a própria exigência da regulamentação: a difusão da computação eletrônica dos dados pessoais a torna inevitável.

As imposições que podem decorrer para uma das empresas, embora à primeira vista onerosas, são o ônus a ser suportado pela passagem de um desenvolvimento espontâneo a um desenvolvimento ordenado da gestão automática dos dados.

No decorrer dos anos, a regulamentação da computação eletrônica dos dados pessoais se revelará, provavelmente, não mais drástica nem mais restritiva que a introdução de específicas obrigações contábeis às empresas na segunda metade de 1800.

Enquanto na Itália se completaram poucos passos em direção a uma administração controlada dos dados pessoais, outros Estados já adotaram uma norma jurídica sobre a questão.

Em particular, após os anos de 1970 e 1974, quando a Áustria e a Renânia-Palatinado haviam regulado no próprio âmbito territorial a proteção aos dados pessoais, em 1976 o Governo Federal alemão sancionou uma lei sobre este tema.

As experiências já acumuladas por outros Estados (por exemplo, a Suécia e os Estados Unidos), os projetos em fase de discussão junto a outros parlamentos (o projeto "Lecanuet" na França, ou o Projeto governamental austríaco), a necessidade de harmonizar as exigências do poder central com aquelas do poder local, a lucratividade empresarial com a tutela dos direitos fundamentais do cidadão, a precisão das normas jurídicas com a sua adaptabilidade a uma técnica em rápida evolução fizeram com que o caminho da lei federal alemã fosse longo e complexo.

Seu exame pode ser rico de ensinamentos, não só para quem, na Itália, deva enfrentar este problema legislativo.

BREVE HISTÓRIA DA LEI ALEMÃ

O início oficial da discussão sobre a proteção dos dados pessoais remonta a uma data já distante: em realidade, foi a 2 de dezembro de 1971 que o grupo de trabalho interparlamentar apresentou ao Bundestag um "Projeto de lei destinado à proteção dos dados pessoais de usos não permitidos".

Deste texto teve início a série de projetos que culminaram com a elaboração da atual lei.

O primeiro projeto de lei, de março de 1972, veio a ser discutido com os "Länder" (Estados), e modificado em vários pontos.

Em agosto de 1972, apresentou-se ao Parlamento o segundo projeto de lei. A 21 de setembro de 1973, mais de um ano após, o Governo Federal apresentou seu próprio projeto, que veio a constituir a lei aprovada em fins de 1976.

Este longo intervalo, entre a apresentação do projeto e sua aprovação, está ligado a uma complexa discussão constitucional sobre dois temas: os "Länder" consideravam, na realidade, que o governo central não tinha competência para baixar esta norma; aforá isto, as disposições da lei se coordenavam à proposta de introduzir a matrícula nacional, isto é, de se atribuir a cada cidadão um código de 12 letras.

O problema de relacionamento entre o poder central e o poder local se coloca em termos diversos na Alemanha Federal e na Itália, exatamente porque a Alemanha é um Estado Federal, enquanto que a Itália é um Estado centralizado, subdividido em regiões (quadro nº 1). Exatamente estas últimas, todavia, poderiam futuramente tornar próprias algumas das argumentações adotadas pelos "Länder", contra a competência do governo central em legislar sobre a proteção dos dados.

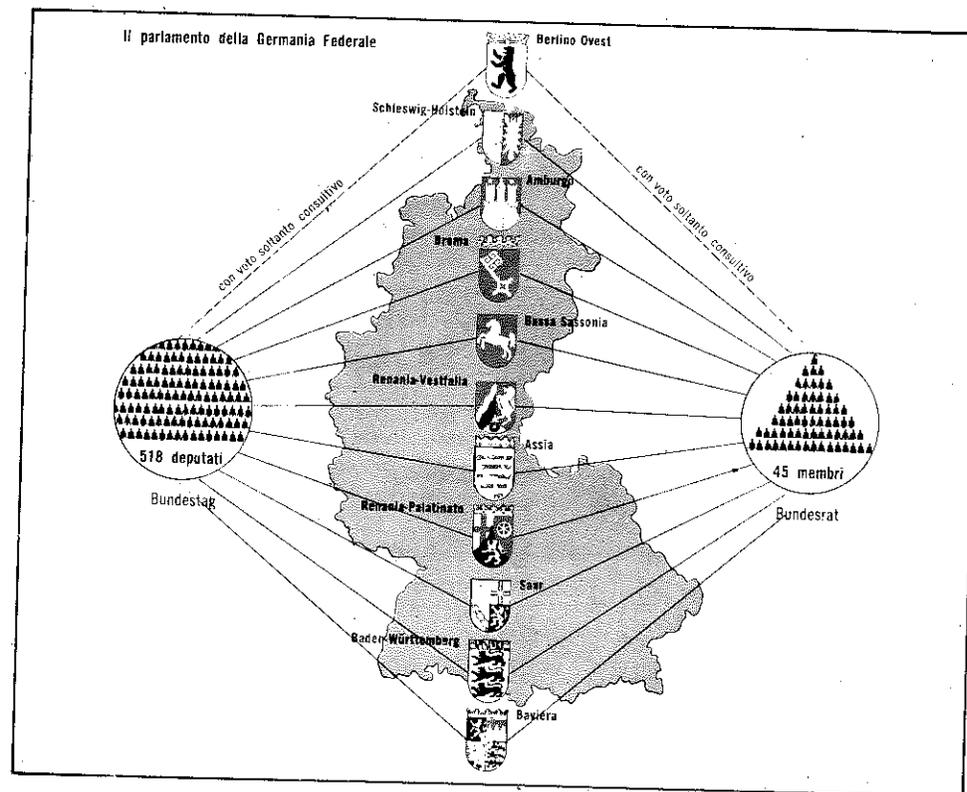
Na Alemanha Federal, chegou-se a uma solução de compromisso, sob cuja base o Estado federal adotaria uma lei própria, admitindo, porém, que cada um dos Länder a regulamentasse quanto aos aspectos formais e substanciais, por ocasião da execução, em nível local, da lei federal.

Uma solução análoga já havia sido encontrada para a execução da lei que veio a regular o processo administrativo.

A competência do Estado federal nos campos da economia e do trabalho, ao contrário, impediu que surgissem discussões análogas sobre as normas relativas aos dados memorizados por empresas privadas; neste setor, aliás, já se fizera sentir a necessidade de uma regulamentação unitária.

Quadro nº 1

Para que um Projeto se torne lei, deve ser aprovado pelo Bundestag e pelo Bundesrat. O Bundestag se compõe atualmente de 518 deputados eleitos por voto geral, direto, livre, igual e secreto de toda a população: é, portanto, análogo à Câmara dos Deputados Italiana. Por sua vez, o Bundesrat não se compara ao Senado Italiano, representando, na realidade, os diversos Estados (Länder), dos quais se compõe a Federação (Bund). É composto de 45 membros, nomeados por cada um dos governos estaduais. Quando um Projeto de lei — como no caso da lei federal sobre a proteção dos dados — encontra dificuldades no Parlamento, entra em ação a Comissão Parlamentar de Mediação.



Quanto à introdução da matrícula nacional, ao invés, não se chegou a qualquer compromisso e esta proposição legislativa veio a ser considerada inconstitucional a 5 de maio de 1976.

Desta forma, tornou-se ainda menos possível relacioná-la à lei sobre a proteção dos dados, embora ambas tivessem sido concebidas para serem aprovadas contemporaneamente.

Decidiu-se, então, pelo prosseguimento do processo legislativo tão-somente da lei sobre a proteção dos dados pessoais, verificando-se por mais uma vez dificuldades impostas pelos Länder.

Superadas estas últimas, o projeto veio a ser aprovado a 10 de novembro de 1976 pelo Bundestag e, dois dias após, pelo Bundesrat, embora ainda se esperasse que este último apresentasse certa oposição, enquanto câmara representativa dos Länder.

Paralelamente ao processo legislativo, se desenvolvia um amplo debate sobre a lei e sobre suas conseqüências.

Contribuição essencial para a especificação de seu conteúdo veio a ser fornecida pela Universidade, à qual o Governo solicitara um acurado estudo. O grupo de trabalho constituído pelo Professor Wilhelm Steinmüller, da Universidade de Ratisbona, apresentou, em 1971, um amplo documento intitulado "Grundfragen des Datenschutzes", que muito contribuiu para o esclarecimento de diversos pontos jurídicos.

Esta eficaz intervenção da Universidade se deve também ao fato de que junto a numerosas Faculdades de Direito alemãs há anos funcionam Institutos de Informática Jurídica, os quais permitem não só a preparação de estudantes como uma constante atualização de especialistas.

As dúvidas técnicas ligadas à lei vieram a ser esclarecidas por três audiências desenvolvidas em novembro de 1972, maio de 1974 e março de 1976. No transcorrer das mesmas, numerosos especialistas de economia e administração vieram a ser interrogados por órgãos parlamentares sobre os aspectos mais problemáticos da lei.

Não obstante a amplitude e duração deste debate, o Governo Federal preferiu conceder mais um ano para que as empresas privadas e as repartições públicas adequassem a própria estrutura organizacional às disposições da lei: medida sem dúvida necessária, como se demonstrará ao exame de cada uma das normas.

A
-Geral
do Sul
Prof.
Consu-
mou a
do C
Prof.
quand
pelo Ir
dica. I
ção tr
tucion
bro de
Revis
do Est

CONTEÚDO DO TEXTO LEGAL

A lei federal sobre a proteção dos dados (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG) é um texto analítico de 47 artigos subdivididos em seis seções.

A isto se acrescenta um breve apêndice integrante da lei.

Cada uma das normas está formulada de modo a compreender todas as situações possíveis e imagináveis; para compensar esta generalidade de conteúdos (e também para evitar a variedade de termos técnicos em uso na computação eletrônica), realizou-se notável esforço em definir explicitamente os principais termos técnicos usados pela lei.

Diante destas características, necessário se faz que nos limitemos a expor o conteúdo das seis seções, sem descer ao exame de cada um dos artigos. A primeira seção contém as disposições gerais que individualizam o âmbito da lei. O artigo 1º é de particular importância:

Art. 1º —

“I — A proteção dos dados tem por tarefa impedir danos a bens dignos de tutela pelo sujeito interessado, protegendo os dados relativos a sua pessoa de abusos na memorização, transmissão, modificação e cancelamento. (elaboração dos dados).

II — Esta lei tutela os dados relativos às pessoas, que venham a ser memorizados, modificados ou cancelados em arquivos ou que venham a ser transmitidos de arquivos por parte de:

1. autoridades ou repartições públicas.
2. pessoas físicas ou jurídicas, sociedades ou outras associações de direito privado com fins próprios.
3. pessoas físicas ou jurídicas, sociedades ou outras associações de direito privado, que operam com finalidade lucrativa sob incumbência de terceiros.

Aos dados pessoais não destinados a serem transmitidos a terceiros e elaborados segundo procedimentos não automatizados, aplica-se somente o art. 6º desta lei. (isto é, a norma relativa não à proteção, mas à segurança dos dados).

III — Esta lei não tutela dados pessoais que sejam elaborados por empresas ou subsidiárias da imprensa, rádio ou cinematografia, exclusivamente para fins próprios de publicidade.

Excepciona-se o constante no art. 6º, I”

O âmbito da aplicação da lei é, portanto, bastante vasto: compreende a elaboração, tanto automática quanto manual, dos dados pessoais, desenvolvida por empresas privadas ou por órgãos públicos.

Para estes últimos não faltarão problemas de harmonização, posto que a Ásia e a Renânia-Palatinado já possuem há mais tempo uma legislação própria sobre a matéria que nem sempre coincide com as novas disposições federais. Outros Länder, como por exemplo a Baviera, já possuem um projeto de lei local.

Uma correta aplicação da lei sobre todo o Território Federal pressupõe, portanto, a adequação à mesma tanto dos projetos de lei de cada um dos Estados quanto — e aqui o problema é mais complexo — a revisão legislativa e a eventual e conseqüente reestruturação organizacional dos Estados que já possuem uma legislação própria sobre a proteção dos dados individuais.

Ao cidadão são reconhecidos os direitos à correção dos dados memorizados, à informação sobre os mesmos, à exclusão de ulteriores elaborações e ao seu cancelamento.

Estes direitos podem ser argüídos em cada fase da elaboração dos dados.

A efetiva aplicação destes direitos torna necessária uma estrutura organizacional que, partindo de cada uma das empresas, culmine num responsável em nível federal. Desta estrutura trata outra parte da lei, conforme se verá a seguir.

A segunda seção regula a proteção dos dados pessoais nas repartições públicas federais, bem como nas estaduais que não estejam já subordinadas a uma lei local.

Um dos pontos mais discutidos dos precedentes projetos de lei dizia respeito aos dados que uma repartição pública poderia comunicar a particulares. No texto definitivo da lei se escolheu a solução mais rígida, determinando-se que nenhum dado memorizado em repartições públicas poderia vir a ser transmitido a particulares, a não ser no exercício de uma atividade institucional.

O cidadão é informado sobre os dados recolhidos pelas repartições públicas mediante uma comunicação específica. Esta norma, derivada da legislação sueca, permite a intervenção de cada um, utilizando-se, primeiramente, de seu direito à informação e, em seguida, de eventuais outros direitos que lhe são concedidos na primeira seção. Todo este procedimento é confiado a um funcionário público que não integre a administração que efetuou a memorização.

A figura do “Bundesbeauftragter für Datenschutz” não encontra correspondência no direito italiano, uma vez que esta matéria ainda não foi por nós regulamentada.

Poder-se-ia traduzir o termo como sendo uma “garantia federal da proteção dos dados”.

A questão da elaboração dos dados por particulares é tratada de modo diverso, nas terceira e quarta seções, dependendo de que esta elaboração venha a ser desenvolvida por conta própria ou por conta de terceiros.

A distinção se torna necessária posto que, no primeiro caso, existe uma verdadeira e própria relação contratual entre quem efetua a elaboração e o sujeito cujos dados sejam elaborados, enquanto que esta relação direta não existe no segundo caso.

Em ambos os casos a elaboração dos dados pessoais deve ser autorizada pelo interessado que goza de todos os direitos que lhe são garantidos na primeira seção.

O efetivo exercício destes direitos é confiado a uma figura paralela ao garante da proteção dos dados existentes nas repartições públicas

O art. 28 determina quem será o responsável pela proteção dos dados nas sociedades privadas que elaboram dados por conta própria, referindo-se, também, expressamente, aos que o fazem por conta de terceiros. Deste artigo decorre a criação de uma organização válida para todo o setor privado. (quadro nº 2).

Estabelece o art. 28:

"I — As pessoas, as sociedades e as demais associações mencionadas no art. 22, parágrafos 1º e 2º, que elaborem, automaticamente, dados pessoais e que para este fim ocupem em regra não menos que cinco funcionários fixos, deverão, no máximo dentro de um mês a contar do início da própria atividade, nomear um garante da proteção dos dados. Esta exigência também é válida se os dados pessoais venham a ser elaborados de outro modo, e se, nesta atividade, forem empregados, via de regra, não menos que vinte funcionários fixos.

II — Somente quem possua os conhecimentos e a confiabilidade necessários ao desenvolvimento da tarefa pode vir a ser nomeado para a função de garante da proteção dos dados. Esta pessoa ficará subordinada diretamente ao proprietário, ao presidente (Vorstand), ao administrador delegado (Geschäftsführer) ou a outro dirigente competente, de acordo com uma disposição legislativa ou estatutária.

III — O garante não está vinculado a indicações ao aplicar seus conhecimentos técnicos em sua atividade e em decorrência desta não lhe serão acarretados prejuízos.

IV — Na execução de suas tarefas, o garante será apoiado pelas pessoas, sociedades e associações que determinaram a sua nomeação."

O tempo deixado às empresas, para que se adequassem às normas desta lei, não parece certamente excessivo, se se pensar que os problemas organizacionais ligados à figura do garante se adicionam também às reestruturações necessárias a garantir a segurança da elaboração, prescritos no apêndice da lei. A este assunto se retornará no exame da sexta seção.

A inobservância das disposições da lei pode ocasionar sanções penais ou administrativas, reguladas na quinta seção.

A propósito, estabelece o art. 41:

"I — Aquele que:

1. transmite ou modifica;

2. ou, sem a devida autorização, ocasiona a saída de dados ou trata dos suportes de arquivos em relação aos dados pessoais, não públicos, tutelados por esta lei, é punido com uma pena de detenção de até um ano ou com uma pena pecuniária.

III — A ação é intentada mediante queixa da parte".

O fato de que a pena detentiva seja sempre prevista como alternativa àquela pecuniária e que esta última não venha, de algum modo, delimitada quanto ao máximo ou quanto ao mínimo, deixa aberta a questão sobre a eficácia de toda a lei. Somente diante de casos concretos de sua aplicação pelos tribunais se poderá julgar se existe o interesse político de aplicar radicalmente tais normas, ou se acabarão sendo aplicadas com muita moderação, como acontece, por exemplo, com as normas da legislação antimonopólio.

Enfim, a sexta seção contém as disposições finais e transitórias. Além de se referir a outras normas já existentes no ordenamento jurídico federal, e que hoje podem encontrar aplicação no âmbito desta lei, foi necessário graduar a entrada em vigor de cada uma das disposições sobre a proteção dos dados, com base nas dificuldades de organização que cada um dos setores pudesse encontrar ao se adequarem à lei.

Assim, por exemplo, a obrigação de criar estruturas adaptadas à publicação das informações oficiais sobre dados memorizados por repartições públicas entra em vigor 8 dias após a publicação da lei no Diário Oficial.

Pode-se dizer que este é o fim válido às principais disposições relativas à administração pública.

A obrigatoriedade da nomeação dos garantes, tanto em nível federal quanto em cada uma das empresas, entrou em vigor a 1º de julho de 1977; para este fim, necessário foi, de fato, resolver todos os problemas organizacionais das empresas, na maioria das vezes de grandes dimensões.

As disposições sobre a segurança dos dados, ao contrário, entraram em vigor a 1º de janeiro de 1979. Na realidade, elas envolvem não somente estruturas organizacionais de repartições e escritórios, mas também a extensão de programas, características de "hardware" e, mesmo, reestruturações dos imóveis onde se localizam os centros de elaboração de dados.

Conforme se depreende, o Parlamento Federal estabeleceu uma série de exceções à data oficial de entrada em vigor da lei — 1º de janeiro de 1978 — exatamente para permitir uma efetiva aplicação das disposições administrativas. Todavia, muitos problemas, na maioria das vezes ligados à interpretação das normas, ainda permanecem em aberto; certos quesitos poderão, com efeito, encontrar sua resposta somente após um período de aplicação da lei.

A distinção entre o direito e a realidade neste campo é tal, que se falou em introduzir algumas modificações na lei antes mesmo de sua entrada em vigor.

Problemas italianos

No dia em que a Itália se decidir por adotar uma lei análoga, colocar-se-á a questão de encontrar quais os pontos em que o exemplo alemão pode ser relevante na Itália, e quais serão, ao invés, as situações radicalmente diversas que necessitarão, portanto, de uma elaboração autônoma.

A experiência da Alemanha Federal e dos outros Estados que já aplicam uma lei sobre a proteção dos dados individuais poderá ser muito útil para modelar as definições e as formulações das quais a lei italiana será composta.

Ademais, o seu teste dirá se a instituição da figura do garante da proteção dos dados é uma medida eficaz para prevenir e corrigir eventuais desvios da gestão automática dos dados pessoais.

A determinação das penas, severas somente em aparência, conforme visto anteriormente, revelará a sua verdadeira natureza só após a consolidação de uma praxe jurisprudencial.

Será, com efeito, esta última que irá dizer de modo inequívoco se a indeterminação das penas permite adequá-las à imprevisível variedade e tipos de danos que a violação das normas pode comportar, ou se o peso das grandes empresas poderá prevalecer diante dos interesses do indivíduo, isoladamente.

Efetuem-se estas verificações, no entanto, sempre diante de situações concretas.

A nosso ver, seria extremamente perigoso avaliar em abstrato a tutela estabelecida pela lei a cada um dos indivíduos.

Correr-se-ia o risco de criar, na realidade, uma lei perfeita, mas ineficaz, posto que a complexidade dos controles (e, portanto, o seu custo) acabaria por forçar as empresas a violar as normas, sujeitando-se a uma eventual condenação.

Feitos os cálculos, esta última hipótese poderia resultar economicamente mais conveniente do que a aplicação generalizada da lei.

A uma lei perfeita, mas inaplicável, é preferível uma lei imperfeita, mas aplicada.

Esta imperfeição deriva do compromisso entre duas exigências muitas vezes antitéticas: de um lado a economicidade da administração dos centros de cálculo; de outro, a tutela dos direitos individuais.

Sem dúvida, seriam excogitáveis outros mecanismos de tutela do indivíduo, que fossem mais radicais e eficazes do que aqueles previstos na lei alemã.

Consideremos, no entanto, que os direitos concedidos ao indivíduo têm um custo preciso: deve existir uma série de pessoas que se ocupem de suas instâncias, que as decidam e verifiquem a execução das diversas decisões (os garantes, do nível empresarial ao federal); os controles, as operações de mudança e cancelamento de dados errados, etc., comportam um dispêndio de tempo-máquina que têm custos precisos. Por outro lado, pedidos por demais freqüentes ou injustificados podem dificultar o desenvolvimento normal dos trabalhos de um centro de cálculo, e assim por diante.

Este é o custo dos direitos fundamentais: ultrapassando a um determinado grau, a lei corre o risco de não ser aplicada.

Antes de querer corrigir as imperfeições da lei alemã, o jurista italiano bem agirá recordando que, na sua forma atual, ela ocasiona às empresas industriais um ônus econômico correspondente a 1% ou a 2% das despesas globais para a elaboração dos dados.

Esta avaliação, porquanto aproximativa, não é compartilhada por todas as empresas: segundo algumas, os custos para a proteção dos dados pessoais seriam ainda mais elevados. A avaliação destes custos se torna difícil diante da impossibilidade de separar nitidamente as despesas para a proteção dos dados pessoais, das despesas gerais para a segurança dos dados elaborados por um centro. Por exemplo, as despesas havidas com a guarda, as medidas antincêndio ou anticatastróficas fazem parte dos custos imputáveis à tutela dos dados pessoais?

A resposta a estas interrogações influencia o cálculo dos custos de maneira decisiva.

Todavia, ainda que nos ativéssemos a um orçamento mais prudente de 1% ou de 2%, a despesa a ser enfrentada por cada empresa já é tão elevada a ponto de constringer o legislador italiano no sentido de evitar que a mesma venha a ser agravada ulteriormente.

Um problema que o legislador deverá avaliar atentamente está ligado à diversidade de posições dos sindicatos alemães e italianos. A co-administração alemã leva os sindicatos ao interior dos órgãos sociais, onde esses deveriam tutelar seus dependentes, também para supervisionar a correta aplicação da lei sobre a proteção dos dados pessoais.

Em realidade, no que diz respeito ao IG METTAL (correspondente à FIOM italiana), nota-se desde agora uma certa desconfiança de seus representantes no Betriebsrat quanto à eficiência do garante empresarial, que é visto como uma pessoa ligada à direção.

Na Itália, este conflito entre sindicatos e órgãos empresariais predispostos à proteção dos dados poderia ser ainda maior, mesmo porque o Estatuto dos Trabalhadores prevê normas que limitam drasticamente os controles diretos sobre os dependentes, enquanto que, por outro lado, os fichários individuais (elaborados por várias empresas e concretizados em procedimentos judiciais) não contribuem, certamente, à criação de uma atmosfera de cooperação.

Qualquer que seja a posição que se assuma sobre o problema, a futura lei italiana deverá necessariamente coordenar-se com o Estatuto dos Trabalhadores.

Harmonizando as características da sociedade italiana, com as experiências que já se acumulam no Exterior, deveria ser possível formular também na Itália uma boa lei sobre a proteção dos dados individuais.

Talvez, além de necessário, seja também possível que em breve espaço de tempo se obtenha uma legislação a respeito desta importante matéria.

BIBLIOGRAFIA:

Ilse Scheld, Bundesdatenschutzgesetz, Weka-Verlag, Kissing 1977, 157 p.p. Trata-se do primeiro comentário ao texto da lei.

Otto Mallman, Zielfunktionen des Datenschutzes, Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1977, 147 p.p.

Além de uma análise teórica dos problemas, compreende o estudo de um caso concreto trazido dos sistemas informativos para a concessão de créditos.

Dammann, Mallmann, Simitis, Data Protection Legislation. An International Documentation, Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1977, 250 p.p.

Wilhelm Steinmüller, Datenschutz, in: Evangelisches Staatslexikon, Kreuz Verlag, Stuttgart 1975.

Esta obra oferece um quadro conciso e preciso dos principais problemas jurídicos ligados à proteção dos dados.

MANTER O COMPUTADOR SOB CONTROLE MANUAL

No ano de 1978 entrou em vigor na República Federal da Alemanha a Lei de Proteção de Dados. Destina-se esta Lei a proteger o cidadão de um mau uso dos dados que sobre ele foram armazenados.

Em uma das salas antigas do Ministério Federal do Interior, na zona norte da cidade de Bonn, um homem a quem as visões do escritor George Orwell não assustam, iniciou a sua tarefa.

Este homem não acredita que os seus co-cidadãos tenham que abdicar, dentro de um espaço de tempo previsível, à sua vida privada e às suas decisões livremente tomadas, em razão do fato de o "Grande Irmão" ter a capacidade de tudo observar e tudo dirigir. O "Grande Irmão" são os computadores das autoridades e das organizações privadas que armazenam informações sobre o cidadão, tornando-o assim transparente, seja para o seu bem, seja para o seu prejuízo. Hans Peter Bull, Professor de Direito Público da cidade de Hamburgo, chegou a Bonn com a intenção objetiva de auxiliar os cidadãos da federação na tarefa de proteger a sua esfera de privacidade.

O Prof. Bull é o primeiro Delegado Federal para a Proteção de Dados. O que o faz importante é a característica de que não representa uma autoridade anônima, mas, pelo contrário, que oferece a todo cidadão a possibilidade de se dirigir pessoalmente a ele. É, portanto, um OMBUDSMAN da era dos computadores.

A tarefa deste homem é tão nova quanto o é a Lei de Proteção de Dados, base do seu trabalho. Apenas no início de 1978 a Lei entrou em vigor e a República Federal da Alemanha passou, assim, como primeiro país da Comunidade Européia, a regulamentar legalmente a difícil e complexa área de proteção de dados contra o mau uso. Há muito tempo existem nos registros da administração pública e nos escritórios e departamentos pessoais da economia "Referências sobre a pessoa" do cidadão e do tomador do trabalho. Hoje em dia, todavia, a manipulação eletrônica de dados oferece um amplo leque de possibilidades de armazenar dados a respeito de cada indivíduo, de trocar ou permutar estes dados entre os bancos de diversas instituições, e de aglutiná-los num quadro coerente e global que abrange por completo a personalidade. Do ponto de vista técnico, o "homem de vidro" deixou de ser uma utopia. Pouco importa se se trata de escolas, universidades, delegacias de saúde, hospitais, autoridades financeiras, institutos de previdência social, instituições de crédito e financeiras, ou mesmo lojas que trabalham sob o sistema de encomendas; todas estas organizações podem contribuir, com os dados por elas armazenados, a formar este quadro completo da personalidade do cidadão. Quão rápida é a evolução

Artigo publicado na Revista Scala nº 11, de 1978, tradução de Peter Walter Ashton, com autorização da referida revista.

neste campo é demonstrado pela constatação de que, na Alemanha, a indústria de manipulação de dados, entretanto, se tornou a terceira em importância, logo após a indústria química e a de veículos automotores. Mas o perigo foi reconhecido amplamente no mundo de hoje. Se, em locais sem conta, são armazenadas informações sobre a pessoa do cidadão, informações que podem ser utilizadas para quaisquer fins pelo mero aperto de um botão, então, nestas condições, pode facilmente ocorrer que os direitos do cidadão sofram restrições insuportáveis. Somente na República Federal da Alemanha o número de instalações manipuladoras de dados passou de 3.650 no ano de 1965 para 27.000 em 1976.

Esta evolução dramática foi causada, certamente, pela necessidade que tem o Estado e a economia, hoje em dia, de disporem de muitos dados sobre a personalidade do cidadão, a fim de poderem prestar a este mesmo cidadão a assistência que se espera seja prestada por um Estado social. Todavia, o armazenamento e a transmissão de dados também devem ter os seus limites. A mesma informação pode, por exemplo, ser valorizada diversamente, dependendo do contexto, dentro do qual é armazenada. Para demonstrar isto basta um caso bastante simples como o que consta de uma brochura publicada pelo Oelegado para a Proteção de Dados: "o cidadão que gosta de ser admirado em um círculo de amigos como pessoa capaz de ingerir quantidade de bebidas alcoólicas, sem dar sinais de intoxicação, certamente não terá qualquer interesse em que tal fato seja do conhecimento do seu patrão ou da polícia". Contudo, não é fácil delimitar, com exatidão, a esfera pessoal contra interesses justificados em obter informações. Na constituição alemã, a proteção da personalidade é logo no início ressaltada: "A dignidade do ser humano é intangível; também o direito do livre desdobramento da personalidade pertence a esse contexto, pois exige o respeito pela esfera íntima". Outrossim, foi constatado pelo Tribunal Federal Constitucional, que nem toda vida privada está protegida de forma absoluta. Os cidadãos devem aceitar medidas restritivas que se situam no âmbito do interesse preponderante da comunidade. É, pois, necessário achar um ponto de equilíbrio entre o princípio da proteção da personalidade e do princípio da liberdade da informação, princípio esse que também se encontra no elenco dos direitos fundamentais.

O parlamento alemão tentou oferecer com a promulgação da Lei de Proteção de Dados, um diploma legal juridicamente calibrado e capaz de fixar limites razoáveis à memória eletrônica.

Autoridades e outras repartições públicas apenas podem armazenar e transmitir dados pessoais, quando tal for necessário ao cumprimento legal das suas tarefas. Organizações privadas, incluída toda economia, têm doravante também obrigações determinadas quando desejarem armazenar dados sobre alguém que solicita, por exemplo, crédito para a compra de um carro novo. O ato de armazenar dados deve estar baseado em uma relação contratual com o atingido, ou um interesse justificado deve estar presente, o qual, todavia, não pode prejudicar os dados dignos de proteção relativos à pessoa do cidadão. Todo aquele que manipula dados deve sujeitar-se à fiscalização, a fim de ser averiguado se tem o direito de armazenar tais dados. No caso acima, de fornecimento de crédito para a

aquisição de um automóvel, o manipulador dos dados coletados terá tal justificativa, pois, com razão, quer proteger-se de clientes maus pagadores. A justificativa será a necessidade de obter informações a respeito da idoneidade do candidato no que tange à sua idoneidade financeira. O pretendente do crédito, por sua vez, ao desejar alguns milhares de marcos, quer ter a certeza de que as informações sobre ele coletadas estão corretas e que não lhe são formuladas perguntas sobre detalhes de sua vida particular que de nada interessam ao doador do crédito. Destarte, o direito à obtenção de informações passa a ser para o cidadão uma das mais importantes inovações contidas na nova lei de proteção dos dados. A fim de possibilitar ao cidadão saber onde e por quem estão sendo coletados dados a respeito da sua pessoa, as autoridades devem comunicar — excetuado o Ministério da Fazenda e a Polícia — quais os dados que estão sendo armazenados, que círculo de pessoas está sendo atingido, quais as finalidades do armazenamento e quem recebe regularmente as informações coletadas. No que tange às instituições não públicas — economia privada, partidos políticos, sindicatos e associações — a nova lei lhes impõe claramente o dever de informar os atingidos, quando for iniciada pela primeira vez uma coleta de dados sobre a sua pessoa. A omissão de tal comunicação pode custar ao infrator uma multa pecuniária de até 50.000 marcos. O cidadão tem o direito de exigir, das repartições públicas e empresas privadas, informações sobre a natureza dos dados que estão sendo coletados sobre a sua pessoa. Se os dados armazenados não estão certos, devem ser retificados. Na hipótese de não ser possível constatar se os dados armazenados estão corretos, ou se não é possível exigir o seu trancamento e, caso tiverem sido armazenados injustificadamente, o atingido tem o direito de exigir seu total apagamento. A fim de impossibilitar o mau uso de dados armazenados a longo prazo, os bancos de dados, fornecedores de endereços e empreendimentos similares são obrigados a trancar os dados espontaneamente após o decurso de cinco anos a contar da data da sua coleta e armazenamento.

Nesse emaranhado de direitos e obrigações da sociedade cibernética, o cidadão assume um alto grau de responsabilidade pessoal. A proteção da sua esfera de privacidade depende predominantemente da sua própria iniciativa. Todavia, o cidadão não está sozinho.

O Congresso alemão criou um sistema de controle pertinente à proteção de dados. Assim, por exemplo, organizações não públicas, que manipulam dados e possuem um total de cinco funcionários ou colaboradores, devem contratar um encarregado da proteção de dados. Sem determinações superiores, este encarregado é obrigado a supervisionar todo processo de manipulação de dados na empresa em conformidade com as normas da lei de proteção de dados, inspecionar as espécies de manipulações, fiscalizar e controlar o emprego regular dos programas de computação e treinar pessoal especializado. Surgiu, assim, na Lei o encarregado da proteção de dados, um novo profissional para dezenas de milhares de empresas e outras organizações não governamentais. Surgiu, também, outro órgão de proteção: a autoridade de supervisão. Junto a este órgão, pode o cidadão atingido, ou o encarregado de proteção de dados, oferecer queixa. Esta autoridade supervisora, que é determinada pelos estados federados, supervisiona, também, autonomamente, bancos de dados, em relação aos quais o cidadão, normalmente, não possui qualquer relacionamento jurídico; por exemplo: organizações de informação, institutos de pesquisa de mercado e de opinião.

Diariamente chegam ao escritório do Delegado Federal de Proteção de Dados em Bonn dezenas de cartas, cujo conteúdo é relacionado à proteção contra o mau uso de dados pessoais.

Em trabalho de equipe — 19 colaboradores entre: juristas, economistas, matemáticos, programadores de computação e especialistas em informática, além do próprio Delegado Federal — opera em Bonn uma das autoridades estatais mais incomuns para com o cidadão. O professor Hans Peter Bull foi encarregado, pelo legislador, pelo prazo de cinco anos, de controlar aqueles que pertencem ao rol dos mais ávidos coletadores de dados: as repartições e autoridades federais. Exerce o seu ofício sem que o Ministro Federal do Interior, que o supervisiona, tenha o direito de lhe dirigir diretrizes técnicas. Os outorgantes das suas tarefas de expedir pareceres e relatórios a respeito da prática da proteção de dados são o Governo e o Congresso. O seu relatório anual é apresentado ao Parlamento. Por enquanto o Prof. Bull e a sua equipe de especialistas ainda estão na fase de pioneirismo da proteção de dados, bem como da aplicação da própria Lei. O Prof. Bull, sem dúvida, é desbravador de terras incógnitas ao encetar o controle das autoridades federais bem como das recomendações no sentido de aprimorar a proteção de dados. O sentimento de mal-estar que as autoridades controladoras de computadores exerce sobre muitos cidadãos não lhe é estranho. Dados, inicialmente sem importância, podem repentinamente condensar-se em suspeita no sentido de que ali talvez houvesse "algo" de errado, muito embora essa suspeita talvez não tenha fundamento.

A consciência do cidadão comum a respeito da "existência de dados" sobre a sua pessoa, em algum lugar, tornou-se expressivamente mais acentuada. Este estado de consciência é, certamente, uma importante ajuda para o Delegado Federal para a Proteção de Dados. Com enfoque bem mais crítico de que antigamente, os cidadãos lhe indagam se, por exemplo, um levantamento estatístico em andamento, da Escola Superior, realmente tem a necessidade de lhes formular tantas questões; se os institutos de crédito não podem satisfazer-se, na constituição de seus cadastros, com menos dados sobre a pessoa que lhes pede crédito, e se as organizações e serviços de proteção ao crédito não estão coletando dados que injustificadamente nada revelam ao atingido.

Irritados, os cidadãos indagam do Prof. Bull se realmente é preciso pagar taxas aos bancos de dados quando pedem informações: 10 marcos no caso de autoridades, e até 25 marcos quando se trata de uma organização privada. As críticas e sugestões são cuidadosamente coletadas e interpretadas em Bonn. Assim, passado pouco mais de um ano do início da sua atividade, o Prof. Bull já chegou à convicção de que, quanto ao fornecimento de dados, não deveriam ser cobradas quaisquer taxas, eis que tal exigência poderia impedir a muitos cidadãos de exercerem o seu legítimo direito de controle. Igualmente defende a responsabilidade do Estado no caso de uma autoridade estar coletando dados incorretos. Atentamente observa se as autoridades federais manipulam dados coletados com cuidado. Um dos Ministérios Federais já recebeu uma advertência dele porque estava fornecendo endereços dos assinantes de um boletim de informações a um instituto de opinião pública.

A proteção de dados é um processo de aprendizagem tanto para o cidadão quanto para o Estado. Dificilmente, nos dias que correm, se repetirá o fato de uma comunidade colocar à disposição de um jardim de infância as suas listas de habitantes, completas com todos os dados pessoais não codificados, para fins de serem rabiscadas e utilizadas como papel de desenho. Com vivo interesse já se discute se a associação de trânsito de Frankfurt necessita submeter um questionário de 16 perguntas também àqueles que nada mais desejam obter do que um cartão semanal ou mensal. Se municípios podem entregar a partidos políticos os endereços das pessoas que vão votar pela primeira vez; se as autoridades de registro dos habitantes de uma determinada coletividade têm o direito de fornecer a jornais locais os endereços de aniversariantes que celebrarão seu 90º aniversário.

Os Estados de Hessen e Rheinland Pfalz, que já possuem leis de proteção de dados há mais anos, estão contribuindo com a sua experiência. Mas, mesmo assim, a República Federal da Alemanha, tanto quanto outros Estados, ainda se encontra no início da tarefa. A indagação é válida: quanto poder é concentrado e obtido através da informação sobre outras pessoas? Somente uma resposta conjunta, pelo Estado e pelos cidadãos, pode ser dada.

LEI FEDERAL ALEMÃ, DE 27.01.77, DE PROTEÇÃO CONTRA O ABUSO DE DADOS PESSOAIS, A SEREM UTILIZADOS EM BANCOS DE DADOS

SUMÁRIO

SEÇÃO I

Normas Gerais

- § 1. Finalidades e Objetivo da Proteção de Dados
- § 2. Conceitos
- § 3. Permissibilidade da Manipulação de Dados
- § 4. Direitos do Atingido
- § 5. Segredo dos Dados
- § 6. Medidas Técnicas e de Organização

SEÇÃO II

Manipulação de dados por autoridades e demais Repartições Públicas.

- § 7. Campo de Aplicação
- § 8. Manipulação de dados pessoais de ordem superior
- § 9. Armazenamento de dados ou sua modificação
- § 10. Transmissão de dados na área pública
- § 11. Transmissão de dados a órgãos situados fora da área pública
- § 12. Publicação dos dados armazenados
- § 13. Informação ao Atingido
- § 14. Retificação, bloqueio e supressão de dados

Tradução de "Bundesdatenschutzgesetz BDSG", por Peter Walter Ashton, professor nos Departamentos de Direito Privado e Processo Civil das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Pontifícia Universidade Católica.

- § 15. Execução da Proteção de Dados na Administração Federal
- § 16. Normas Administrativas Gerais
- § 17. Nomeação de Delegado Federal para a Proteção de Dados
- § 18. Posição Jurídica do Delegado Federal para a Proteção de Dados
- § 19. Tarefas do Delegado Federal para a Proteção de Dados
- § 20. Reclamações do Delegado Federal
- § 21. Notificação do Delegado Federal

SEÇÃO III

Manipulação de dados por organizações não públicas para fins-próprios.

- § 22. Campo de Aplicação
- § 23. Armazenamento de Dados
- § 24. Transmissão de Dados
- § 25. Alteração de Dados
- § 26. Informação ao Atingido
- § 27. Retificação, Bloqueio e Supressão de Dados
- § 28. Nomeação de um Encarregado da Proteção de Dados
- § 29. Tarefas de Encarregado da Proteção de Dados
- § 30. Autoridade Supervisora

SEÇÃO IV

Manipulação comercial de dados por organizações não públicas para fins do interesse de terceiros.

- § 31. Campo de aplicação
- § 32. Armazenamento e Transmissão de Dados
- § 33. Alteração de Dados
- § 34. Informação ao Atingido
- § 35. Retificação, Trancamento e Eliminação de Dados
- § 36. Manipulação de Dados pessoais para fins de transmissão sob forma anônima
- § 37. Manipulação de Dados Pessoais por Ordem e Conta de Terceiro
- § 38. O Encarregado da Proteção de Dados
- § 39. Obrigações de Informar
- § 40. Autoridade Supervisora

SEÇÃO V

Dispositivos Penais e Multas

- § 41. Delitos
- § 42. Contravenções à Ordem

30

SEÇÃO VI

Normas Transitórias e Finais

- § 43. Normas Transitórias
- § 44. Aplicação da Lei Processual Administrativa
- § 45. Normas que continuam em vigor
- § 46. Cláusula de Berlim
- § 47. Entrada em Vigor

Anexo ao § VI, alínea 1, frase 1.
Espécies de controle

SEÇÃO 1

Normas Gerais

Objetivo:

§ 1. — Finalidade e objetivo da proteção de dados

(1) É objetivo da proteção de dados colhidos de pessoas, contrapor-se à influência negativa de registros, dignos de proteção, pertencentes a pessoas atingidas, sujeitos passivos; influência esta causada pelo mau uso destes dados, enquanto os mesmos são armazenados, transmitidos, alterados ou suprimidos.

(2) Esta Lei protege dados relacionados com pessoas que, colhidos:

1. por autoridades ou outras repartições públicas (§7);

2. por pessoas naturais ou jurídicas, sociedades ou outras associações de pessoas do direito privado, são aproveitados, para seus fins próprios (§22);

3. por pessoas naturais ou jurídicas, sociedades ou outras associações de pessoas do direito privado, são usados comercialmente para fins não próprios (§31);

são arquivados em bancos de dados, alterados, suprimidos ou transmitidos. No que diz respeito a dados colhidos de pessoas, que não se destinam a serem transmitidos a terceiros e os quais são manipulados por processos não automatizados aplica-se, das normas desta Lei, apenas o § 6.

(3) Esta Lei não protege dados pessoais manipulados por empresas, ou empresas auxiliares, da imprensa, da radiodifusão ou da indústria cinematográfica, desde que tais dados são manipulados por tais empresas, para fins publicitários próprios. O § 6 alínea 1 permanece inalterado.

§ 2. Conceitos —

(1) No sentido desta Lei, são dados pessoais, informações singulares sobre situações pessoais ou fáticas de uma pessoa natural determinada ou determinável (atingido — sujeito passivo).

(2) No sentido desta Lei

1. "armazenar" (armazenamento), "arquivar" significa apreender, registrar ou guardar dados num registrador ou carregador de dados com a finalidade de posterior utilização;

2. "transmitir" (transmissão) significa dar à publicidade, a terceiros, de dados armazenados ou de dados colhidos diretamente durante a manipulação de dados, de tal forma que tais dados são mantidos em disponibilidade, pelo agente armazenador, para serem por ele transmitidos ou para serem verificados, ou colocados à disposição;

3. "alterar" (alteração) significa a transformação do conteúdo dos dados armazenados;

4. "suprimir" (supressão, apagamento) significa tornar dados armazenados irreconhecíveis, não importando os processos para tanto utilizados.

(3) No sentido desta Lei

1. "agente armazenador" (ou arquivador) significa qualquer das pessoas ou repartições mencionadas no § 1, alínea 2, frase 1 que armazenam dados para si próprios ou que mandam terceiros armazenar dados;

2. "terceiro" significa toda e qualquer pessoa ou agente (repartição), excluído o agente armazenador e excluído ainda o sujeito passivo (atingido) ou aquelas pessoas ou repartições que, nos casos do número 1, passam a ter autorização ou mandato para agir na área de abrangência desta Lei.

3. Banco de dados significa uma coleção de dados constituída homogeneamente, e que é apreendida e ordenada segundo determinados critérios, ou que é modificada e interpretada também segundo determinados critérios, sendo irrelevantes os processos para tanto adotados.

Não estão incluídos processos (autos) e coletâneas de processo, a não ser que tais autos sejam modificáveis ou interpretáveis valorativamente, mediante processos automatizados.

§ 3 — Permissibilidade da Manipulação de Dados

(1) A manipulação de dados pessoais, que são protegidos por esta Lei, é apenas permitida, em qualquer das suas fases mencionadas no § 1, alínea 1, quando esta Lei, ou outra norma legal, a permitir, ou

(2) quando o atingido (sujeito passivo) tiver consentido.

O consentimento do sujeito passivo exige a forma escrita, exceto se, devido a circunstâncias especiais, uma outra forma for a apropriada; caso o consentimento seja dado por escrito, juntamente com outras estipulações, é necessário que o atingido, (sujeito passivo) seja alertado para tanto, especificamente, por escrito.

§ 4 — Direitos do Atingido

Qualquer pessoa tem o direito, nos termos desta lei, de:

1. receber informação sobre os dados armazenados relativamente à sua pessoa;

2. exigir retificação dos dados armazenados, concernentes à sua pessoa, caso forem incorretos;

3. exigir o trancamento dos dados armazenados, concernentes à pessoa, na hipótese de ser impossível constatar a sua correção ou sua incorreção, ou caso ocorrer o desaparecimento da causa original do armazenamento;

4. exigir o apagamento dos dados armazenados concernentes à sua pessoa, na hipótese de não ter sido autorizado tal armazenamento ou, facultativamente, além do direito ao trancamento, exigir o apagamento dos dados, após o desaparecimento dos requisitos originalmente exigidos para o armazenamento.

§ 5 — Segredo dos Dados

(1) Às pessoas ou repartições mencionadas no § 1, alínea 2, ou aos seus mandatários, ou funcionários empregados na manipulação de dados, é proibido utilizar, manipular, divulgar e fornecer dados pessoais protegidos por esta Lei de maneira não autorizada para fim outro que não aquele pertencente especificamente e legalmente à sua tarefa.

(2) Estas pessoas devem ser compromissadas ao iniciarem as suas atividades segundo o estipulado na alínea 1. Estas pessoas continuam compromissadas mesmo após o término de suas atividades.

§ 6 — Medidas Técnicas e de Organização

(1) Todo aquele que, segundo o disposto no § 1, alínea 2, ou que como mandatário das pessoas ou repartições ali mencionadas, manipular dados pessoais, é obrigado a tomar

aquelas medidas técnicas e de organização que são necessárias para garantir a execução das normas desta Lei, especialmente aquelas exigências enumeradas em anexo a este diploma legal. Tais medidas (técnicas e de organização) são apenas exigidas quando o seu emprego estiver em uma relação razoável ao fim protecional desejado.

(2) O Governo Federal fica autorizado a complementar, mediante decretos e aprovação do Conselho Federal (Bundesrat), as exigências mencionadas no anexo, em conformidade com o dado estado da técnica e organização. No sentido desta Lei, estado da técnica e organização significa o grau de desenvolvimento de processos modernos, de instalações ou de técnicas operacionais que justifique a viabilidade prática de uma medida para a garantia da execução desta Lei. Ao ser determinado o estado da técnica e organização, deverão ser utilizados principalmente processos, instalações ou métodos de funcionamento comparáveis que já foram testados com sucesso enquanto funcionando.

SEÇÃO 2

Manipulação de dados por autoridades e demais repartições públicas

§ 7 – Campo de Aplicação.

(1) As normas desta seção aplicam-se às autoridades e demais repartições públicas da Federação, às corporações vinculadas diretamente à administração federal, instituições e fundações de direito público, bem como aos consórcios de tais corporações, instituições e fundações. No que tange às empresas de direito público que participam na livre concorrência (mercado livre), aplicam-se, todavia, apenas os §§ 15 a 21.

(2) Na medida em que a proteção de dados não for regulada por lei estadual (Landesgesetz), aplicam-se as normas desta seção, com exceção dos §§ 15 a 21, também:

1. às autoridades e demais repartições públicas dos Estados (Länder), das comunidades (municípios), das associações de municípios e às demais pessoas jurídicas de direito público sujeitas à supervisão estadual, bem como às suas associações, à medida em que executam ou aplicam a lei federal;

2. às autoridades e demais repartições públicas dos Estados na medida em que agirem como órgãos da aplicação do direito, excetuados assuntos administrativos.

No que concerne a empresas de direito público que participam da livre concorrência e, na medida em que atenderem as premissas da alínea 1, nº 1, não lhe são aplicáveis as prescrições desta seção.

3. Diversamente das alíneas 1 e 2, aplicam-se em lugar dos §§ 9 a 14 os §§ 23 a 27, correspondentemente, na medida em que a manipulação de dados atinge relações jurídicas passadas, atuais ou futuras, de serviços ou de trabalho.

§ 8 – Manipulação de dados pessoais por ordem superior (im Auftrag).

(1) As prescrições desta seção são aplicáveis às repartições referidas no § 7, alíneas 1 e 2, na medida em que dados pessoais são manipulados por ordem destas repartições, por outras pessoas ou repartições. Nestes casos o mandatário, ou recebedor da incumbência, deve ser escolhido cuidadosamente com especial observação da sua indicação (habilitação) no que tange às medidas técnicas e de organização tomadas por tal mandatário.

(2) As determinações desta seção, com exceção dos §§ 15 a 21, não se aplicam às repartições referidas no § 7, alíneas 1 e 2, na medida em que tais repartições manipulam, por ordem superior, dados relativos a pessoas. Nestes casos é apenas permitida a manipulação de dados, concernentes a pessoas, em qualquer uma das suas fases referidas no § 1, alínea 1, dentro dos estritos limites das instruções do mandante.

(3) No que tange a pessoas jurídicas, sociedades e outras associações de pessoas do direito privado, relativamente às quais a Federação, ou uma Corporação a ela diretamente vinculada, ou outras instituições ou fundação do direito público forem titulares da maioria das quotas-partes (do capital) ou pertencer a maioria do direito do voto, aplicam-se os §§ 15 a 21, correspondentemente, na medida em que tais pessoas, ou associações de pessoas, passarem a agir, nos casos da seção 1, alínea 1, por incumbência ou mandato.

§ 9 – Armazenamento de dados ou sua modificação.

(1) O armazenamento e a modificação de dados relacionados com a pessoa são permitidos quando necessários ao preenchimento, juridicamente praticável, das tarefas do competente órgão armazenador.

(2) Na hipótese de serem levantados (coletados) dados pessoais, em virtude de uma determinação legal, a pessoa assim atingida deve ser informada deste fato; ou então, não havendo prescrição legal, o atingido deve ser informado da voluntariedade das suas informações.

§ 10 – Transmissão de dados na área pública.

(1) A transmissão de dados pessoais às autoridades e outras repartições públicas é permitida quando necessária ao atendimento, juridicamente justificado, das tarefas dos órgãos competentes de transmissão ou recepção. Na hipótese de estarem tais informações submetidas a um regime de segredo profissional ou segredo público especial (§ 45, frase 2, nº 1, frase 3) e, na hipótese, ainda, de terem sido transmitidas tais informações à repartição transmissora por pessoa obrigada a manter segredo, no exercício de suas obrigações profissionais ou funcionais, exige-se, ainda, para validade da transmissão, que o receptor necessite os dados para o mesmo fim para o qual o transmissor recebeu ditos dados.

(2) A transmissão de dados pessoais das sociedades religiosas para repartições de direito público é permitida desde que aplicadas igualmente as normas relativas à transmissão de dados para autoridades e outras repartições públicas e, desde que fique assegurado que o receptor de tais informações tenha tomado suficientes medidas de proteção dos dados transmitidos.

§ 11 — Transmissão de dados a órgãos situados fora da área pública.

Permite-se a transmissão de dados pessoais a pessoas e órgãos outros que os indicados no § 10, quando necessária ao preenchimento legal dos fins dos órgãos competentes transmissores, ou na medida em que o receptor consiga provar um interesse juridicamente defensável quanto ao conhecimento dos dados a serem transmitidos, e desde que dados, dignos de proteção do atingido, não forem lesados. Caso os dados pessoais, a serem transmitidos, estiverem submetidos ao regime do segredo profissional ou segredo funcional público especial (§ 45, frase 2, nº 1 ao 3), e tiverem sido transmitidos ao órgão transmissor por pessoa obrigada a manter segredo, porém no exercício de sua obrigação profissional ou funcional, torna-se necessário, adicionalmente, para a validade e permissibilidade da transmissão de tais dados, que existam as mesmas pré-condições debaixo das quais é possível, à pessoa obrigada ao sigilo, transmitir tais dados. Para a transmissão de dados pessoais a autoridades públicas e outros órgãos que estão fora da área de eficácia desta Lei, bem como para a transmissão para repartições supranacionais e intranacionais, aplicam-se as frases 1 e 2 segundo as convenções e normas das leis competentes para este tipo de transmissão.

§ 12 — Publicação dos dados armazenados.

(1) Autoridades e outras repartições públicas devem comunicar imediatamente:

1. a espécie de dados pessoais por eles armazenada ou mandado armazenar;
2. as tarefas, para cuja consecução o conhecimento destes dados é necessário;
3. o tipo de pessoas atingidas;
4. as repartições às quais regularmente transmitem tais dados pessoais bem como;
5. a espécie de dados a serem transmitidos.

Tal comunicação deve ser feita imediatamente após o primeiro armazenamento e deve ocorrer na gazeta oficial competente para sua área de atuação destinada às publicações oficiais. O atingido tem o direito de acesso às publicações, até então feitas, após requerimento.

(2) A alínea 1 não se aplica:

1. As autoridades encarregadas da proteção da Constituição; ao Serviço Nacional de Informações; ao Serviço de Proteção Militar, como também em relação a outras repartições do Ministério Federal da Defesa, na medida em que for atingida a segurança da Federação; nem se aplica à Repartição Federal Criminal, às autoridades da Procuradoria-Geral do Estado e da Polícia, bem como não se aplica ainda às autoridades financeiras estaduais e federais, na medida em que tais autoridades armazenam, para vigilância e verificação, dados pessoais no cumprimento de suas finalidades legais e dentro do campo de aplicação do Regulamento de Impostos.

2. Aos dados pessoais que, em virtude do acima exposto, forem interditados segundo o disposto no § 14, alínea 2, frase 2, e que também não podem ser suprimidos por força de normas de armazenamento contidas no § 14, alínea 3, frase 1.

3. Aos registros instituídos por força de Lei ou a outros bancos de dados que devem ser mantidos, por força de determinações legais ou administrativas, devidamente publicadas; a referida alínea 1 também não se aplica, na medida em que: a) a espécie dos dados pessoais armazenados nos registros e bancos de dados antes referidos; b) as tarefas para o preenchimento das quais o conhecimento de tais dados armazenados é necessário; c) o tipo de pessoas atingidas; d) as centrais às quais há transmissão regular de dados pessoais; e) bem como a espécie de dados a serem transmitidos, tiverem sido preestabelecidos em normas legais ou administrativas publicadas.

(3) São ora outorgados poderes ao Governo Federal para determinar, por força de regulamento jurídico que não necessita da aprovação do Conselho Federal, às autoridades mencionadas no § 7, alínea 1, frase 1, e demais repartições públicas, o jornal de publicação, bem como o procedimento da publicação. Os Governos Estaduais são ora autorizados a determinar, por regulamento jurídico, às autoridades nomeadas no § 7, alínea 2, frase 1 e demais repartições públicas, o jornal de publicação bem como o procedimento da publicação.

§ 13 — Informação ao atingido.

(1) É obrigatório fornecer ao atingido, mediante requerimento, informação sobre os dados armazenados em relação à sua pessoa. O requerimento deve caracterizar a espécie de dados pessoais sobre os quais a informação deve ser prestada. A repartição armazenadora determina o procedimento, especificamente a forma, segundo a qual prestará informações, observado seu arbítrio, ajustado à sua obrigação funcional.

(2) A alínea (1) não se aplica nos casos 12, alínea 2 n. 1 e 2.

(3) A obrigação de fornecer informações deixa de existir, na medida em que:

1. a informação ameaçar o cumprimento, juridicamente justificado, das tarefas competentes da central armazenadora;

2. a informação ameaçar a segurança ou ordem pública ou de qualquer modo causar prejuízo à Federação ou aos Estados;

3. os dados pessoais, ou o fato do seu armazenamento segundo uma norma legal, ou em decorrência da sua natureza ou em virtude da existência de interesses, juridicamente justificados de uma terceira pessoa e que se sobrepõem, devem ser mantidos em sigilo;

4. a informação dos dados pessoais se destina a ser transmitida às autoridades mencionadas no § 12, alínea 2, n. 1.

(4) O fornecimento de informações está sujeito ao pagamento de taxas. É ora outorgado poder ao Governo Federal, para fixar em detalhe, mediante regulamento jurídico, com aprovação do Conselho Federal, os fatos e atos que devem ser cobrados para cobrir as despesas administrativas imediatamente ligadas a atos da administração desta natureza; isenções do pagamento de taxas devem ser autorizadas especialmente naqueles casos nos quais, em virtude de circunstâncias especiais, se justifica a suposição que dados pessoais tenham sido armazenados incorretamente ou sem permissão legal ou naqueles casos nos quais a informação teve como resultado a retificação ou supressão dos dados pessoais armazenados. Nos demais casos aplica-se a Lei das Despesas Administrativas.

§ 14 — Retificação, bloqueio e supressão de dados

(1) Dados pessoais devem ser retificados quando incorretos.

(2) Dados pessoais devem ser bloqueados quando a sua correção for posta em dúvida pelo atingido e quando for impossível constatar a sua correção ou incorreção. Devem ainda ser bloqueados, tais dados, quando o seu conhecimento não mais for necessário para a central armazenadora atingir o preenchimento, juridicamente determinado, das suas tarefas, dentro de sua área de competência. Dados bloqueados devem ser caracterizados com registro identificador; não mais podem ser aproveitados para qualquer fim nem, especificamente, transmitidos ou utilizados de qualquer outra maneira, salvo se a utilização for absolutamente (unerlasslich) necessária: a) para fins científicos; b) para a superação de uma falha de prova; c) no interesse premente da central armazenadora ou de terceiro ou, d) se o atingido concorda com a utilização de tais dados pessoais.

(3) Dados derivados de pessoas podem ser suprimidos quando o seu conhecimento não mais for necessário para a central armazenadora no escopo das suas tarefas, na área da sua competência e juridicamente autorizadas e, quando não há motivos para se supor que registros, dignos de proteção do atingido, possam ser prejudicados pela supressão. Os dados devem ser suprimidos quando o seu armazenamento não for justificado, ou quando a sua supressão é exigida pelo atingido nos casos da alínea 2, frase 2.

§ 15 — Execução da proteção de dados na administração federal.

As autoridades federais superiores, o Conselho da Administração da Ferrovia Federal, assim como as sociedades da administração direta federal, instituições e fundações de direito público sobre as quais apenas é exercida, pela administração federal superior, uma supervisão jurídica, devem, em cada caso, na sua área de competência negocial, assegurar a execução desta Lei, bem como de outras normas legais a respeito da proteção de dados.

Devem especialmente zelar no sentido de que:

1. seja mantida uma supervisão em relação à espécie de dados pessoais armazenados e em relação às tarefas, para a consecução das quais o conhecimento de tais dados se torna necessário, bem como manter uma supervisão em relação aos destinatários regulares de tais dados; e,

2. seja exercido controle em relação à aplicação ordenada e regular dos programas de utilização de dados com o auxílio dos quais devam ser empregados dados pessoais.

§ 16 — Normas administrativas gerais.

As autoridades federais superiores e o Conselho de Administração da Ferrovia Federal Alemã deverão editar, para as suas áreas administrativas respectivas, normas administrativas gerais que regularão a execução da presente Lei, sempre respeitadas as peculiaridades das áreas de competência administrativa respectivas e as exigências especiais daí derivadas em relação à proteção de dados.

§ 17 — Nomeação de Delegado Federal para a proteção de dados.

(1) Deverá ser nomeado um Delegado Federal para a proteção de dados. O Delegado Federal será nomeado pelo Presidente Federal por proposta do Governo Federal. Deverá ter completado 35 anos de idade na data da sua nomeação.

(2) O Delegado Federal prestará o seguinte juramento perante o Ministro Federal do Interior:

"Eu juro que dedicarei minhas forças: ao bem-estar do Povo Alemão, ao aumento de seu usufruir; que dele afastarei o prejuízo; que protegerei e observarei a Constituição Federal e as leis federais; que cumprirei meus deveres com exatidão e que praticarei a Justiça em relação a qualquer pessoa. Deus queira me ajudar."

O juramento também poderá ser prestado sem invocação religiosa.

(3) O prazo de exercício do cargo do Delegado Federal será de cinco anos. Uma única recondução é permitida.

(4) O Delegado Federal relaciona-se, com a Federação, segundo determinação desta Lei, dentro de um relacionamento administrativo de direito público. No exercício do seu cargo possui autonomia, estando apenas sujeito à Lei. Está sujeito à supervisão jurídica do Governo Federal.

(5) O Delegado Federal terá seu gabinete junto ao Ministro Federal do Interior. Está sujeito à supervisão de serviço do Ministro Federal do Interior. Deverão ser postos à disposição do Delegado Federal, para o cumprimento das suas tarefas, o equipamento, material e o pessoal necessários. Tal disponibilidade deverá figurar no plano orçamentário do Ministro Federal do Interior, sob rubrica de um capítulo próprio.

(6) Caso o Delegado Federal estiver temporariamente impedido de exercer suas funções, será lícito ao Ministro Federal do Interior encarregar um substituto no exercício das ditas funções. O Delegado Federal deverá ser ouvido a respeito.

§ 18 — Posição jurídica do Delegado federal para a proteção de dados

(1) A relação de direito público administrativo do Delegado Federal para a proteção de dados começa com a entrega da certidão de nomeação.

Termina:

1. com o fim da sua gestão

2. com a demissão

O Presidente Federal demite o Delegado Federal quando este o exigir ou por proposta do Governo Federal quando houver motivos que justificarem, à juízo de um juiz vitalício, a demissão do serviço. Na hipótese do término da relação funcional, o Delegado Federal receberá do Presidente Federal uma certidão por este lavrada. A demissão tornar-se-á efetiva com a entrega da certidão. A pedido do Ministro Federal do Interior obriga-se o Delegado Federal a continuar a exercer as suas funções, até a nomeação do seu sucessor.

(2) O Delegado Federal não poderá exercer, além do seu cargo, qualquer cargo público remunerado; nem qualquer profissão ou atividade profissional, nem poderá exercer ou pertencer à direção ou ao Conselho Fiscal ou Conselho de Administração de qualquer empreendimento com o objetivo de lucro; nem poderá pertencer a qualquer governo ou a qualquer colegiado legislativo federal ou estadual. É-lhe vedado dar, mediante remuneração, pareceres extrajudiciais.

(3) O Delegado Federal deverá informar o Ministro Federal do Interior sobre presentes que receber em decorrência do exercício do seu cargo. O Ministro Federal do Interior decide sobre a utilização dos presentes.

(4) Após o término da sua relação funcional, o Delegado Federal está obrigado a guardar sigilo sobre assuntos cujo conhecimento adquirir em decorrência do exercício de seu cargo. Esta obrigação não se aplica a comunicações fornecidas dentro do relacionamento funcional, nem em relação a fatos que são do domínio público, ou que, em decorrência do seu significado, não necessitam da proteção do sigilo. O Delegado Federal não poderá, sem autorização do Ministro Federal do Interior, mesmo se não mais estiver no exercício do cargo, prestar, sobre tais assuntos, declarações judiciais ou extrajudiciais, nem tão pouco prestará explicações. Inatingida é a obrigação, fundamentada em Lei, de denunciar delitos e a de engajar-se na defesa, caso houver perigo, da ordem constitucional livre e democrática.

(5) A permissão de o Delegado Federal, para a proteção dos dados, depor como testemunha apenas deverá ser denegada na hipótese de tal depoimento causar prejuízos à Federação ou a qualquer um dos Estados alemães ou, ainda, se tal depoimento colocar em sério risco tarefas públicas ou as dificultar substancialmente. A permissão de fornecer um parecer pode ser denegada, se tal fornecimento público causar prejuízo aos interesses do serviço. O estatuído no § 28 da Lei que dispõe sobre o Tribunal Constitucional Federal, na forma da Promulgação de 03.02.71 (B. Gesetzblatt I pág. 105) alterado pela Lei de Introdução ao Código Penal de 2.03.1974. (BGBl. 1 pág. 469), permanece inalterado.

(6) O Delegado Federal perceberá vencimentos públicos no montante correspondente ao de um funcionário federal do grupo de vencimentos B 9. Tais vencimentos o delegado perceberá desde o início do mês-calendário no qual iniciar a sua função pública, até o final do mês-calendário dentro do qual findar sua função pública. Na hipótese da alínea 1, frase 6, perceberá tal remuneração até o final do mês em que findar a administração do negócio. Deverão ser aplicadas as leis federais referentes a despesas de viagem e a despesas de mudança, no que couber. No mais deverão ser aplicados os §§ 13 a 20 da Lei Ministerial Federal na forma da Promulgação de 27.07.71 (B.G.B.L. I pág. 1166), alterado ultimamente pela Sétima Lei de Alteração de Normas Jurídicas relativas a Funcionários Públicos e Normas Jurídicas relativas a vencimentos de 20.12.74 (B.G.B.L. I pág. 3716), com a ressalva que no lugar de um mandato de dois anos, constante do § 15, alínea 1, da Lei Federal Ministerial, deverá ser inserido num mandato de cinco anos.

§ 19 — Tarefas do Delegado Federal para a proteção de dados

(1) O Delegado Federal para a proteção de dados controla a observação das normas, pertinentes à proteção de dados, de parte das autoridades mencionadas no § 7, alínea 1, bem como pelas demais Repartições públicas federais, excetuados os tribunais, na medida em que estes não atuam em assuntos da administração pública. Para a consecução desse propósito é lícito ao Delegado emitir recomendações para a melhoria da proteção de dados. Pode, ainda, o Delegado Federal aconselhar o Governo Federal, e os ministros individualmente, bem como as demais autoridades mencionadas no § 7, alínea 1, em assuntos que digam respeito à proteção de dados.

(2) Por determinação do Parlamento Federal Alemão ou do Governo Federal, o Delegado Federal é obrigado a fornecer pareceres e relatórios. Além disso, deverá apresentar anualmente, com regularidade, ao Parlamento Federal Alemão, a iniciar-se em 1º de janeiro de 1980, um Relatório de Atividades.

A pedido do Parlamento Federal Alemão, da Comissão de Petições do Parlamento Alemão ou, ainda, a pedido do Governo Federal, o Delegado Federal pode fazer recomendações em relação a assuntos e eventos que de perto digam respeito à sua área de atuação. O Delegado tem a todo tempo livre acesso ao Parlamento Federal Alemão.

(3) As autoridades mencionadas na alínea 1, frase 1, e demais repartições públicas têm o dever de auxiliar e apoiar o Delegado e seus mandatários na consecução das suas tarefas. Conseqüentemente, tais autoridades devem:

1 — fornecer informações e respostas às perguntas formuladas, bem como franquear acesso a todos os autos ou processos que estejam vinculados à tarefa de aproveitamento de dados pessoais, especialmente em relação a dados armazenados e programas em que entram como insumos dados pessoais;

2 — franquear o acesso, a qualquer tempo, a todas as dependências da repartição.

As frases 1 e 2 acima têm validade (aplicam-se) às autoridades mencionadas no § 12, alínea 2, nº 1, com a ressalva que tal colaboração é apenas devida ao Delegado Federal pessoalmente ou a auxiliares seus especialmente nomeados ou autorizados por escrito. A frase 2 acima não se aplica às autoridades federais mencionadas no § 12, alínea 2, nº 1, na medida em que a autoridade federal superior, competente para o caso, verificar que o acesso a tais autos ou documentos possa colocar em risco a segurança da Federação ou de qualquer Estado Federado.

(4) O Delegado Federal deverá manter um registro dos bancos de dados automatizados nos quais sejam armazenados dados pessoais. Este registro é público e de livre acesso. As autoridades mencionadas na alínea 1, frase 1, e demais repartições têm o dever de registrar os seus bancos de dados automatizados junto ao Delegado Federal. O Departamento Federal para a Proteção Constitucional, o Serviço Federal de Informações e Notícias e o Serviço Militar de Defesa são liberados do dever de registro e comunicação. No que tange aos bancos de dados pertencentes às restantes autoridades mencionadas no § 12, alínea 2, nº 1, deverá ser mantido um registro especial. Limitar-se-á tal registro a uma supervisão da espécie, finalidade e destino dos dados coletados. A frase 2 acima não tem aplicação em relação a esse último registro. Detalhes serão regulamentados pelo Ministro Federal do Interior através de regulamentos jurídicos.

(5) O Delegado Federal exercerá sua influência no sentido de obter a colaboração das autoridades em geral, bem como das demais repartições públicas que forem competentes nos estados, para exercer o controle do cumprimento das normas relativas à proteção

de dados pessoais, bem como colaborará com as autoridades de supervisão, segundo o disposto no § 30.

§ 20 — Reclamações do Delegado Federal para a proteção de dados

(1) Na hipótese de serem constatadas, pelo Delegado Federal para a proteção de dados, infrações contra as normas desta Lei ou contra quaisquer outros dispositivos legais de proteção de dados, ou caso constatar outras falhas no que concerne à manipulação de dados pessoais, deverá reclamar junto:

1. à administração federal, comunicando o fato à autoridade federal mais alta que no caso for competente;

2. à Ferrovia Federal, comunicando-se com o conselho de administração;

3. às organizações federais diretas, fundações e demais instituições de direito público, bem como junto às associações de tais organizações, fundações e instituições, comunicando o fato ao conselho de administração ou outro órgão com direito de representação e exigir tomada de posição de tais órgãos dentro de um prazo por ele determinado. Nas hipóteses do nº 3 acima, o Delegado Federal comunicará a ocorrência concomitantemente à autoridade supervisora.

(2) O Delegado Federal pode desistir de uma reclamação ou abrir mão de uma tomada de posição de parte da repartição atingida, quando se tratar de falhas sem maior relevância.

(3) O Delegado Federal está autorizado a combinar a reclamação com propostas feitas no sentido de eliminar as falhas apontadas ou que visem ao aperfeiçoamento da proteção de dados.

(4) A tomada de posição, que deverá ser entregue segundo o disposto no item (1) frase 1, deve conter, desde já, uma exposição das medidas que foram tomadas em decorrência da reclamação feita pelo Delegado Federal. As repartições indicadas no item (1) frase 1, nº 3, deverão remeter à sua autoridade supervisora uma cópia da sua tomada de posição enviada ao Delegado Federal.

§ 21 — Notificação do Delegado Federal para proteção de dados

Qualquer pessoa pode dirigir-se ao Delegado Federal para a proteção de dados quando tal pessoa for da opinião que seus direitos foram infringidos pela manipulação de seus dados pessoais, por intermédio das autoridades referidas no § 7, item 1, ou quaisquer outras repartições públicas federais, excetuados os juízes e tribunais, enquanto não operem em atividades e assuntos administrativos.

Terceira Seção

Manipulação de dados por organizações não públicas para fins próprios

§ 22 — Campo de aplicação

(1) As normas desta seção aplicam-se a pessoas físicas e jurídicas, sociedades e outras associações de pessoas do direito privado, na medida em que manipulam dados pessoais protegidos, como meio auxiliar para a consecução dos seus objetivos comerciais ou fins. As normas aplicam-se, também, com exceção dos §§ 28 a 30, segundo determinação da frase 1 (um), a empreendimentos de direito público que participam da concorrência, desde que atendam os requisitos do § 7, alínea 1, frase 1, ou os do § 7, alínea 2, frase 1, nº 1.

(2) As normas desta seção aplicam-se igualmente às pessoas, sociedades e demais associações de pessoas mencionadas na alínea 1, na medida em que dados pessoais são manipulados por sua conta e encomenda por outras pessoas ou organizações. Nestes casos, o receptor da encomenda deve ser escolhido criteriosamente, com especial ponderação das medidas técnico-organizacionais tomadas nesta tarefa (§ 6, alínea 1) pelo receptor da encomenda (prestador de serviço).

(3) As normas desta seção não têm aplicação às pessoas, sociedades e demais associações de pessoas que se desincumbem de tarefas pertinentes à administração pública.

§ 23 — Armazenamento de Dados

O armazenamento de dados, relativos a pessoa, é lícito, dentro dos parâmetros de uma relação contratual, com objetivos definidos, ou dentro de uma relação de confiança, similar a uma relação contratual, estabelecida com o sujeito passivo, ou, então, na medida em que tal armazenamento se justifica para assegurar interesses justificáveis da organização armazenadora e, desde que não haja motivo para se supor que através de tal armazenamento possa haver prejuízo para dados dignos de proteção do sujeito passivo. Contrariamente ao estipulado na frase 1, permite-se o armazenamento de dados pessoais através de processos não automatizados, na medida em que tais dados tenham sido obtidos diretamente de fontes publicamente acessíveis.

§ 24 — Transmissão de dados

(1) A transmissão de dados relativos à pessoa é lícita nos parâmetros de uma relação contratual com objetivos definidos, ou dentro de uma relação de confiança, similar a uma relação contratual para com o sujeito passivo, ou na medida em que tal transmissão de dados serve à proteção de interesses juridicamente válidos da estação transmissora, ou de terceiro, ou na medida em que é necessária ao público e desde que dados, dignos de proteção do sujeito passivo, não sofram prejuízo. Dados pessoais que estão sujeitos ao sigilo profes-

sional ou funcional (§ 45 frase 2, nº 1, frase 3) e que foram transmitidos por pessoas obrigadas ao sigilo, em decorrência do exercício de seu dever profissional ou funcional, não podem mais ser retransmitidos pelo receptor de tais dados.

(2) São excetuados do estabelecido na alínea (1), e são lícitas as transmissões de dados agrupados em listas ou de outra forma qualquer, que se refiram a integrantes de um grupo de pessoas e que mencionem apenas:

- 1 — o nome
- 2 — título ou graus acadêmicos
- 3 — data do nascimento
- 4 — profissão, indicação profissional ou ocupacional
- 5 — endereço
- 6 — número de telefone

e desde que não haja razão para se supor que, em decorrência de tal transmissão, possa ocorrer prejuízo para dados dignos de proteção do sujeito passivo. A fim de caracterizar o fato de pertencer o sujeito passivo a um determinado grupo de pessoas, não podem ser transmitidos outros dados além dos constantes da frase anterior.

§ 25 — Alteração de Dados

É lícita a alteração de dados relativamente à pessoa dentro dos parâmetros de uma relação contratual com objetivos definidos, ou dentro de uma relação de confiança similar a uma relação contratual existente para com o sujeito passivo, ou na medida em que tal alteração serve à proteção de interesses juridicamente justificáveis da central armazenadora, e desde que não haja motivo para se supor que, em virtude de tal alteração, venha a ocorrer qualquer prejuízo a dados pessoais dignos de proteção do atingido.

§ 26 — Informação ao Sujeito Passivo (atingido)

(1) Por ocasião do primeiro armazenamento de dados em relação à pessoa do sujeito passivo (atingido), este deve ser informado a respeito, a não ser que o mesmo tenha tomado conhecimento do armazenamento de outra forma.

(2) O sujeito passivo pode exigir informações a respeito dos seus dados pessoais armazenados. Caso os dados forem manipulados automaticamente, é permitido ao sujeito passivo exigir informações sobre as pessoas e repartições para as quais seus dados são regularmente transmitidos. Deverá caracterizar em detalhe os dados pessoais concernentes à sua pessoa sobre os quais deverão ser fornecidos a ele informações. A informação deverá ser prestada por escrito, salvo se as circunstâncias especiais do caso justificarem uma outra forma de prestação das informações.

(3) Podem ser pedidas taxas pela informação prestada, as quais todavia não podem ultrapassar as despesas diretas geradas pela prestação do serviço de informação. Não é per-

mitido cobrar taxa de serviço naqueles casos nos quais, em virtude de circunstâncias especiais, se justifica a suposição que tenha ocorrido armazenamento de dados pessoais de forma incorreta ou não permitida, ou quando a informação revelar que os dados pessoais precisam ser retificados ou devem ser suprimidos segundo os requisitos do § 27, alínea 3, frase 2 (primeira meia frase).

(4) As alíneas 1 e 2 não têm aplicação quando:

1. A divulgação (publicidade) dos dados pessoais colocar em substancial perigo os fins sociais ou objetivos da central armazenadora, e inexistirem, em contrário, interesses justificáveis do sujeito passivo.

2. A repartição pública competente tiver constatado, em relação à central armazenadora, que a divulgação dos dados pessoais colocará a segurança ou ordem públicas em perigo, ou que de outra forma haveria prejuízo para a Federação ou para um dos Estados.

3. Os dados pessoais devem ser mantidos em sigilo, por força de norma legal, ou, quando em virtude de sua natureza, tais dados devam ser mantidos em sigilo, em virtude dos relevantes e justificáveis interesses de terceiro.

4. Os dados pessoais tiverem sido colhidos diretamente de fontes de acesso público.

5. Os dados pessoais tiverem sido especificamente bloqueados segundo o disposto no § 27, alínea 2, frase 2, por não poderem ser suprimidos em virtude de normas de guarda legais, contratuais ou estatutárias, segundo o disposto no § 27, alínea 3, frase 1.

§ 27 – Retificação, Bloqueio e Supressão de Dados

(1) Dados relativos à pessoa devem ser retificados quando incorretos.

(2) Dados relativos à pessoa devem ser bloqueados quando a sua correção for impugnada pelo sujeito atingido, e quando não for possível verificar a sua correção ou incorreção.

Também deverão ser bloqueados quando o seu conhecimento não mais for necessário para a consecução do objetivo do armazenamento. As normas legais para o procedimento e as conseqüências jurídicas do bloqueio, segundo o § 14, alínea 2, frase 3, aplicam-se de acordo. Dados pessoais podem ser suprimidos quando o seu conhecimento não mais for necessário para a consecução do objetivo do armazenamento, e quando não houver razão para a suposição que, em virtude da sua supressão, possam ser prejudicados dados dignos de proteção do sujeito atingido. Dados pessoais devem ser suprimidos quando o seu armazenamento não era justificado, ou quando, nos casos na alínea 2, frase 2, assim o exigir o sujeito atingido. Dados que versam sobre estados de saúde, atos puníveis, infrações a regulamentos, bem como sobre convicções religiosas e políticas, devem ser suprimidos quando a sua correção não puder ser provada pela central armazenadora.

§ 28 – Nomeação de um Encarregado da Proteção de Dados

(1) As pessoas, sociedades e outras associações de pessoas, mencionadas no § 22, alíneas 1 e 2, que manipularem automaticamente dados pessoais e que neste mister empregarem em regra no mínimo cinco empregados, permanentemente, são obrigadas a nomearem, por escrito, no prazo de no máximo um mês, contado a partir do início de sua atividade, um encarregado para a proteção dos dados. Aplica-se a mesma regra quando dados pessoais são manipulados de outra maneira, não automática, e na medida em que, em regra, para tal atividade forem empregados permanentemente no mínimo vinte empregados.

(2) Somente pode ser nomeada para a função de encarregado de dados pessoais a pessoa que apresentar para o desempenho das suas tarefas idoneidade e conhecimentos técnicos satisfatórios.

(3) O encarregado da proteção de dados deve estar sujeito imediatamente à direção do proprietário, conselho de administração, executivo do negócio ou a um dos chefes competentes por força de Lei ou de contrato ou de estatutos. O encarregado da proteção de dados exercerá sua função na área da proteção de dados com independência técnica, livre de ordens. Não poderá ser prejudicado em virtude do exercício das suas tarefas.

(4) Na execução das suas tarefas, o encarregado da proteção de dados deverá receber o apoio das pessoas, sociedades e outras associações de pessoas que, segundo o disposto na alínea (1), são obrigadas pela sua nomeação.

§ 29 – Tarefas do encarregado da Proteção de Dados

O encarregado da proteção de dados é obrigado a assegurar a execução da presente Lei, bem como de outras normas a respeito da proteção de dados. Para esse fim lhe é lícito dirigir-se, em caso de dúvida, à autoridade supervisora (§ 30). Deve especialmente:

1. Manter uma supervisão sobre: a espécie de dados pessoais armazenados; os fins negociais e objetivos para cuja consecução é necessário o conhecimento dos dados armazenados; o receptor habitual, bem como sobre a espécie de instalação manipuladora automatizada empregada.

2. Manter vigilância sobre a aplicação e emprego regulares dos programas de aproveitamento de dados com cujo auxílio dados pessoais são manipulados.

3. Manter as pessoas empregadas no aproveitamento e manipulação de dados pessoais informadas, através de métodos e medidas apropriadas, sobre as normas da presente Lei, bem como sobre as demais normas a respeito da proteção de dados, sempre ajustado a circunstâncias peculiares nesta área de operação e atendidas as exigências especiais que surgirem no desempenho das tarefas.

4. Colaborar com o seu conselho na escolha do pessoal empregado na manipulação de dados pessoais.

§ 30 — Atividade supervisora

(1) Sempre que uma pessoa atingida demonstra, fundamentadamente, que foi prejudicada nos seus direitos pela manipulação de seus dados pessoais por qualquer das pessoas, sociedades ou outras associações de pessoas aduzidas no § 22, alíneas 1 e 2, a autoridade supervisora, competente segundo o disposto na legislação estadual, controla no caso individual a execução desta Lei, bem como de outras normas que dizem respeito à proteção de dados no que concerne à área de aplicação desta seção.

A autoridade mencionada tem o dever de apoiar o encarregado da proteção de dados, quando o mesmo a ela se dirigir (§ 29 alínea 1, frase 2).

(2) As pessoas, sociedades, e demais associações de pessoas referidas no § 22, alíneas 1 e 2, bem como as pessoas encarregadas da sua direção têm o dever de fornecer, imediatamente, à autoridade supervisora, mediante solicitação da mesma, as informações necessárias ao cumprimento das suas atribuições. Aquele que for obrigado a fornecer as informações pode negar a informação a respeito de perguntas tais cuja resposta o exporia, a ele mesmo, ou a uma das pessoas a ele vinculadas, mencionadas no § 393, alíneas 1 até 3, do Código de Processo Civil, ao perigo de virem a sofrer um processo judicial criminal ou um processo segundo o disposto na Lei das Contravenções Penais.

(3) As pessoas encarregadas do controle pela autoridade supervisora têm competência, na medida em que tal for necessário ao cumprimento das tarefas cometidas à autoridade supervisora, de penetrar em imóveis e escritórios do local de inspeções nos registros negociais, especialmente nos registros que devem ser feitos, segundo o disposto no § 29, frase 3, nº 1, pelos encarregados da proteção de dados no desempenho de sua supervisão dos dados pessoais armazenados e dos programas de manipulação de dados. Aquele que for obrigado a fornecer informações tem o dever de permitir tais medidas de verificação. Neste particular, o direito individual constitucionalmente protegido, da inviolabilidade da residência particular (artigo 13 da Constituição), é restringido proporcionalmente.

(4) A aplicabilidade da legislação profissional sindical às organizações profissionais sindicais, sujeitas às normas desta seção, permanece inalterada.

(5) Os governos estaduais ou as repartições por eles criadas e autorizadas determinam quais as autoridades supervisoras encarregadas do controle da execução da proteção de dados no campo de aplicação desta seção.

Seção 4

Manipulação Negocial de Dados
por organizações não públicas para fins do interesse de terceiros

§ 31 — Campo de Aplicação

(1) Às pessoas naturais ou jurídicas, sociedades e outras associações de pessoas do direito privado, bem como aos empreendimentos do direito público que participam da Concorrência, na medida em que preenchem os requisitos do § 7, alínea 1, frase 1 ou § 7, alínea 2, frase 1, nº 1, aplicam-se:

1. os §§ 32 até 35, na medida em que tais organizações armazenam, no escopo de sua atividade negocial, dados relativos a pessoas protegidas, para o fim de serem transmitidos ou para transmiti-los. Neste mister não é de relevância se tais dados são modificados antes da sua transmissão.

2. o § 36, na medida em que tais organizações armazenam, no escopo da sua atividade negocial, dados pessoais protegidos, para o fim de modificá-los, ou se tais organizações alteram tais dados de tal forma que os dados não mais se referem a uma determinada pessoa e nem permitem que uma determinada pessoa possa ser reconhecida (anonimizar) para transmiti-los sob esta forma.

3. o § 37, na medida em que tais organizações manipulam dados pessoais protegidos no escopo da sua atividade negocial, por ordem e conta de terceiros, na qualidade de empresa prestadora de serviços. Aplicam-se, ainda, às pessoas naturais e jurídicas, sociedades e outras associações de pessoas do direito privado os §§ 38 a 40. A frase 2 não se aplica àquelas pessoas jurídicas, sociedades e outras associações de pessoas do direito privado, relativamente às quais pertencer ao Estado ("der öffentlichen Hand") a maioria das quotas ou ações ou a maioria dos votos, na medida em que tais pessoas ou associações de pessoas, no escopo da sua atividade negocial, manipularem dados relativos à pessoa, protegidos, por ordem e conta de autoridades públicas ou para outras repartições públicas, na qualidade de empresa prestadora de serviços. O § 8, alínea 3, permanece inalterado.

(2) As normas mencionadas na alínea 1 aplicam-se às pessoas, sociedades e demais associações de pessoas ali mencionadas, na medida em que a manipulação de dados pessoais for realizada por sua conta e ordem por outras pessoas ou organizações. Nestes casos o receptor dos serviços (locador) deve ser escolhido cuidadosamente, com particular ênfase quanto à sua aptidão em decorrência das medidas técnicas e organizacionais por ele empregadas. (§ 6, alínea 1).

§ 32 — Armazenamento e Transmissão de Dados

(1) O armazenamento de dados pessoais é permitido na medida em que inexistem razões para se supor que tal armazenamento afeta dados pessoais da pessoa atingida que sejam dignos de serem protegidos. Diversamente ao disposto na frase 1, permite-se o armazenamento quando os dados são extraídos diretamente de fontes acessíveis ao público em geral.

(2) A transmissão de dados pessoais é permitida quando o receptor tiver demonstrado, de forma crível, um justo interesse no conhecimento de tais dados. Os fundamentos da existência de justo interesse e os meios da sua demonstração crível devem ser registrados.

(3) Diversamente ao disposto na alínea 2, frase 1, é permissível a transmissão de dados, agrupados sob forma de listas ou de outra forma qualquer, sobre membros de um grupo de pessoas, quando tais listas se restringem aos nomes, títulos, graus acadêmicos, endereço, bem como a uma referência sobre a vinculação do atingido ao mencionado grupo de pessoas, e desde que inexistam motivos para se supor que por este meio sejam afetados dados pessoais, dignos de proteção do atingido.

§ 33 – Alteração de Dados

Permite-se a alteração de dados pessoais na medida em que registros pessoais do atingido não sejam afetados.

§ 34 – Informação ao Atingido

(1) Quando, pela primeira vez, ocorrer transmissão de dados, relativamente à pessoa do atingido, deve este ser informado sobre o armazenamento de tais dados, salvo se o atingido tiver adquirido conhecimento do armazenamento por outros meios. A frase 1 não se aplica a transmissões feitas segundo o disposto no § 32, alínea 3.

(2) O atingido tem o direito de exigir informações sobre os dados armazenados a respeito de sua pessoa. Na hipótese de terem sido tais dados armazenados e catalogados automaticamente, é lícito ao atingido exigir informações, também, sobre as pessoas e repartições às quais seus dados são transmitidos regularmente. A informação deverá ser dada por escrito, salvo se, devido a circunstâncias especiais, uma outra forma de prestar informações for a apropriada.

(3) É lícito exigir pelo fornecimento da informação o pagamento de uma taxa, a qual não poderá passar dos custos, diretamente calculados, que tiverem sido gerados pela prestação da informação. Não será lícito exigir o pagamento de qualquer taxa, naqueles casos nos quais, por motivos especiais, se justifica a suposição que esteja ocorrendo o armazenamento de dados pessoais de maneira incorreta ou ilícita, ou naqueles casos nos quais a informação revelou que os dados pessoais armazenados necessitam ser eliminados segundo as premissas do disposto no § 35, alínea 3, frase 2, primeira meia frase.

(4) As alíneas 1 e 2 não se aplicam na medida em que a publicação dos dados pessoais armazenados prejudicar interesses justificados e superiores de uma terceira pessoa, ou colocar em perigo e risco, após verificação feita pela repartição competente em relação à central armazenadora, a segurança ou ordem públicas, ou de qualquer outra forma causar prejuízos ao bem da Federação ou de qualquer Estado.

§ 35 – Retificação, Trancamento e Eliminação de Dados

(1) Dados pessoais devem ser retificados quando incorretos.

(2) Dados pessoais devem ser trancados quando sua correção for posta em dúvida pelo atingido e quando não for possível constatar seja a sua correção, seja a sua incorreção. Outrossim, dados pessoais armazenados devem ser trancados no final do quinto ano civil transcorrido após o seu armazenamento. As normas a respeito do processo e as consequências jurídicas do trancamento, segundo o disposto no § 14, alínea 2, frase 3, aplicam-se de acordo.

(3) É lícito eliminar dados pessoais na medida em que não há motivo para se supor que, em decorrência de tal ato, registros dignos de proteção do atingido sejam afetados. Dados pessoais devem ser eliminados quando seu armazenamento não era autorizado, ou quando o exige o atingido nos casos previstos na alínea 2, frase 2. Dados que versam estados de saúde, atos passíveis de punição penal, atos contrários à ordem, bem como dados pessoais que manifestem opiniões religiosas ou políticas, devem ser expungidos quando sua correção não pode ser provada pela central armazenadora.

§ 36 – Manipulação de Dados Pessoais para fins de Transmissão sob Forma Anônima

(1) As pessoas, sociedades e demais associações de pessoas mencionadas no § 31, alínea 1, frase 1, nº 2, são obrigadas a anonimizar os dados pessoais armazenados. As características-chaves, com auxílio das quais é possível alterar dados pessoais anonimizados, de forma a permitir reconhecer que se referem a uma determinada pessoa, ou que permitem o reconhecimento de determinada pessoa, devem, obrigatoriamente, ser armazenados separadamente. Referidas características-chaves não devem mais ser reunidas com os dados anonimizados, salvo se a consequente utilidade dos dados ainda for necessária para o preenchimento do fim do armazenamento ou para fins científicos.

(2) Para a alteração e eliminação de dados pessoais aplica-se o disposto nos §§ 33 e 35, alínea 3, frases 1 e 2, primeira meia frase, respectivamente.

(3) No caso de manipulação automática de dados, a execução das medidas previstas na alínea 1 deve ser assegurada por meio de dispositivos apropriados.

§ 37 – Manipulação de Dados Pessoais por ordem e conta de terceiros

Às pessoas, sociedades e demais associações de pessoas mencionadas no § 31, alínea 1, frase 1, nº 3, somente é lícito manipular dados pessoais em qualquer uma das frases referidas no § 1, alínea 1, estritamente dentro dos parâmetros das instruções emanadas de seu mandamento.

§ 38 – O Encarregado da Proteção de Dados

As pessoas, sociedades e demais associações de pessoas referidas pelo § 31, são obrigadas a nomear um encarregado da proteção de dados. As disposições a respeito do encarregado da proteção de dados, contidas nos §§ 28 e 29, aplicam-se respectivamente.

§ 39 – Obrigações de Informar

(1) As pessoas, sociedades e demais associações de pessoas mencionadas no § 31, assim como suas filiais e agências não autônomas, têm o dever de comunicar e informar o início das suas atividades dentro do prazo de um mês à autoridade supervisora competente.

(2) No ato da comunicação devem ser prestadas as seguintes informações para fins de registro mantido pela autoridade supervisora:

1. Nome ou firma da organização.
2. Proprietário, conselhos de administração, chefe do negócio, ou demais responsáveis legais ou contratuais estatutários, bem como os responsáveis pela direção da manipulação dos dados.
3. Endereço.
4. Objetivo social ou fins da organização e da manipulação de dados.
5. Espécie das instalações empregadas para a manipulação automática dos dados.
6. Nome do encarregado da proteção de dados.
7. Espécie dos dados pessoais armazenados ou mandados armazenar.
8. No caso de transmissão regular de dados pessoais, o nome do receptor de tais dados e espécie dos dados transmitidos.

(3) A alínea 1 aplica-se tanto ao encerramento das atividades quanto à modificação ou alteração dos dados transmitidos segundo a alínea 2.

§ 40 – Autoridade Supervisora

(1) A autoridade supervisora competente, segundo a respectiva lei estadual, controlará a execução e aplicação desta Lei, bem como de outras normas concernentes à proteção de dados dentro do campo de aplicação desta seção quarta; a autoridade supervisora encarregar-se-á, ainda, das tarefas referidas no § 30, alínea 1. Manterá, também, o registro das organizações e centrais de processamento de dados obrigados a registrar-se segundo o disposto no § 39, alínea 1. O registro assim mantido é público, e qualquer pessoa dele se poderá utilizar.

(2) Os demais dispositivos a respeito da autoridade supervisora contidos no § 30, alíneas 2 a 5, aplicar-se-ão apropriadamente.

SEÇÃO QUINTA

Dispositivos penais e multas

§ 41 – Delitos

(1) Todo aquele que, sem autorização e sem o amparo na presente Lei, em relação a dados pessoais protegidos que não forem do domínio público:

1. transmitir ou alterar tais dados, ou
2. retirar ou apropriar-se de qualquer forma de dados contidos em banco de dados fechados

será punido com pena de perda da liberdade até um ano ou com multa.

(2) Na hipótese de agir o autor mediante remuneração ou com a intenção de locupletar-se a si ou a outrem ilicitamente, ou, ainda, de causar dano a terceiro, a pena será de perda da liberdade até dois anos ou multa.

(3) O delito apenas será processado mediante representação.

§ 42 – Contravenções à Ordem

(1) Age como contraventor todo aquele que dolosa ou culposamente:

1. deixa de informar o atingido contrariando o disposto no § 26, alínea 1, § 34, alínea 1;

2. deixar de contratar ou não contratar tempestivamente um encarregado para a proteção de dados, infringindo o disposto no § 28, alínea 1, e § 38 conjugado com o § 28, alínea 1;

3. omitir registrar os motivos ou meios mencionados no § 32, alínea 2, frase 2, assim infringindo dito dispositivo legal;

4. não efetivar uma comunicação ou não a fizer tempestivamente, infringindo assim o disposto no § 39, alíneas 1 ou 3, ou ainda não incluir, ou o fizer de maneira incorreta ou incompleta, os dados por Lei exigidos, assim infringindo o disposto no § 39, alíneas 2 ou 3;

5. deixar de fornecer uma informação ou a fornecer de maneira incorreta, incompleta ou intempestiva, contrariando o disposto no § 30, alínea 2, frase 1, § 40, alínea 2,

combinado com o § 30, alínea 2, frase 1; impedir ou frustrar o acesso aos imóveis ou escritórios ou a realização de vistorias ou exames, ou a inspeção de registros negociais com infringências do disposto no § 30, alínea 3, frase 2; § 40, alínea 2, conjugado com o § 30, alínea 3, frase 2.

(2) A contravenção pode ser punida com uma multa pecuniária de até cinquenta mil marcos alemães.

SEÇÃO SEXTA

Normas Transitórias e Finais

§ 43 — Normas Transitórias

(1) A publicação de dados pessoais (§ 12), que já estavam armazenados na data da entrada em vigor desta Lei, deverá ocorrer dentro do prazo de um ano após o início da vigência desta Lei.

(2) As obrigações mencionadas no § 28, alínea 1, § 38 em conjugação com o § 28, alínea 1, e no § 39, alínea 1, aplicam-se às pessoas, sociedades e demais organizações de pessoas que na entrada em vigor desta Lei manipularem dados pessoais, a partir da vigência desta Lei.

(3) Na hipótese de já terem sido armazenados dados, em relação à pessoa do atingido, antes da entrada em vigor desta Lei, deve o atingido ser informado a respeito segundo o disposto no § 26, alínea 1, quando tais dados, pela primeira vez, após a entrada em vigor da presente Lei, tiverem sido transmitidos.

(4) Na hipótese de já terem sido transmitidos os dados pessoais do atingido antes da entrada em vigor da presente Lei, deve o atingido ser informado a respeito do armazenamento de seus dados pessoais de acordo com o estatuído no § 34, alínea 1, quando tais dados forem transmitidos pela primeira vez, após a entrada em vigor desta Lei.

§ 44 — Aplicação da Lei Processual Administrativa

No que tange à execução desta Lei, aplica-se também a Lei Processual Administrativa, na medida em que tal execução incumbe aos Estados da Federação.

§ 45 — Normas que continuam em vigor

Normas jurídicas especiais da Federação aplicáveis a dados pessoais armazenados em bancos de dados precedem às normas desta Lei. Pertencem à categoria de normas precedentes as seguintes:

1. Normas concernentes à manutenção em segredo de conhecimentos adquiridos em decorrência de serviço público ou em virtude do exercício de profissão, por exemplo: o §

12 da Lei de Estatística para fins da Federação, de 3 de setembro de 1953 (Diário Oficial da União, 1 página 1314), por último alterado por Lei de 2 de março de 1974 (Diário Oficial da União 1, pág. 469), § 30 do Regulamento de Impostos; § 9 da Lei sobre o Sistema de Crédito, na redação da publicação de 3 de maio 1976 (DOU 1, pág. 1.121); os §§ 5 e 6 da Lei dos Correios e Telégrafos; os §§ 10 e 11 da Lei Reguladora dos Sistemas de Comunicação à Distância.

2. Normas concernentes ao direito de negar informações ou testemunhos em decorrência de motivos pessoais ou profissionais em processos judiciais e administrativos. Por exemplo: os §§ 52 a 55 do Código de Processo Penal; os §§ 383 e 384 do Código de Processo Civil e os §§ 102 e 105 do Regulamento de Impostos ("Abgabenordnung").

3. Normas concernentes à obrigatoriedade, limitação ou proibição do armazenamento, transmissão ou publicação de informações individuais sobre pessoas, por exemplo: o § 161 do Código de Processo Penal; os §§ 20 e 22 da Lei de Incremento do Trabalho, 25 de junho de 1969 (DOU 1, pág. 582), com a última alteração da Lei de 16 de março de 1976 (DOU 1 pág. 581); o § 49 da Lei do Registro Central da Federação.

4. Normas concernentes à limitação à acessibilidade de registros para terceiros; por exemplo: o § 61, alíneas 2 e 3 da Lei do Estado das Pessoas; o § 36 da Lei sobre o Processo Administrativo da Ajuda para Vítimas, de 6 de maio 1976 (DOU 1, pág. 1169).

5. Normas concernentes ao acesso do funcionário público ou empregado às informações contidas em registros concernentes à sua pessoa; por exemplo: o § 90 do Estatuto Federal do Funcionário Público; o § 83 da Lei Estatutária das Empresas.

6. Normas concernentes à obrigação das autoridades de informar aos cidadãos, relativamente a dados pessoais armazenados. Por exemplo: o § 1325 da Lei de Seguros do Império; o § 104 da Lei de Seguros dos Empregados; o § 108 da Lei do Império sobre Aprendizés.

7. Normas concernentes à transmissão, retificação e eliminação de dados pessoais contidos em registros públicos; por exemplo: os §§ 19, 23, 27, alínea 2ª; §§ 31, 37 alínea 1; §§ 39 a 47 e 58 da Lei Federal do Registro Central; § 30 da Lei do Trânsito em vias Públicas; § 13 do Regulamento de Licenciamento do Trânsito nas Vias Públicas; o § 12 e a seção 2 do Regulamento de Registro Imobiliário.

8. Normas concernentes à assunção de obrigações no que diz respeito à manipulação de dados pessoais nas demonstrações de contas inclusive na contabilidade e registros similares; por exemplo: os §§ 38 a 40, 42 a 47 do Código Comercial (HGB); §§ 140 a 148 do Regulamento dos Impostos ("Abgabenordnung"); 8 da VOPR n.º 30/53 relativamente a preços nas contratações públicas, de 21 de novembro de 1953 (Diário Oficial Federal n.º 244 § 7) da Lei de Meios Federal.

A obrigatoriedade da manutenção do segredo profissional mencionada no § 203, alínea 1, do Código Penal, por exemplo: o segredo profissional do médico permanece inalterada.

§ 46 — Cláusula de Berlim

A presente Lei também terá vigência, segundo os parâmetros do § 13, alínea 1, da Terceira Lei de Transferência, de 4 de janeiro de 1952 (DOU 1, pág. 1), no Estado de Berlim. Regulamentos serão expedidos com fundamento nesta Lei. Terão vigência no Estado de Berlim de acordo com o § 14 da Terceira Lei de Transferência.

§ 47 — Entrada em Vigor (Vigência)

A presente Lei entra em vigor em 1º de janeiro de 1978. Separadamente entrarão em vigor:

1. o § 12, alínea 3, § 13, alínea 4, 16 e 19 alínea 4, frase 8, no dia seguinte ao da publicação desta Lei;

2. os §§ 17, 18, 28 e 38 em 1º de julho de 1977.

3. o § 6 e o anexo ao § 6, alínea 1, frase 1, em 1º de janeiro de 1979.

O Governo Federal outorgou à Lei precedente a necessária aprovação, segundo o estatuído no artigo 113 da Constituição Federal.

A Lei precedente, conseqüentemente, é ora proclamada e publicada no Diário Oficial da União.

Bonn, 27 de janeiro de 1977.

Presidente Federal
Scheel

Chanceler Federal
Schmidt

Ministro Federal do Interior
Maihofer

Ministro Federal das Finanças
Hans Apel

(1) Anexo ao § 6 (1)

Quando tais dados pessoais são manipulados automaticamente, deverão ser tomadas, para a execução das normas desta Lei, medidas apropriadas que se afeiçoem à espécie de dados a proteger. A saber:

1. Proibir às pessoas não autorizadas o acesso a instalações de manipulação de dados pessoais (controle de acesso);

2. Impedir que pessoas que manipulam dados pessoais retirem coletores de tais dados sem a devida autorização (controle de retirada);

3. Impedir a inserção não autorizada de dados no armazenamento, bem como a aquisição não autorizada de conhecimentos sobre tais dados pessoais armazenados e, ainda, a sua alteração e eliminação (controle de armazenamento);

4. Impedir a utilização, por pessoas não autorizadas, dos sistemas de manipulação de dados através dos quais podem ser transmitidos ou para os quais podem ser transmitidos dados pessoais por meio de mecanismos automáticos (controle de usuários);

5. Garantir, através de mecanismos automáticos, que as pessoas autorizadas a utilizar um sistema de manipulação de dados possam exclusivamente lançar mão e manipular aqueles dados pessoais para os quais possuem autorização de manipulação (controle de acesso e manipulação);

6. Garantir que é possível verificar e constatar para quais centrais ou locais é possível transmitir dados pessoais por meio de instalações e mecanismos automáticos (controle de transmissão);

7. Garantir que é possível examinar e constatar "a posteriori" quais dados pessoais, em que momento, e por quem foram inseridos em um sistema de manipulação de dados (controle de inserção);

8. Garantir que dados pessoais manipulados por ordem e conta de terceiros podem apenas ser manipulados de acordo com as instruções do mandante (controle de mandato);

9. Garantir que por ocasião da transmissão de dados pessoais, bem como por ocasião do transporte dos respectivos coletores e arquivadores, estes últimos não podem ser lidos, alterados ou apagados sem a devida autorização (controle de transporte);

10. Organizar o organograma interno da autoridade ou da empresa de tal forma que ele corresponda satisfatoriamente às exigências especiais da proteção de dados (controle de organização).

RESPONSABILIDADE E CONTROLE NUMA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

ULRICH SCHEUNER
Professor de Direito Público na Universidade de
Bonn, República Federal da Alemanha.

Responsabilidade e Controle em História e Teoria Política

Responsabilidade e controle são ingredientes fundamentais de qualquer constituição democrática. Eles contrabalançam qualquer mandato dado em um estado democrático para agir em favor do povo como um todo e para determinar o crescimento dos cidadãos. Eles garantem que, como o tamanho de um estado moderno requer o estabelecimento de instituições permanentes de forma que a democracia é realizada somente de modo indireto através de representantes, o consenso dos cidadãos no qual repousa a estrutura democrática, influencia os integrantes de um sistema de modo que eles são considerados responsáveis frente às pessoas que têm seus mandatos à disposição. Por esta razão as duas noções são uma parte integrante de uma democracia representativa. Pois, como Eichenberger corretamente destaca, a responsabilidade sempre envolve dois pólos: aquele que é responsável e aquele ao qual a responsabilidade é devida.

Se tentarmos uma definição mais precisa de democracia do que frases tais como "governo do povo" ou "a derivação de todo o poder do povo" contém, podemos dizer que democracia é uma comunidade na qual todo o exercício institucional de poder tem sua legitimação derivada do consentimento do povo como um todo, a cujos cidadãos é dado um direito igual de participar em atividades políticas. Por isso qualquer uso de autoridade pública é baseado exclusivamente no mandato direto ou indireto do povo, podendo ser exercido contanto que seja feito com suficiente responsabilidade e na garantia que o mandato seja limitado tanto no tempo como em conteúdo. Não podemos definir responsabilidade se meramente considerarmos uma democracia direta e usarmos isto como nosso modelo. De comum acordo, a idéia de "uma identidade daqueles que governam com aqueles que são governados" — uma idéia que contém um elemento fortemente romântico tem atualmente encontrado nova base em um pensamento anti-autoridade almejando abolir todo o poder assim como todo o exercício do poder; mas tal pensamento logo entra em terreno utópico. Uma moderna comunidade não pode ser mantida como uma unidade eficiente sem o estabelecimento de instituições e repartições. A idéia de um governo direto do povo sem quaisquer instituições, órgãos e repartições — um ideal que ocorre frequentemente em teoria política alemã e que então serve como paradigma pelo qual formas representativas são julgadas — falha em levar em conta a natureza da realidade pressupondo em

Tradução de "Responsability and Control in a Democratic Constitution", autorizada pelo autor e casa editora, por Henriqueta K. von Wackerritt.

vez disto uma unidade fictícia do povo e, portanto, excluindo qualquer liberdade de opinião. Há o perigo adicional que esta unidade seja usada meramente com propósitos de aplauso e, desta forma, promover autoritarismo. Somente uma democracia representativa permite uma restrição genuína do exercício de poder político, a estruturação de competência como um meio a este fim, assim como genuína responsabilidade por parte dos agentes.

Tentemos esclarecer os conceitos envolvidos. O conceito de responsabilidade é originário do pensamento jurídico. Ter de responder por ações erradas é um conceito básico legal e é de considerável significado na regulação legal da autoridade pública. Mesmo na Idade Média o responsável por uma repartição era considerado responsável pelo seu "term of office". Assim, o chefe de uma cidade italiana republicana, o "podestà", tinha de permanecer disponível na repartição por algum tempo depois do término de seu período, caso qualquer acusação contra ele fosse levantada. Também no Estado absoluto o oficial era pessoalmente responsável pela legitimidade de suas ações. Entretanto, a principal preocupação aqui ainda é a legalidade e a proteção do indivíduo contra a transgressão. A responsabilidade por ações políticas somente se desenvolve numa época posterior; a única categoria de origem anterior era a de alta traição.

Várias formas de responsabilidade devem ser distinguidas. Há, primeiramente, a autoridade interna que nós associamos com nossa consciência, pois há responsabilidade legal que pressupõe que um modelo fixo de dever foi violado e que essa violação seja seguida de conseqüências civis, penais ou disciplinares. Desta forma, da responsabilidade derivam as velhas formas de uma acusação visando punição legal por alguma ação política, assim como traição, desfalque ou ofensas similares. Foi somente no decurso do século XVIII que uma responsabilidade política própria, em sentido de direito público, começa a aparecer, a qual se dirige ao núcleo da decisão política e desenvolve novas formas. Certamente o legislador medieval era ligado por lei às fronteiras que ele tinha confirmado na sua cerimônia de coroação, assim como seu dever em promover o direito e preservar o bem-estar comum; mas não havia autoridade terrena para isto. A 1.ª de janeiro de 1649, Charles I da Inglaterra asseverava ante seus juízes: "Nenhum poder na terra pode simplesmente me acusar (eu que sou seu Rei) delinqüente". Portanto, na lei antiga era ao conselheiro "infel" que a responsabilidade era imposta; era ele quem, como Strafford e Land, era processado.

A mudança decisiva surgiu na teoria política, quando a idéia foi concebida de uma regra fundada no consentimento dos cidadãos, onde todos aqueles encarregados do governo, seja no executivo seja no parlamento, tinham somente poder delegado e limitado como confiança. Eles são, portanto, "todos responsáveis frente a algum Poder na Comunidade Britânica". Estas noções de Locke são ainda combinadas com o conceito mais velho de responsabilidade como punição. Estranhamente isto também se aplica ao parlamento. Mas agora o caminho está aberto. Pela última vez, em 1701, os Comuns foram contra um dos conselheiros do Rei perante a corte, Lord Somers, mas ao mesmo tempo solicitaram sua remoção, assim como de dois outros. Walpole foi o primeiro a parar de

processar oponentes fracassados. O primeiro caso óbvio de uma responsabilidade puramente política foi a queda de Lord North em 1782, que abdicou depois de uma ordem judicial ter sido aceita pela Casa de Comuns: que os negócios do Governo não deveriam mais permanecer nas mãos dos ministros atuais.

Ao mesmo tempo Alexander Hamilton colocou no *Federalist* a primeira distinção clara entre responsabilidade penal e constitucional.

De acordo com Locke, ele retira uma responsabilidade da confiança pública da instituição do executivo. Mas, em contraste com o ponto de vista mais antigo, que deseja a punição, ele advoga o afastamento do indivíduo como sanção adequada: "Responsabilidade de dois tipos: para censurar e para punir. O primeiro é o mais importante dos dois; especialmente em um sistema eletivo. O homem, no qual é depositada confiança pública, mais freqüentemente agir de tal forma a não ser mais merecedor de confiança do que de maneira a se tornar sujeito de punição legal.

Aqui encontramos, pela primeira vez, uma distinção clara entre a forma mais antiga da execução legal e a forma mais recente de responsabilidade política que se expressa afastando-se o indivíduo da instituição. Na Europa levou muito tempo — entrando no século XIX — para esta idéia vigorar.

Dois pontos devem ser colocados. Primeiro: a irresponsabilidade dos príncipes permaneceu intata mesmo no século XIX e foi declarada em todos os documentos constitucionais. As conseqüências são bastante óbvias: com a garantia da assinatura os ministros passaram a assumir não somente a responsabilidade, mas, no decurso do tempo, também o poder. A exclusão da responsabilidade marcou o caminho para o moderno monarca hereditário afastar-se de cogestão efetiva política, uma vez que a constituição democrática requer uma união de responsabilidade e poder legítimo.

Um problema mais acentuado que permanece é a opinião generalizada de que o povo, o soberano da democracia, não é suscetível de responsabilidade. A idéia democrática do Estado atribui um grau de racionalidade e correção ao povo que o coloca acima de qualquer exame. Não existe tal coisa como um chamamento contra a vontade do povo em um todo. O todo — para utilizar a expressão de Marsilius de Padua — é maior do que suas partes.

Esta imagem de supremacia de todo é então desenvolvida por Rousseau — cuja opinião otimista do homem ajuda a fundamentar isto em um princípio básico. A opinião popular é sempre dirigida àquilo que é certo e bom para a comunidade. Entretanto, até Rousseau teve de admitir que o povo pode ocasionalmente estar errado: ele pode ser enganado ou corrupto. Para a moderna teoria democrática é um princípio aceito que a decisão do povo é incontestável e que não vincula responsabilidade. O único controle concebível da iniciativa legislativa por outros órgãos seria aquele que seguiria restrições formuladas na Constituição. Os problemas tratados acima não podem ser estudados neste trabalho, pois levariam a uma discussão sobre questões fundamentais da teoria de formas de governo.

Na Inglaterra, após a Reforma de 1832, a posição logo dominante era que ministros sob a lei constitucional não eram responsáveis com o monarca, mas com o Parlamento. Esta foi a origem do sistema parlamentar que faz a sobrevivência do governo depender da existência da maioria dos comuns. Este regime foi rotulado como "governo responsável". A teoria política alemã por longo tempo aderiu à posição que a constituição somente pode ser salvaguardada se a responsabilidade dos ministros for do tipo penal ou financeiro; no sistema de monarquia limitada, onde o gabinete foi apontado pelo príncipe, era impossível desenvolver responsabilidade política plena. A única chance do Parlamento de articular sua desaprovação era em debates orçamentários ou políticos. Por esta razão constituições do Continente têm ainda mantido a obsoleta instituição que o Parlamento pode acionar o chefe de Estado e seus ministros. Todas as constituições francesas de 1875, 1946 e 1958 trazem normas no caso de o Presidente ser acusado de "haute trahison". As seções 91 e 96 da Constituição Italiana de 1947 prevêem uma acusação formal do Parlamento contra o Presidente da República, assim como contra os membros do governo. A Constituição Federal Austríaca ordena acusações contra o Presidente por violação da Constituição e contra os membros do governo Federal assim como os governadores do interior (Land governments) por violação da lei, depois da aprovação de uma resolução apropriada pelos parlamentares. Na Constituição da Alemanha Ocidental, o presidente tem sido grandemente privado de poder político, mas está sujeito à possibilidade de ser acusado por uma das duas casas, Bundestag e Bundesrat, por uma violação deliberada da Constituição e das leis — uma acusação que pareceria bastante insípida considerando-se a falta de poder político do Presidente. O Chanceler Federal é meramente sujeito à responsabilidade política. No todo, este tipo de acusação contra chefes de Estado ou ministros parece arcaico e poderia ser dispensado. Deixando de lado os EE. UU., onde em 1862 o Presidente Johnson quase foi deposto após ter sido acusado e quando, em 1974, Richard Nixon foi derrubado através de Impeachment, acusações feitas a ministros durante as controvérsias do Electoral Hessian, em meados do século XIX, tinham pouca importância. Acusações feitas a governantes já depostos, tais como aquelas na França ante a Haute Cour de Rome depois de 1940, e contra Pétain depois de 1945, foram ações muito mais simbólicas historicamente do que marcos milenares na evolução da lei.

Comparado ao conceito de responsabilidade, aquele conceito de controle (que, incidentalmente, os alemães tomaram emprestado do uso anglo-saxão) parece uma noção mais nova. No sentido relevante neste contexto, ele designa orientação indireta — não em pauta aqui — assim como supervisão constante. Ele expressa uma relação de influência crítica e corretiva. É intimamente relacionado ao conceito de fiscalização, mas faltam o elemento de superioridade e os meios de interferir que o acompanham. No nosso contexto em questão, "controle" significa a supervisão acompanhante exercitada pelo mandatário ou algum outro órgão constitucional apontado como propósito que pode utilizar vários meios apropriados à função dos órgãos e à situação. O termo "controle" deve ser visualizado em sentido amplo e flexível. Ele compreende os métodos de observação e influência por meios pelos quais o comportamento da pessoa responsável é esclarecido e influenciado por conselho ou alguma interferência ativa.

Para concluir nossas reflexões sobre teoria política, tentemos delinear um rápido sistema de responsabilidade do ponto de vista de sua função sob a lei constitucional. Pre-

cisamos iniciar claramente distinguindo entre as formas de responsabilidade sob lei geral, civil, penal e disciplinar. Se a última somente é relevante no campo da administração onde funcionários civis estão envolvidos, uma responsabilidade de parte dos órgãos constitucionais mais altos é geralmente inaplicável em lei civil, seja porque não há repercussões imediatas de ações políticas em indivíduos seja porque nenhum interesse individual é afetado. É improvável a suposição de Dagtoglou acerca da responsabilidade de violação de dever em função no Parlamento, encontrar aceitação. A responsabilidade da lei penal é hoje em dia claramente distinguida da responsabilidade sob lei constitucional. Uma acusação contra um ministro também não interessa à lei penal; em geral, sua sanção consiste simplesmente na remoção do serviço. Uma outra distinção necessária é aquela entre a responsabilidade legal de uma autoridade em liderança e sua responsabilidade política. Um exemplo do primeiro é uma acusação contra um ministro por violação da constituição ou da lei. Como discutido acima, esta forma mais antiga de controle exercitado pelo parlamento tem atualmente perdido grandemente seu significado. Uma outra forma de controle legal dos organismos mais altos é exercitada por uma Corte constitucional, de novo exclusivamente sob aspectos legais. Sob suas várias formas ela serve, por outro lado, no intercurso de forças federais, à proteção da forma federal de governo; ela salvaguarda a aplicação de autoridades políticas e por meio de um controle abstrato de normas à prioridade da Constituição, protege esta última na forma de direitos básicos até mesmo da interferência de parte do legislador por meio de um recurso dos indivíduos envolvidos.

Entretanto, nada disto representa um exercício da responsabilidade, mas antes uma concessão de proteção legal ao indivíduo ou a salvaguarda da ordem constitucional como um elemento da vida política. À parte de afirmar a ineficácia de uma norma ou uma ação que é inconstitucional, nenhuma outra consequência é apontada. Há uma grande diferença entre todos estes fenômenos e a noção de responsabilidade sob lei constitucional ou responsabilidade política. Não é relacionado com a lei mas com o bem-estar comum, que é salvaguardado pelo povo ou, para o seu bem, por um órgão constitucional, seu significado, objetivo, sua sanção são políticos.

O fenômeno da responsabilidade política pode ser caracterizado como segue.

a — A responsabilidade requer que a estrutura constitucional tenha dois pólos, isto é, que haja uma separação de poderes. Não há responsabilidade genuína no autoritarismo ou nos regimes totalitários, e é por esta razão que sob estes regimes qualquer crítica política tem de se ater a tais medidas como um "coup d'état" ou uma revolução para conseguir uma mudança de administração.

b — Se alguém é para ser responsabilizado, ele deve possuir um poder independente de decisão. Onde houver subordinação e obediência, a única forma de responsabilidade é aquela da pessoa que emite ordens, enquanto que o subordinado deve meramente obedecer. Uma ação política somente pode ser assumida se ela for realizada sob ordem daquela pessoa; se foi por livre decisão que o fez agir da forma como o fez. Portanto, não é certo se Bagehot, na velha teoria política inglesa, denominou o gabinete (cabinet) como

um mero comitê parlamentar, nem eu concordaria com aqueles que acreditam que em nossa época o parlamento tenha supremacia sobre a liderança executiva institucionalizada no gabinete (cabinet).

c — Do que foi exposto segue que, em princípio, responsabilidade e controle pressupõem imparcialidade. Não há procedimento de responsabilidade sem a autoridade de controle haver preservado a imparcialidade do agente controlado. Mas, mudanças significativas estão ocorrendo atualmente no relacionamento entre governo e parlamento, mudanças que estabelecem um "controle através da cooperação, através de ação combinada", assim provavelmente fazendo com que a responsabilidade fique difícil em um estágio posterior, senão impossível. Deveremos voltar a este assunto mais tarde.

d — Na responsabilidade, deveres são declarados que, em sentido mais amplo, podem ser chamados deveres legais. Entretanto, o modelo aplicado não é aquele de uma violação da lei, mas aquele de uma eficiente salvaguarda do bem-estar comum; de qualquer modo, um elemento que não presta por si mesmo a tratamento legal. Por esta razão, a Corte Constitucional, que é restrita à esfera legal, não pode substituir controle político, mas meramente aliviá-lo onde falhas políticas e ofensas legais coincidirem. Além disso, é possível que ofensas também representem consideráveis erros políticos.

e — A sanção de responsabilidade política claramente difere de qualquer consequência legal. Nem sempre precisa consistir em determinadas consequências, tais como afastamento do serviço; esta é simplesmente a arma final e mais pesada no armamento do controle. Discussão pública da ação política faz com que os erros políticos sejam revelados, requerimento no parlamento mesmo que eles não representam nada a não ser uma atitude demonstrativa podem ser bastante suficientes.

f — Responsabilidade política certamente requer publicidade — o elemento vital de qualquer constituição democrática. Em muitos casos a mera revelação de erros políticos representará uma sanção considerável.

g — Depende da lei constitucional se a responsabilidade é de natureza individual ou coletiva. A Common Law britânica desenvolveu uma regra restritiva da responsabilidade coletiva do gabinete. Isto somente foi interrompido em casos excepcionais, como em 1935, quando um ministro, Sir Samuel Hoare (mais tarde Lord Templewood), levou a si a responsabilidade pela intermediação entre Etiópia e Itália, que tinha na verdade sido aprovada pelo gabinete, ou quando um erro pessoal concernia somente ao indivíduo, como no caso Profumo em 1963.

A responsabilidade coletiva do gabinete, que tem sido ensinada e pedida na Inglaterra desde 1860, é paralela à tendência de fortalecer a posição do Primeiro Ministro e mudar o gabinete de um grupo de políticos em um corpo líder, escolhido por um grupo que está sujeito a uma disciplina rígida. Sua consequência principal tem sido de anular discussões abertas de diferenças de opinião no gabinete e de fortalecer a posição do Primeiro Ministro. Também facilita ao governo para superar erros políticos individuais. Em nenhum país

continental tem a responsabilidade coletiva do gabinete alcançado alguma vez as mesmas proporções. É naturalmente mais fraco em governo de coalizão.

Certamente a responsabilidade política é mais manifesta onde, como em um sistema parlamentar, é possível para o parlamento derrubar o governo por meio de um voto de não confiança. Onde não existir esta possibilidade, como no regime presidencial dos EE. UU., outros meios de crítica — a rejeição de projetos de lei apresentados pela administração, inquéritos em questões embaraçosas, cortes orçamentais ou simplesmente debates políticos — são usados para exercitar responsabilidade política. Mas, ao contrário do regime parlamentar, eles são incapazes de abolir o dualismo entre o executivo e o legislativo, e sua influência, enfim, deriva do fato que o Presidente é eleito por plebiscito. Entretanto, a comparação mostra que não há sistema severo e rápido das formas de responsabilidade em estados democráticos, mas cada Constituição deve achar sua solução própria para o problema.

Mudanças e Problemas na esfera da Responsabilidade entre o Governo e Parlamento.

Vejamos uma maneira na qual responsabilidade é refletida na Constituição da República Federal da Alemanha, a "Basic Law". Em seu conteúdo global, suas soluções são tradicionais em espírito. Os pais (os autores) da Basic Law não previram aquele moderno desenvolvimento que tão decisivamente modificou o trabalho dos governos e mudou suas relações com seus respectivos parlamentos. Seus pontos de vista eram principalmente derivados de experiências feitas durante a República Weimar, e a Constituição daquele período nunca teve sucesso em estabelecer um sistema parlamentar que realmente correspondesse à realidade política. Se for correto que aquelas responsabilidades militantes devam ter à sua disposição autoridade política maior, é primordialmente o povo ou o órgão que o representa, isto é, o parlamento, que são qualificados como recebedores de contas.

Apesar de a responsabilidade elementar de todos os órgãos constitucionais para o povo ser sem dúvida um ingrediente essencial em qualquer democracia, isto não encontrou expressão muito forte nas instituições providas pela Basic Law. Devido à natureza estritamente representativa do sistema de governo delineado pela Basic Law, o único meio formalmente dado ao povo para exercitar seu julgamento político é a eleição. Entretanto, em todas as democracias, a eleição geral aparece como a expressão principal da vontade popular. A pergunta, se uma extensão de decisão direta por parte do eleitorado com relação a certas questões ou, se uma iniciativa de parte do povo ou um plebiscito representa uma forma de controle sobre o parlamento, pode somente ser formulada com certa reserva. Legislação através do povo não é parte de uma constituição estruturada, mas, antes um elemento de regra direta não estruturada do povo, e deve ser rejeitada.

A decisão intermitente do povo não pode representar um controle sobre trabalho parlamentar, mas meramente uma decisão política alternativa.

Onde órgãos institucionais não são apontados diretamente pelo povo, o Parlamento exercita a responsabilidade para o povo, isto é, a responsabilidade está incluída no esque-

ma representativo. Entretanto, devido ao controle institucionalmente organizado (seção 67, 68 da Basic Law), o Governo ocupa uma posição especial em relação ao Parlamento. O Presidente Federal perdeu em importância política, seja porque seus ministros estejam assumindo sua responsabilidade política (seção 5B da Lei Básica), seja porque o procedimento violento de fazer uma acusação contra ele (seção 61 da Lei Básica) é absolutamente desnecessário. A responsabilidade do Parlamento para o povo está refletida não somente no fato de seus membros serem eleitos pelo povo, mas, também, em que o Parlamento é dependente em uma conexão legitimada com o povo e a opinião pública. Apesar de um membro individual do Parlamento, devido a seu livre mandato, ser destituído de qualquer influência legal fundada por seus eleitores, os partidos políticos exercem um novo tipo de controle indireto e isto tanto mais fortemente quanto mais de perto eles seguem a ordem de democracia interna estabelecida na seção 21, Parágrafo primeiro, Sentença 3 da Basic Law, assim como na Party Law de julho 24, 1967, portanto, correndo o risco de se tornar dependente nas resoluções tomadas em conferências de partido.

Além disso, se tomarmos o conceito mais flexível de controle, a imprensa, a "mass media" e o público estão constantemente engajados em criticar o Parlamento.

Tomando este conceito de controle mais flexível, acharemos numerosas indicações de um sistema mais finamente diferenciado. Ele não coincide com aquele da separação de poderes, mesmo se não visualizarmos o último em sua moderna forma como uma rígida separação de funções mas como uma interação e confronto de forças políticas que vieram a ser independentes. Eu acho que significaria estender de mais a noção de controle se a incluíssemos sob a estrutura federalista. Em contraste ao tipo usual de uma segunda câmara eleita (senado), que em muitos casos era incumbida pela Constituição da tarefa de examinar e criticar o legislativo feito pela 1ª Câmara, na Alemanha, é incumbência da Upper House de assumir outros poderes, a saber, as tendências políticas independentes dos estados membros.

De acordo com a definição restrita da competência do Conselho Federal nas seções 50 e 53, sentença 3 da Lei Básica, este conselho não está autorizado a pedir prestação de contas do Governo Federal. Entretanto, é certamente correto ver a influência que o governo tem no Parlamento como parte do sistema de controle incorporado à Basic Law. Entre eles está a iniciativa legislativa que continuou a crescer em importância com a legislação crescendo em quantidade e tecnicismo, e que, com o acréscimo de associações e discussões públicas, adiciona elementos posteriores — na forma de controle e cooperação — para um contexto estruturado. Finalmente, deve-se certamente mencionar a seção 113 da Basic Law em sua forma mais antiga, e, em particular, na sua forma presente. Aqui o direito parlamentar do Governo Federal de apropriação de despesa fica em oposição aos poderes do Parlamento em prolongar a despesa. Esta competência restritiva do governo reflete um desenvolvimento que tem há muito tempo levado a uma troca na lei orçamentária da distribuição anterior de peso, e transferiu a tarefa de observação da economia do Parlamento — que tem, de fato, cessado de realizá-lo — ao Ministro das Finanças ou ao gabinete,

respectivamente. Aqui verificamos assentada na constituição uma forma de controle não exercida na forma de exame retrospectivo, mas de cooperação adequada.

Novamente, a Corte constitucional não deve ser vista como parte de um esquema de controle político. Apesar de seu controle legal poder ser uma função esclarecedora e solucionar conflitos entre os órgãos mais altos, não tem objetivo político nem exerce responsabilidades; seu propósito é apaziguar disputas e salvaguardar a Constituição.

Se agora nos dirigirmos ao centro do controle político, a saber, a relação entre governo e parlamento, enfrentamos mudanças óbvias que resultaram de mudanças no cenário social assim como nas funções dos órgãos mais altos.

Como todas as instituições democráticas, a Basic Law assinala duas funções principais ao Parlamento: legislar e exercer controle sobre o Executivo. Em face das mudanças que têm ocorrido, pergunta-se se a segunda destas funções em particular pode ainda ser eficientemente realizada. Não tem o poder do executivo aumentado tanto que um controle efetivo, através dos representantes do povo, tem se tornado mais ou menos impossível? São os métodos tradicionais de controle do Parlamento ainda adequados hoje?

Examinando estas questões, todos concordarão que em nossa moderna forma de governo parlamentar não se trata realmente da questão do Governo como um todo confrontando o Parlamento como um todo. De acordo com a estrutura basicamente monística deste regime, o Governo e o partido majoritário (ou a coalizão do governo) são ligados, enquanto que o contraste verdadeiro é aquele entre o governo e a oposição. Entretanto, isto não é de todo verdadeiro; pois há, também, uma diferença básica, e algumas vezes mesmo um contraste, entre o governo e o partido majoritário do qual ele depende, de forma que mesmo neste relacionamento o Parlamento retém alguma independência. E é somente neste sentido que falarei no que segue, a bem da simplicidade, do contraste entre governo e parlamento.

Enquanto que anteriormente as atividades governamentais eram mantidas sob controle de um Parlamento executando exames detalhados de vários procedimentos e supervisionando o orçamento — uma situação ainda presumida sem crítica pelos autores da Basic Law — hoje as coisas têm mudado consideravelmente devido ao desenvolvimento social e político. Estas mudanças podem ser ilustradas de vários pontos de vista.

a) O moderno estado social, com suas extensivas medidas de precaução e controle, requer uma avalanche de legislação. Isto leva uma boa parcela do tempo e energia do Parlamento, o que, por outro lado, significa que sua função de controle é obrigada a retroceder aos antecedentes. Além disso, devido ao seu conhecimento real e à riqueza de meios à sua disposição, a influência do governo na legislação que eles preparam e a qual eles também levam avante em discussões preliminares com forças sociais e grupos aumenta. O Parlamento pode contrariar isto somente através de uma legislação extensiva a decisões econômicas e sociais fundamentais que, por razões ligadas ao estado constitucional deve, como regra, ter a forma da lei. Portanto, a inclinação da legislação de seguir

situações em mudança não é uma indicação do declínio da legislação parlamentar, mas uma expressão da legislação política modificada de maior controle.

b) É hoje impossível para a representação do povo (Parlamento) controlar efetivamente as imensas e altamente especializadas atividades governamentais e administrativas. Portanto, o controle que é exercido deve, freqüentemente, parecer fragmentário e acidental. Nesta situação, um parlamento como aquele da Grã-Bretanha tem a vantagem do debate político ao custo de questões detalhadas. Seu objetivo não é investigação específica, mas um debate do fundamento da política. Em contraste, o sistema germânico tende a ser mais detalhado, particularmente através de comitês especiais, mas ele também perde em perfil político. É impossível realizar os dois objetivos imediatamente, a saber: discussão especializada e debates em questões políticas fundamentais.

c) Em relação ao orçamento têm ocorrido grandes mudanças. As teorias mais velhas têm reconhecido uma cooperação entre Governo e Parlamento neste campo. Outros, talvez, tentem transformar apropriação inteiramente em matéria de legislação. De fato, os parlamentos têm restringido consideravelmente sua influência — sempre de olho em seu eleitorado — desde que se dedicaram a apropriar e a subsidiar generosamente demais. Hoje é tarefa do Ministro das Finanças reforçar a economia e o equilíbrio do orçamento, mesmo contra os desejos de seus colegas de Gabinete; nisto ele ganha apoio do Committee of Supply que, portanto, adquire uma função específica parcial. Estes procedimentos ainda não foram incorporados à Constituição. A parcela do executivo é reforçada pela introdução de um orçamento de longo prazo planejado na Seção 110 da Basic Law em sua versão de 1969, assim como pela Law for the Promotion of Stability and Growth, sancionada em 8 de junho de 1967 e ordenando ao Governo de assumir um controle global sobre a vida econômica. A parcela do Parlamento no orçamento pode somente ser preservada e guardada por meio de novas formas de cooperação durante o estágio preparatório de decisões orçamentais.

d) O mesmo é verdadeiro no aumento crescente de trabalho de planejamento em geral, que novamente tende para o lado do executivo — seja no campo das técnicas de trabalho, a coleta e processamento de dados ou arrumando programas; o último, por sua própria natureza, resiste a qualquer tentativa de uma formulação normativa. A expansão deste tipo de trabalho ameaçará, portanto, inevitavelmente, a atribuição do Parlamento em fazer decisões a não ser que se encontrem novas formas de participação para substituir exames *post festum* que são destinados a serem inexpressivos em caso de planejamento.

e) Posso somente aludir brevemente à mudança de tomada de decisões a nível de burocracias supranacionais. Aqui o controle parlamentar é possível, mas não fácil de ser exercido devido a problemas técnicos e de tempo.

f) Finalmente, o controle parlamentar de hoje sofre por causa da falha — universal — de debates parlamentares para atrair o interesse do público. Desde que a imprensa popular e a "mass media" têm dado prioridade a reportagens sensacionais, histórias de sexo

e crime e artigos constatando as demandas dos grupos de pressão, o leitor (ou ouvinte ou assistente) perdem o contato com o que acontece no Parlamento. Apesar de o mesmo ser verdadeiro em relação às atividades do governo, ele sem dúvida tem a seu alcance meios mais amplos de chamar a atenção das pessoas. Opiniões críticas verbalizadas no Parlamento permanecem algumas vezes desconhecidas.

Esta situação foi amplamente reconhecida hoje, e não tem havido falta de sugestões quanto ao que poderia ter sido feito a respeito. Por um motivo os métodos de trabalho do Parlamento poderiam ser melhorados — uma possibilidade que tem sido objeto de discussão bastante recente, e que, de fato, levou a uma série de melhorias. Todavia são concebíveis aperfeiçoamentos bem mais essenciais que tendem a ser menosprezados por advogados constitucionais. Há o reavivamento de discussão plenária fazendo uso integral da questão tempo, a combinação de debates de matérias relacionadas no mesmo encontro, a organização de interrogatórios públicos de documentos importantes por comitês, e possibilidade de determinar comissões de inquérito. Se, por outro lado, o aumento freqüentemente solicitado de publicidade para comitês parlamentares realmente reforçaria sua influência sobre o público, ou se, ao contrário, isto não refreasse o que de outra forma seria uma troca viva de idéias, é ainda uma questão em aberto.

Uma outra maneira pela qual uma melhoria poderia ser efetuada, para fortalecer o trabalho no Parlamento, é, acima de tudo, provê-lo com mais pessoas capazes de assistir seus comitês, assim como seus representantes, e alargar seu "staff" capaz de angariar informação significativa. Tudo isto é corretamente encarado como sendo de grande importância, apesar de que mesmo uma melhoria marcada ao longo destas linhas não supriria para a supremacia que o Executivo tem sobre o Legislativo concernente à informação e conhecimento fático.

Além disso, deve-se perguntar sobre a tarefa e significado do controle parlamentar. Evidentemente ele não pode consistir em um exame detalhado do trabalho feito pelo governo e pela administração — um fato que poderia levar a concluir que o método britânico de dispensa com discussões sobre matérias detalhadas e debates restritos a questões de consequência política devem ter preferência. No caso da República Federal, entretanto, isto significaria a inversão do desenvolvimento que começou sob os imperadores germânicos nos fins do século XIX, a saber, a tendência do Parlamento fazer a maior parte de seu trabalho em comitês. Desta forma ele ganhou uma participação mais forte na legislação, assim como em controle efetivo — vantagens de que se relutaria em desistir novamente. Eu, portanto, acredito que, no que concerne à República Federal, a sugestão de Hans Maier, de que um objetivo duplo, uma forma mista deveria ser defendida, é correta.

Finalmente, tem sido enfatizado em publicações recentes que uma forma importante de controle parlamentar tem realmente evoluído e que extrapola a esfera da supervisão "repressiva" *post festum* e que tem por objetivo "controle através da cooperação preventiva" — uma noção primeiramente definida por Baumlin. No Direito Alemão, tais proce-

dimentos podem ser observados na participação de comitês permanentes — tais como o Foreign Affairs Committee e o Defence Committee — no preparo de decisões fundamentais antes destas serem na verdade tomadas pelo executivo. Outra forma de controle parlamentar está contida na participação na execução de medidas orçamentárias através de reservas feitas com respeito a despesas em favor da aprovação parlamentar. Apesar destes desenvolvimentos serem eles mesmos não de todo destituídos de problemas — bastante à parte dos limites de admissibilidade constitucional — eles dão controle (no sentido de acompanhar a supervisão de influência), mas também obscurecem a questão da responsabilidade porque o receptor da responsabilidade é também um participante. Este tipo de participação na preparação de decisões representará, sem dúvida, um importante meio de diminuir a influência do parlamento em planejamento financeiro multianual e procedimento de planejamento em geral.

Eu posso aqui delinear os problemas envolvidos. Podemos de certa forma dizer que no campo da responsabilidade e controle, assim como em muitas outras esferas do Direito Constitucional, a situação está constantemente mudando e assimilando novas condições e solicitações. É, portanto, de grande importância que especialistas em Direito Constitucional não limitem sua atenção à interpretação de normas constitucionais, mas que, também, considerem o desenvolvimento efetivo destas normas no decurso de sua aplicação.

DIREITO, LÓGICA E EXPECTATIVA

A.G. PRYS WILLIAMS
Professor no Merton College, Oxford, Inglaterra

Regras de prova em Direito e Lógica

1. Este trabalho é um ensaio na aplicação de Lógica Matemática ao Direito a fim de isolar certos modelos (padrões) nesse sentido e tentar relacioná-los aos métodos encontrados na Ciência e no Seguro. A necessidade de precisão levou o autor a seguir de perto um sistema em particular, e o Direito mencionado aqui é, portanto, o "Common Law" da Inglaterra. Espera-se, entretanto, que a análise não seja tão influenciada pelas peculiaridades daquele sistema a ponto de ser inútil para aqueles que trabalham em outros campos.

Lógica matemática é o uso de símbolos para descrever os modelos (padrões) em rigorosos métodos de argumentação. Destes símbolos, letras maiúsculas (A, B, C...) valem para frases atômicas. Uma sentença é atômica se seu status deva ser estabelecido; se for, será toda ela. Por exemplo, "o réu é responsável por negligência" e "o réu é responsável por transtorno". São frases atômicas de um ponto de vista legal, mas "o réu é responsável por estorvo e por negligência" não é atômica, porque é formada de duas colocações que podem permanecer, ou cair, independentemente. O logicista freqüentemente não tem interesse em como a condição de uma dada colocação atômica foi determinada; tal como o advogado, ele não quer ficar atrás da decisão do júri. Ele somente dá atenção quando duas sentenças atômicas são de tal forma ligadas que a decisão de um lado de alguma forma força a decisão no outro.

A segunda classe de símbolos são os conectivos lógicos (&, v, →, —). O conectivo — é aplicado a sentenças atômicas isoladas e é lido "não"; portanto — A é lido como "não A". Os outros combinam duas frases; A & B é lido como "A e B", A v B como "A ou B", e A → B como "A implica B". Podemos, então, usar conectivos em sentenças compostas deste tipo, de modo que A v B v C significa 'A ou B ou C' e — (A v B) é lido como não A-ou-B; o uso de parênteses previne ambigüidade; a linguagem normal tropeça sobre coisas tais como — (A v — B) & C. Usaremos os símbolos X e Y para mostrar tais sentenças compostas.

Finalmente, nós temos o símbolo |—. Este é o sinal de condição preferida: dependendo do tipo de argumento que nos interessa, podemos ler |— A como "Eu tenho uma prova matemática de "A" ou "A é verdadeiro" ou "A é verdadeiro em um equilíbrio de probabilidade" ou mesmo "a Corte de Apelação afirmou que A". A essência de uma teoria lógica é o conjunto de regras expressando o relacionamento da condição de uma

Tradução de "Law, Logic and Expectation", com autorização do autor e da editora, por Henriqueta K. von Wackerritt

frase composta com aquela de seus componentes atômicos. Uma destas regras, que é mantida em toda a teoria conhecida, é aquela de Modus Ponens; ela reza que se $\vdash A$ e $\vdash A \rightarrow B$, então $\vdash B$.

Outras regras aparecem somente em estrita classe de teorias; como um exemplo, tomaremos a antiga regra de Tertium Non Datur, que diz que para cada X , $\vdash X \vee \neg X$. Isto como proposto por Aristóteles para um sistema no qual $\vdash X$ significa que "X é verdadeiro", e neste contexto significa que, sub specie aeternitatis, cada colocação sem exceção deve ser ou verdadeira ou falsa. Entretanto, se $\vdash X$ for lido como "a Corte de Apelação manteve que X" então $\vdash X \vee \neg X$ lê, a Corte de Apelação manteve que X ou que não X, isto é, que "a Corte de Apelação decidiu o ponto X de um modo ou de outro", o que certamente não acontece para todas as afirmações que as Cortes têm de considerar.

O objetivo do presente exercício é apresentar os padrões no sistema de Direito "Judge-Made", e mostrar que eles são formalmente idênticos à teoria formal conhecida como Lógica Intuitiva; os resultados depreendidos pelo autor do estudo desta última teoria serão então usados para esclarecer o relacionamento entre o conceito legal de "previsibilidade" e prognóstico estatístico e científico. Lógica Intuitiva foi desenvolvida por Brouwer, e formalizada e explicada, em termos bastante matemáticos, por Heyting; há bibliografia imensa em Kleene e em Kleene/Vesley.

2. Pretende-se que Lógica Intuitiva seja adequada para todos os tipos de argumentos matemáticos, e em cada afirmação matemática intelegível pode aparecer como uma sentença (composta) na forma mais geral da teoria. O símbolo \vdash é ligado àquelas afirmações que podemos provar, e, desde que seja útil ter por onde iniciar a construção de uma prova, para um pequeno número de axiomas que são sempre tidos como aceitáveis.

Uma decisão judicial pode envolver uma grande (ampla) variedade de tipos de afirmações. Eles podem variar de regras de Direito estabelecidas por argumento de estatuto ou de exemplos a questões de fato estabelecidas em um equilíbrio de probabilidade ou questionando um júri. Um argumento lógico completo pode somente ser detectado ao nível em que interage; a estrutura de regras de Direito ligadas ao juiz não constitui por elas mesmas um sistema adequado. As sentenças atômicas de nosso sistema, portanto, serão todas aquelas afirmações atômicas que podem ocorrer no decurso de um julgamento.

O símbolo \vdash denotará precisamente aquelas sentenças que são positivamente declaradas no decorrer do julgamento em questão; é enfatizado que estas não são somente o conjunto de precedentes que estão vinculadas ao juiz quando a causa inicia. Na prática, contudo, são estas sentenças nas quais estamos interessados. Resumidamente, $\vdash X$ pode ser lido 'presumido, que X'.

3. A afirmação intuitiva $\vdash \neg X$ possui uma forte definição; ela diz que podemos demonstrar que X possivelmente nunca possa ser provado. Formalmente, uma prova de $\neg X$ é uma prova que, de qualquer prova de X, nós podemos derivar uma prova de fraude;

usualmente, em matemática, a frase " $2=1$ ". Isto pode ser feito ou contradizendo X diretamente ou dando uma descrição geral do que uma prova de X, se ela existiu, deva parecer e de que qualquer prova assim deve usar uma sentença que nós possamos contradizer. $\vdash \neg X$ deve ser distinguido de $\neg \vdash X$, que simplesmente diz que não temos agora uma prova de X.

Resultados estritamente negativos, da forma $\vdash \neg X$ mais do que $\neg \vdash X$, são raramente solicitados em Direito. Eles são, em geral, somente desejados por acusados contra os quais um processo "prima facie" tenha sido instaurado. Em *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*, o marido da demandante foi morto quando um pneu estourou em um veículo pertencente aos acusados; aplicando a regra da *Res Ipsa Loquitur*, foi dito que "Eu acho que os acusados devem provar, ou a evidência em um todo deve mostrar que o estouro ocorreu sem nenhuma negligência por parte deles". A natureza da prova solicitada pela Corte para esta negativa foi levada em frente muito claramente por Asquith L.J.; ele forneceu duas alternativas:

a) "que a explosão propriamente dita foi devida a uma causa específica que não demonstra negligência por parte deles", isto é, por contradição direta, e

b) "se eles não forem aptos a darem causa tão específica, tal como que eles tiveram todo o cuidado no uso de seus pneus"; que parece estar de acordo com a natureza de qualquer prova positiva de negligência; se ela existiu, deve ser afirmado que em algum aspecto os acusados falharam em usar tal cuidado. Conseqüentemente, negação em Lógica Judicial parece ter o mesmo feito que sua análoga em Lógica Intuitiva.

4. A forma mais idiossincrática de frase em Lógica Intuitiva é a sentença da forma $\neg \vdash X$. Nós declaramos $\neg \vdash X$ quando podemos provar que nunca podemos excluir X; mas isto não significa que podemos provar X propriamente dito. No sistema Aristoteliano, a regra Tertium Non Datur diz que $\neg X$ e X são afirmações equivalentes; é uma das propriedades mais características do Sistema Intuitivo que, apesar de $\vdash X$, nós podemos deduzir $\neg \vdash X$, a regra que $\neg \vdash X \rightarrow X$ (isto é, que de $\neg \vdash X$ nós podemos deduzir $\vdash X$) deve ser especialmente justificada antes de ser utilizada em um caso determinado e pode muito bem não ocorrer.

A leitura legal de $\neg \vdash X$ é que "diz-se que X não pode ser refutado". Torna-se imediatamente claro que a Tertium Non Datur não ocorre geralmente; pois um querelante, tentando se apoiar em $\neg \vdash X$ para provar X, seria normalmente informado "que isto não é suficiente; é para você provar o caso". A opinião de que um caso "prima facie" foi provado é de fato equivalente à permissão de aplicar a regra Tertium Non Datur ao caso em questão.

Esta presença da Tertium Non Datur como uma regra não trivial, cuja aplicabilidade deva ser sempre provada, explica porque nenhuma aplicação direta da Lógica Escolástica ao Direito esteja apta a ter sucesso.

5. Intuitivamente, nós afirmamos $\vdash X \rightarrow Y$ sempre que podemos mostrar que podemos tornar qualquer prova de X em uma prova de Y. Isto pode ser feito por limite, quando queremos demonstrar Y enquanto estivermos autorizados a assumir X; ou, por analogia, quando sabemos que qualquer prova de X servirá, talvez modificada de alguma forma que já poderemos especificar, como prova para X (por exemplo, quando sabemos que qualquer prova de X deve assumir Y em determinada etapa). Esta concepção tem sido usada em definir negativas, que é o caso especial em que X é algum f falso; afirmamos $\vdash \neg X$ precisamente quando $\vdash X \rightarrow f$.

A formulação legal é direta. Implicação por limite é somente o uso lingüístico normal, e o argumento por analogia levaria esta forma: "se você mantiver que X, então você deve fazer assim permitindo somente tal argumento como eu estou desenvolvendo para justificar Y".

6. Tanto em Direito como em Lógica, $\vdash X \& X$ se e somente se $\vdash X$ e simultaneamente $\vdash Y$. É difícil verificar o que mais os termos poderiam significar.

7. Lógica Aristotélica e a Lógica Intuitiva divergem novamente sobre o significado do termo "ou". O 1º considera que $X \vee Y$ é sempre equivalente a $\neg(X \& \neg Y)$; o 2º diz que $\vdash X \vee Y$ se e somente se $\vdash X$ ou $\vdash Y$ em ambos. Estas definições diferem; para o 1º, $\vdash A \vee \neg A$ é simplesmente um modo de afirmar a Tertium Non Datur, e assim manter sempre; para o 2º, significa que A foi ou confirmado ou negado; em resumo, que ele foi decidido, e isto não é mais verdadeiro para cada afirmação matemática do que para cada afirmação legal.

Em Direito, $\vdash X \vee Y$ é a conclusão solicitada quando X e Y são pleiteados alternadamente; ocorre quando $\vdash X$ ou $\vdash Y$, e a questão é se o Direito está querendo permitir qualquer outro modo para tal conclusão. Uma boa oportunidade para assim atuar surge na Lei do Perjúrio. Suponhamos que o acusado se contradisse; que A vale para "a 1ª afirmação foi perjurada"; e que B vale para a segunda possibilidade, $\vdash A \vee B$ é a colocação que ele é culpado de perjúrio, e é claro que $\vdash \neg(\neg A \& \neg B)$; é isto suficiente? A resposta é clara: "... não foi suficiente para acusar que uma vez ou outra o acusado cometeu perjúrio, mas você deve alegar e o júri deve descobrir, em que ocasião ele o cometeu; ... eu creio que foi em um caso recente que em uma acusação de assassinato não foi suficiente alegar que a morte foi causada ou queimando ou apunhalando a vítima, apesar de poder ser bastante claro que a morte foi causada de um modo ou de outro. Eu me lembro discutindo o caso com Parke B., atual Lord Wensleydale, e ele era de opinião que, se um alegava a morte por apunhalamento e outro por queimadura, e 6 jurados acreditaram que a morte ocorreu como alegado na primeira acusação, e os restantes que ela ocorreu como alegado na outra, o acusado deve escapar". Pollock C.B. aqui coloca a posição intuitiva como definitiva, como qualquer matemático, e mais enfaticamente.

8. Nas seções precedentes nós mostramos que as colocações feitas pelo Direito são inter-relacionadas de acordo com regras formalmente equivalentes àquelas de Lógica In-

tuitiva. A questão que naturalmente é levantada é se probabilidade legal sustenta a mesma relação à verdade como o operador necessário de lógica modal (especificamente S 4), a de olhar questões de fato, que podem ser consideradas ter alguma verdade independentemente do Direito.

No *The Wagon Mound* (Nº 2) Lord Reid notou que as opiniões do *The Wagon Mound* (Nº 1), que tratavam com os mesmos eventos, diferiam quanto ao fato; ele então resolveu considerar as conseqüências legais disto sem de nenhuma forma sugerir que a discrepância deveria ser esclarecida. Isto mostra claramente que o Direito não pode "ver" verdade absoluta; e há excelentes razões práticas para esta atitude. Realmente, qualquer quantidade avaliada em um equilíbrio de probabilidade, como são as questões de fato na maior parte das ações cíveis, pode dificilmente ser usada como um valor-verdade.

A equivalência demonstrada como Intuitivismo é essencialmente formal pela mesma razão; qualquer estrutura formal pode ser levada a termo, mas não há nenhuma questão de qualquer tipo de verdade sendo envolvida nos argumentos legais, apesar de a Matemática Intuitiva ter alguma noção da verdade como um estado.

Idéias de expectativa, isto é, sistemas de lógica indutiva, têm tradicionalmente sido desenvolvidas em uma base clássica. Isto significa que o pensamento legal era improvável de corresponder de qualquer maneira simples. O autor, entretanto, tem desenvolvido um sistema de lógica indutiva baseado em Intuitivismo, e é possível continuar descobrindo modelos de pensamento legal, se esta teoria for usada.

Estimativa de ação racional em uma evidência determinada

9. Neste domínio de abstração, o matemático puro poderá esperar para sempre pela resolução de um problema vexatório; mas, no mundo em geral, um homem racional pode perfeitamente ser forçado a tomar uma decisão em um balanço de probabilidades.

Se a minha estrada me levar a uma bifurcação, e se, nos dois mapas que eu tenho, um me exorta a virar à esquerda e o outro à direita, apesar de eu confiar em ambos da mesma maneira, não posso traçar um paralelo entre ambos, pois não há outra estrada adiante; devo agir sem acreditar no que estou fazendo.

Denominaremos sistemas de indução em sentido amplo os sistemas de guia em tais situações; eles geralmente compreendem cifras para estimar o lucro potencial e certo custo do andamento da ação, e regras posteriores para calcular sua chance de sucesso. São conjuntos de regras do segundo tipo, que são produzidas pela Lógica Indutiva no "stricto sensu" do termo.

A idéia básica em conjuntos de regras do primeiro tipo é conceito da restituição esperada do decurso da ação. Isto é obtido levando em conta cada efeito possível, estimando a possível devolução e multiplicando isto pela chance que ela oferece, e somando todos os números assim obtidos por todos os resultados possíveis. Por exemplo: se um investimento

tiver uma moeda de Cr\$ 100 (potencial) ou mesmo nada, e nós esperamos que multiplique 20 vezes, então a chance que isto aconteça é a fração 1/5, e assim a devolução esperada é 20. Esta é a medida do retorno médio a ser esperado de um programa de tais investimentos à medida que o tempo passa; não do retorno a ser esperado de uma só tentativa, onde, como acima, o retorno (matemático) esperado pode ser um resultado impossível.

Na natureza das coisas, o litígio só é propenso a surgir quando a devolução no escolhido decurso da ação de alguém tem sido bastante negativo para o demandante; neste caso, denominaremos a grandeza da devolução esperada o detrimento esperado do decurso da ação.

Em Bolton v. Stone o decurso da ação tem sido aquele de um clube de cricket, no qual falharam ao construir uma cerca em volta de seu terreno capaz de evitar cada bola escapar de seu território; o resultado pernicioso foi que a srta. Stone ficou muito ferida, na quieta rua do lado de fora do campo, por tal escape. A Corte levou em conta o fato que, como Lord Reid colocou comentando no caso em *The Wagon Mound* (Nº 2), "um dado matemático poderia ter colocado que isto só poderia ser possível de acontecer em mil anos". Eles, portanto, estavam essencialmente comparando o custo anual da construção e manutenção de uma cerca apropriada, não o prejuízo potencial, como exemplificação no acidente de Miss Stone, mas o dano esperado. Uma vez que o matemático de Lord Reid deve ter admitido, no mínimo, algo como cinco milênios entre greves para cada £ 20,00 de dano verdadeiro, eles podiam perfeitamente considerar uma soma de não mais que £ 4 por ano.

Em Bolton v. Stone a matemática é bem comportada; outros casos não são tão diretos. Antes de continuar a estimar chances, paramos para destacar que mesmo o dano potencial de um possível infortúnio pode não ser quantificável. Contra Bolton v. Stone, podemos apontar em *Roe v. Minister of Health*, no qual Demming L.T. se encontrou equilibrando o dano esperado a pacientes de técnicas médicas, que fracassaram contra a perda esperada para a comunidade por inibir progressos médicos. O prejuízo potencial no primeiro caso pode utilmente ser levado a ser os danos que seriam ressarcidos ao demandante se ele ganhasse (a medida dos prejuízos não foi uma questão); mas seria um economista muito corajoso que tentasse quantificar o dano potencial para a comunidade no segundo caso. Felizmente, em tais casos, a discrepância tende a ser tão ampla que não são necessários argumentos exatamente quantificados.

10. Tendo dito o que nos propuséramos fazer com nossas estimativas de probabilidade, chegamos agora à questão básica de como consegui-las. A Lógica Intuitiva Indutiva não espera que seu homem racional (que pode ser considerado como um matemático tentando organizar a Clapham Omnibus Company) aja com uma informação que ele não conseguiu. Dado que o Direito pressupõe que seu sujeito racional tenha toda a informação que ele acha que o dito sujeito deva ter, é razoável verificar se o Direito se assemelha ao Intuitivismo neste aspecto também.

Em *Roe v. Minister of Health*, um anestesista inventou aquilo que ele achou ser um sistema completamente de confiança de usar anestésico, e descobriu o contrário quando dois de seus pacientes ficaram paralisados da cintura para baixo por doses que tinham sido contaminadas por desinfetante através de rachaduras invisíveis nos recipientes de vidro. Considerando que não se podia razoavelmente esperar que o anestesista soubesse da possibilidade de tais rachaduras, foi posteriormente colocado que "... muito cuidado se torna necessário para garantir que a conduta em 1947 seja somente julgada à luz do conhecimento vigente naquela época, ou que deveria racionalmente ter vigorado".

Na prática, uma vez que ele está construindo uma teoria matemática para cobrir um número de ocasiões, o Intuitivo é geralmente forçado a especificar o tipo de conhecimento que se pressupõe que seu homem racional possua. O Direito está completamente satisfeito em agir assim também. Em *Roe v. Minister of Health* foi colocado "inter alia" que um livro-texto de inglês era relevante para as considerações de um anestesista racional, como era a opinião de um colega mais experiente, mas que um texto americano não era.

Estando a par em qual evidência devemos basear nossa determinação da possibilidade de um dado evento, o próximo passo é simples. A evidência, observações científicas ou respostas a pesquisas de mercado ou outros, são expressas como uma corrente de sentenças lógicas. Então, para qualquer sentença atômica, (A, $\neg A$, ou $\neg\neg A$), a confirmação de A, escrito (A), é o número de sentenças das quais A pode logicamente ser deduzido, dividido pelo número total de sentenças relevantes. Por exemplo: de 256 sentenças, precisamente 16 implicam $\neg A$; então ($\neg A$) = um sexto; esperamos que se note A não haver ocorrido em um caso de cada 16. Há regras para dar a confirmação de sentenças compostas mais complicadas, mas não as damos aqui, uma vez que somente sua existência é importante para este exercício.

11. A primeira coisa a notar é que, desde que nem o intuitivista nem o juiz reconhece a Tertium Non Datur como assegurando em todos os casos, não segue necessariamente que uma peça relevante de evidência implicará ou de A ou $\neg A$. Por esta razão, 1 minus C ($\neg A$) será geralmente maior que C (A); tomaremos esta quantidade (1 minus C($\neg A$)) para ser nossa medida da possibilidade de A e chamá-la P (A). Por exemplo, se A significa que "o homem seguinte que eu encontrar tem um crânio casca de ovo", então poderá ser afirmado que o estado como eu o conhecia, de cada homem que eu tenho encontrado é informação relevante, e é provável que, se eu não for um doutor, minha ignorância significará que C (A) = 0 e P (A) = 1; de modo inverso, se eu estou limitado aos relatórios de investigadores médicos competentes, então, pressupondo que suas definições do termo "crânio de casca de ovo" estão de acordo, é provável que C (A) = P (A).

Obviamente, se A for alguma conseqüência hipotética perigosa de uma dada ação, fará em geral uma grande diferença se nós solicitarmos C (A) ou P (A) ser pequeno, antes de quisermos desprezar A como um risco prático.

12. Tipos diferentes de evidência têm pesos diferentes, e esta teoria explica porquê. Uma só testemunha de comércio pode obscurecer a evidência de muitos réus em uma pesquisa, muitas vezes para a indignação de um pesquisador de mercado.

Far-se-á uma pesquisa metodológica a ser impecável, tecnicamente; uma pesquisa por amostragem de uma população bem definida, em que a cada pesquisado são feitas as mesmas, claras e definidas questões. Esta é uma definição restritiva porém Menner demonstrou que nada menos é capaz de impressionar uma corte de justiça.

Há muito pouca argumentação sobre a relevância de tais informações. É completamente claro de onde elas vêm, e se esta é a população na qual a Corte está interessada, pois não há método melhor de conseguir respostas características.

A desvantagem é que a estrutura assim obtida é completamente rígida. Em primeiro lugar, há uma proporção inevitável de "não sei" devido a pessoas serem bobas, ignorantes, ou indefesas quando o pesquisador chamou, e isto significa que, para cada A, P (A) é diferente se C (A); esta diferença deve presumivelmente ser levada a favor do réu sempre que possível. Em segundo lugar, as perguntas feitas podem não ser aquelas de importância no julgamento; no tempo do levantamento o caso em oposição será certamente desconhecido. Mas as respostas podem somente ser combinadas de acordo com as estritas regras da lógica; nada é mais perigoso do que uma tentativa de forçar um dado conjunto de respostas do que dar uma resposta a uma pergunta nova. Deve-se ter muito cuidado em interpretar uma resposta como tendo qualquer outro significado que não aquele aparente.

13. Uma testemunha comerciante será entendida como um membro de uma classe de pessoas na qual a Corte está interessada, que é apresentada a ela como sendo representante daquela classe. É claro que você pode perguntar qualquer coisa que quiser a uma testemunha comerciante e esperar por uma resposta; a questão é se sua evidência é relevante. Um membro de uma determinada classe que foi escolhido ao acaso certamente não é seu representante característico sob alguns aspectos: idade, lugar ou tipo de negócio. Mesmo que ele for importante, é difícil prová-lo. A melhor solução seria fazer um levantamento de mercado da classe referida, para estabelecer suas linhas, e usar isto para determinar em que aspectos uma dada testemunha comerciante é de fato representante de sua classe, e assim determinar quais de suas respostas são relevantes para a construção de um modelo dos hábitos e intenções costumeiros daquela classe. Levantamento de mercado pode fazer isto bem, porque isto significa perguntar questões tais como "onde o sr. mora?" e "qual é o seu movimento?" que poderiam mesmo serem respondidas mais completamente sob o manto do anonimato; questões dúbias podem ser evitadas e guardadas para as testemunhas na Corte.

14. Uma testemunha especialista será tomada como uma pessoa que está dando os resultados de deduções estritamente científicas de evidência relevante. Lembrando sempre que especialistas podem se diferenciar completamente quanto às suas idéias de evidência relevante, procederemos agora a dar uma conceituação definida, apesar de informal, da abordagem científica.

Uma hipótese científica será tomada como uma regra geral tal como "todos os homens têm crânios cabeça de ovo". Este tipo de diferença é importante; suponha que eu tenha um pacote cheio de 53 cartas, então ficarei contente em supor que "a carta seguinte pertencerá a um naipe", sem por um momento acreditar que "cada carta pertence a um naipe". De fato, suponhamos que cada carta pertença a um naipe, e se eu distribuir a mim mesmo um número x de cartas, verei que cada uma delas pertence a um naipe; isto é, que simplesmente em saber que minha coleção de cartas foi tirada do monte em questão eu presumo que aquela hipótese se aplica a elas com este grau de certeza. A existência do coringa significa que a confirmação da hipótese é menor que uma metade (1), e isto permanece verdadeiro, não importa qual o tamanho dos naipes.

A confirmação é definida de maneira análoga para cada afirmação universal, e este efeito do coringa é absolutamente geral. Uma só falha por parte de uma hipótese para explicar uma informação relevante leva à confirmação daquela hipótese abaixo de uma metade, mesmo dando um grande número de sucessos. Uma falha repetida força a confirmação muito rapidamente em direção a zero; após 20 falhas a confirmação é menor que um em um milhão (1/1000).

Desta forma, é impossível uma hipótese científica ser aproximadamente adequada; ou $C(A) = 1$ ou $C(A)$ é menor que uma metade.

1. Há $2^{53} - 1$ modos de desenhar; a hipótese coloca

$$2^{52} - 1 \text{ destes. } \frac{2^{52} - 1}{2^{53} - 1} \quad \frac{1}{2} \quad \frac{1}{2(2^{53} - 1)}$$

Suponha que estejamos nos apoiando em uma hipótese científica para excluir o risco A, então presumivelmente - A pode ser deduzido daquela hipótese; portanto, $C(-A) = 1$ ou $C(-A)$ é menor que uma metade. Segue daí que $P(A) = 0$, ou melhor, P (A) é maior que uma metade, até o ponto em que a dada hipótese for.

Ou A é excluído, ou A é eminentemente possível.

Tendo definido a confirmação, possibilidade, e o procedimento de uma testemunha especialista apropriada, procederemos agora a estudar os valores destas quantidades para as quais a Lei da Negligência atribui importância.

Retidão e Previsibilidade

15. Um delinqüente por definição fez algo que não deveria ter feito; a questão sempre aparece em termos de quais conseqüências podem razoavelmente ser processadas? O primeiro passo em análise legal convencional é dizer que há prejuízo do tipo que ele tem em mente, e então outros tipos de prejuízos. Estaremos substituindo isto por uma fórmula (esperançosamente) equivalente usando nossa terminologia numérica.

Em *Re Polemis* foi colocado que um delinqüente foi responsável por cada consequência direta de sua ação injusta. A parte de vários modos legais nos quais a corrente causal pode ser rompida, é claro que A somente pode ser uma consequência direta de B se a opinião de um especialista estiver admitindo permitir que, dado B, a possibilidade de A não é zero (isto é, $P(A)/0$). Agora existem quatro possibilidades nas quais uma testemunha especializada pode calcular a possibilidade de A. Em primeiro lugar, ele pode encarar como importante toda a informação disponível para ele como um especialista; ou somente aquela parte que era, ou devia ter estado, de posse do acusado. Em segundo lugar, faz uma diferença considerável se ele conta ou não no evento em questão, pois o acusado pode ter tido o azar de refutar uma lei científica previamente aceita.

Se o método deduzido por *Roe v. Minister of Health* for apropriado, então é claro que A é uma consequência de B somente quando o acusado deveria ter considerado antes o evento que, dado B, $P(A)/0$.

16. Em *The Wagon Mound* foi colocado, em contraste a *Re Polemis*, que um delinqüente era responsável precisamente pelas consequências previsíveis de seu ato; o ato neste caso foi o derramamento de óleo combustível em um porto, e a consequência foi que os empregados do demandante, que estavam efetuando soldagem em outra embarcação, fizeram com que o óleo ficasse em chamas e assim lhes causou prejuízo considerável. Tinha sido presumido que o combustível não queimaria em contato com água do mar.

Não fica claro no *The Wagon Mound* se a previsibilidade é melhor medida pela possibilidade ou por confirmação. "No *The Wagon Mound*" (Nº 1) o Board não ficou preocupado com graduações de previsibilidade, porque a conclusão foi de que o incêndio não era previsível de modo algum". A distinção seria importante, porque, enquanto $P(A)$ não pode tomar nenhum valor entre zero e $1/2$, podemos fazer $C(A)$ tão pequeno como desejarmos sem ele se transformar em zero. Portanto, há uma grande quantidade de riscos que são extremamente remotos, mas eminentemente possíveis.

No "*The Wagon Mound*" (Nº 2) a conclusão era que o risco de incêndio destrutivo era do último tipo, e o julgamento foi que na opinião de "Sua Excelência" um engenheiro chefe, apropriadamente qualificado e alerta, teria se dado conta que havia um risco real aqui, e eles não compreendem como Walsh F. nega isto. Mas parece que ele colocou que um risco real pode bem ser descrito como remoto; ele deve então ser encarado como não razoavelmente previsível. Esta é uma possível interpretação de algumas das autoridades. Mas isto é ainda uma questão aberta, e a princípio "Sua Excelência" não pode aceitar esta visão. Poderia parecer que A é uma consequência previsível de B em termos da regra no *The Wagon Mound* quando o acusado deveria ter considerado antes do evento que, dado B, $P(A)/0$. Portanto, uma interpretação formal do *The Wagon Mound* é que a regra em *Roe v. Minister of Health* agora pode ser aplicada a tais casos, mas que não servia antes.

17. A regra "crânio cabeça de ovo" diz que "o delinqüente deve levar sua vítima como a encontrar". Na interpretação dada acima, isto pode significar que "uma vez que o

estado natural do corpo humano está perturbado, tudo é possível" deve ser aceito legalmente, mesmo se puder ou não ser justificado cientificamente. Isto pode ser comparado com a regra médica "do polegar" que reza ser impossível prever como um paciente responderá ao prejuízo ou ao tratamento; enquanto o primeiro é mais forte que o segundo, pareceria ser a única abordagem que a Lei (o Direito) poderia seguramente adotar. De qualquer maneira, poucos delinqüentes teriam o conhecimento médico necessário para escapar da regra em *The Wagon Mound*, uma vez que eles teriam de reclamar que eles tinham bons motivos para pensar o resultado eventual impossível, na época em que cometeram o delito.

A regra em *Bolton v. Stone*

18. A regra em *Bolton v. Stone* teve de ser trabalhada em separado. Em primeiro lugar, os riscos de que ela trata são sempre previsíveis; em segundo lugar, eles são considerados mais estatística do que cientificamente. Eles são afirmações tais como "um transeunte será atingido por uma bola este ano", sem mais do que "nenhum transeunte poderá jamais ser atingido por uma bola", onde confirmação e possibilidade são usualmente iguais, e ambas são pequenas.

A regra propriamente dita afirma que, onde o dano esperado devido o decurso da ação é muito menor do que o custo de eliminar a possibilidade de tal prejuízo, a pessoa responsável pelo decurso da ação não é responsável por dito prejuízo. No *The Wagon Mound* (Nº 2) o Privy Council não tinha dúvida que a Regra foi introduzida para proteger companhias socialmente respeitáveis de obrigações não razoáveis. "Mas não segue daí que, não importa sob quais circunstâncias, seja justificável negligenciar um risco tão pequeno... Se a atividade que causou o dano à srta. Stone foi uma atividade ilegal, pode haver pouca dúvida que *Bolton v. Stone* teriam decidido diferentemente".

Isto pode ser comparado com o encargo estatutário de um empregador com respeito ao risco de prejuízo de seus empregados na maquinária etc... Isto se soma na prática a uma obrigação de eliminar grande risco, como na regra em *Bolton v. Stone*, e fazer seguro para riscos menores, em contraste ao efeito de *Bolton v. Stone*. Não há evidência que isto tenha de algum modo impedido sociedade. Porque a medida de prêmios de seguro é o prejuízo esperado, os riscos considerados por *Bolton v. Stone* são precisamente aqueles que podem facilmente ser segurados. Conseqüentemente, a decisão judicial altera a obrigação de um risco de seguro de sua causa sobre sua vítima, e é de se perguntar se isto é razoável. O causador é provavelmente a única pessoa a saber do risco; em todo o caso, ele está na melhor posição para minimizar o prêmio.

Ouve-se que em casos de acidentes de trânsito, nos quais o elemento do seguro é explícito, este tipo de consideração tem ocorrido nas Cortes. Em *Nettleship v. Weston* na Corte de Apelação "Sua Alteza não disse que o instrutor profissional poderia da mesma forma processar. Ele deveria fazer um seguro. Mas o instrutor, que era só um amigo, nunca fez um seguro ele mesmo e deveria, portanto, ter licença para processar".

-Ge
do
Pri
Co
mo
do
Pri
qu
pel
dic
cã
tuc
br
Re
do

PARECERES

TRANSFERÊNCIA PARA CARGO DE CARREIRA

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Romano na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul

PARECER N.º 4325

TRANSFERÊNCIA PARA CARGO DE CARREIRA.

Possibilidade jurídica.

Requisitos exigidos.

NORMA FERREIRA SOUZA, Auxiliar de Administração, padrão 7-4, do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, a 27 de maio de 1975 requereu **transferência** para o cargo de Datilógrafo, do mesmo Quadro, em conformidade com o disposto no art. 42 e seguintes do Estatuto. Invocou também, em prol de sua pretensão, o Parecer n.º . . . 3.000/75, desta Procuradoria-Geral do Estado.

As informações constantes do processo foram todas favoráveis à pretensão da postulante, chegando, até mesmo, a estar minutado o ato de transferência, conforme se vê da cópia anexada ao expediente. Sem que exista no processo qualquer explicação para o fato, não foi ele, todavia, exarado.

Em setembro de 1976 a Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos restituiu o processo à Procuradoria-Geral do Estado para pronunciar-se "sobre a **viabilidade jurídica do atendimento do pedido formulado por NORMA FERREIRA SOUZA e EDITH NORCY THOMÉ DE OLIVEIRA, face aos termos do Edital da Secretaria da Administração, publicado no Diário Oficial de 24 de setembro de 1976 e a eventual expectativa dos candidatos aprovados.**"

A matéria foi apreciada no Parecer n.º 3.443, da lavra do Procurador do Estado MARISA SOARES GRASSI, no qual se conclui pela possibilidade jurídica da transferência. Entendimento contrário adotou, entretanto, a Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos, com a aprovação do Senhor Governador do Estado, e com a recomendação, ainda, de que o Parecer n.º 3.000 não fosse adotado em caráter normativo. Expirado o prazo de validade de concurso, questiona-se, agora, mais uma vez, sobre a possibilidade jurídica do pedido.

2. Há que acrescentar dado novo, para que fique completo o elenco dos fatos. É que pela Lei n.º 7.251, de 12 de janeiro de 1979, a requerente foi reenquadrada como Auxiliar Administrativo, classe H, integrando a carreira de Auxiliar Administrativo.

3. A Lei nº 7.251, de 12 de janeiro de 1979, extinguiu os cargos de provimento efetivo que integravam o Quadro de Pessoal da Consultoria-Geral do Estado e criou, concomitantemente, vários outros cargos, isolados ou escalonados em carreira. Entre estes últimos ficaram os cargos de Auxiliar Administrativo, titulado pela requerente, e o cargo de Datilógrafo, para qual deseja ela ser transferida. A postulante foi reclassificada na letra H. Há, por outro lado, cargo de Datilógrafo, letra H.

4. Determina o art. 43 do Estatuto:

"São requisitos indispensáveis para a transferência de um para outro cargo de carreira:

a) o parecer dos respectivos serviços de pessoal, se da mesma denominação as carreiras;

b) demonstrar o funcionário, em prova realizada pelo órgão de pessoal do Estado, habilitação para o novo cargo, se se tratar de carreira de denominação diversa."

E declara o art. 44:

"Nos casos do artigo antecedente a transferência dar-se-á a pedido ou ex-offício e só se efetuará:

I — para cargo de mesmo padrão de vencimentos; e

II — para vaga que tenha de prover-se por merecimento."

Uma vez que as carreiras são diversas, as exigências se resumiram a:

(a) — prova de habilitação

(b) — existir, na outra carreira, cargo do mesmo padrão de vencimento; e

(c) — existir vaga, a ser promovida por merecimento.

5. No que diz com a realização de prova de habilitação, esta Procuradoria-Geral, ao tempo em que ainda se chamava Consultoria-Geral do Estado, teve a oportunidade de ressaltar, em vários pronunciamentos, na linha traçada em Parecer do então Consultor-Geral, e hoje Ministro do TFR, JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA (of. gab. nº 42/67-p-56) ser ela dispensável quando os cargos "integram o mesmo serviço e idênticos são os requisitos para seu provimento, análogas sendo, outrossim, as atribuições de um e outro".

6. No caso, os cargos de Auxiliar Administrativo e Datilógrafo integram o mesmo serviço. Os requisitos para provimento de uma e outra posição são absolutamente idênticos, como se verifica do anexo ao Decreto nº 23.619, de 27 de dezembro de 1974, exigindo-se, inclusive, para ambos os cargos, experiência comprovada em serviços de datilografia.

Quanto às atribuições, embora não sejam elas idênticas, não se pode deixar de reconhecer que as de Auxiliar Administrativo são consideravelmente mais extensas e diversificadas que as de Datilógrafo, pois, além de incumbir ao Auxiliar Administrativo executar trabalho de datilografia em geral (o que significa qualquer trabalho de datilografia que se poderia solicitar de um datilógrafo), compete-lhe ainda redigir informações simples, ofícios, cartas, memorandos, telegramas; secretariar reuniões, lavrar atas e fazer quaisquer expedientes a respeito; fazer registros relativos a dotações orçamentárias; elaborar ou conferir folhas de pagamento; classificar e organizar os expedientes recebidos, bem como qualquer documentação anexa de acordo com a classificação predeterminada; fazer o controle da movimentação de processos ou papéis na repartição, organizar mapas e boletins demonstrativos; fazer anotações em fichas e manusear fichários; recortar e coleccionar leis, decretos, publicações, etc., de acordo com determinação superior; providenciar expedição de correspondência; conterir materiais e suprimentos em geral com as faturas, conhecimentos ou notas de entrega; pesar, contar, medir e identificar material, executar outras tarefas correlatas.

Se cotejadas com estas, as atribuições do datilógrafo parecem extremamente limitadas, pois dizem respeito apenas às tarefas mecanográficas. Por certo, no elenco de atribuições tais tarefas aparecem, como é natural, mais pormenorizadas do que nas atribuições de Auxiliar Administrativo. De qualquer maneira, dúvida poderia existir caso se cogitasse de transferência do cargo de datilógrafo para o de Auxiliar Administrativo, mas não no sentido inverso, pois no geral se contém o especial, não sendo, porém, como é óbvio, verdadeira a recíproca.

7. Parecem-me, portanto, análogas as funções. De sorte que, para legitimar a transferência, além do aspecto de conveniência ou oportunidade, que foge ao campo deste pronunciamento, deverá ainda verificar-se se há vaga no cargo de Datilógrafo, letra H, a ser provido por merecimento.

8. Esclareço, por último, que na mesma situação da requerente, ao que se infere do processo, está a servidora EDITH NORCY THOMÉ DE OLIVEIRA.

PORTO ALEGRE, 29 de fevereiro de 1980.

SUBSISTÊNCIA DA BRIGADA MILITAR

NEY SA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Comercial na Universidade
do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4391

CENTRO DE SUPRIMENTO E SUBSISTÊNCIA DA BRIGADA MILITAR.
Atividade desenvolvida que não se constitui na prática de comércio, no sentido jurídico. Não pode, a gestão econômico-financeira desse Órgão, se furta ao controle contábil e orçamentário exercido pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado.

Por solicitação do Senhor Secretário da Fazenda, vem à exame do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado processo originado no Gabinete do Comandante-Geral da Brigada Militar, em que se pleiteia a liberação de "empenhos retidos do Centro de Suprimento de Subsistência".

Verifica-se dos autos que o aludido Centro de Suprimento de Subsistência da Brigada Militar se considera credor junto ao Tesouro do Estado de importância superior a dez milhões de cruzeiros em decorrência de empenhos não liberados e em razão de fornecimento de gêneros alimentícios aos colonos da Fazenda Sarandi, estes últimos feitos "por determinação do Excelentíssimo Senhor Governador", segundo informa o Comandante-Geral da Brigada Militar.

A Secretaria da Fazenda, por sua vez, alega não encontrar respaldo legal para a liberação do numerário pretendido pela Brigada Militar e a sua dúvida, suscitada pela Divisão de Estudos e Orientação da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, está colocada nestas palavras:

"Inicialmente, cabe destacar que o aludido Centro tem a sua existência definida nos artigos 29 e 101 do Decreto Estadual de nº 23.245, de 13.08.74, como Órgão de apoio incumbido de prover os suprimentos à tropa e aos animais, bem como os reembolsáveis.

Disposição legal que não lhe dá, em nosso entendimento, capacidade jurídica própria para a prática de atos de comércio, mas apenas integra-o na estrutura da Brigada Militar, Órgão da Secretaria da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, pessoa jurídica de direito público interno.

Porém, com o propósito de manter uma flexibilidade operacional dentro da Brigada Militar, o Centro de Suprimento vem-se constituindo numa em-

presa comercial de fato, o que, salvo melhor juízo, a par de ausência de suporte legal para a prática de atividades dessa natureza, fere frontalmente alguns princípios da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 — que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal — uma vez que a gestão econômico-financeira se desenvolve à margem do controle contábil e orçamentário exercido pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado.”

Estes são os fatos.

A questão não se reveste de maiores dificuldades se colocada nos seus devidos termos.

De sinalar, de logo, que não será através do exame dos atos de comércio praticados pelo Centro de Suprimento de Subsistência da Brigada Militar que se há de chegar a um resultado satisfatório para o deslinde da matéria.

No direito positivo pátrio não existe o ato de comércio isolado, exigindo o Código Comercial, como condição de comercialidade do ato, que nele intervenha pelo menos um comerciante.

Assim é que o ato de comércio típico, a compra e venda para ulterior revenda, com fim lucrativo, nos termos do art. 191 do Código de 1850, unicamente será “considerada mercantil se o comprador ou vendedor for comerciante”.

Se um não-comerciante adquire a um produtor rural os grãos que este tiver colhido, ainda que com a intenção de revender o cereal e mesmo que o faça com grande lucro, economicamente terá praticado um ato de comércio. Juridicamente, porém, aos olhos da nossa lei comercial, o ato que praticou é civil, porque nele não houve a intervenção de nenhum comerciante.

Isto é o que decorre do sistema subjetivista inspirador da nossa lei comercial e que a distingue de outros Códigos elaborados segundo os princípios do sistema objetivo, tal como ocorreu com o Código Francês de 1807 que, embora tendo sido modelo para o nosso, nesse particular não foi acompanhado pelo legislador brasileiro.

Este exemplo basta para mostrar que os atos de compra e venda praticados pelo Centro de Suprimento da Brigada Militar, nas vendas que este faz aos consumidores, não são atos de comércio porque neles não intervém nenhum comerciante: o Centro, como órgão da administração pública, não é comerciante e o comprador, na condição de consumidor, não figura no ato como comerciante.

Não se conclua daí que o Centro de Suprimento de Subsistência da Brigada Militar não pratique atos de comércio. Não é isto que se intenta dizer. Na linha de pensamento que se vem desenvolvendo, é preciso admitir que nos atos de compra e venda de mercado-

rias que esse Centro realiza com comerciantes, para a formação do seu estoque, há a prática do comércio e esses atos de compra e venda são atos mercantis, mas isto tão-somente porque o vendedor é comerciante. O Centro de Suprimento, que não é comerciante, embora praticando ato de comércio ao adquirir mercadorias de comerciante não se torna por isso comerciante, nem lhe empresta esta característica o fato de revender tais mercadorias, ainda que com lucro à consumidores.

Nem se diga, como afirma o Parecer da Divisão de Estudos e Orientação da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, que o Centro de Suprimento da Brigada Militar não desfruta de capacidade jurídica para a prática de atos de comércio. Não se trata disso.

A capacidade para a prática de atos de comércio não difere em nada da capacidade exigida para a prática de atos jurídicos em geral, sendo, assim, perfeitamente admissível que o menor, absolutamente incapaz, por exemplo, pratique atos de comércio na mesma medida em que se lhe reconhece este direito na área do direito civil.

O incapaz, seja-o por forma absoluta ou relativa, pode praticar atos jurídicos em geral, desde que suprida a sua incapacidade pela forma estabelecida na lei civil. Da mesma maneira, ser-lhe-á dado praticar atos de comércio que, antes de mais nada, são, também, atos jurídicos. . .

Em matéria de capacidade, no campo do direito comercial, só se exige a plena capacidade civil para ser comerciante, coisa diversa da simples prática de atos de comércio.

Por isto mesmo é que se costuma dizer que a incapacidade é sempre relativa para a prática de atos de comércio, mas é absoluta para ser comerciante, trate-se de incapacidade relativa ou absoluta, segundo os critérios da lei civil.

As observações que se acaba de fazer têm pertinência com a matéria em exame porque, como é fácil de constatar, o Centro de Suprimento de Subsistência da Brigada Militar, mero órgão da administração pública, não se constitui em organismo personificado, não podendo, assim, nem de longe se cogitar de adimplemento de condições de capacidade para que possa ser considerado comerciante. Trata-se de parte de aparelho ou aparelhamento destinado a executar determinada função (cf. CRETELLA JUNIOR, Dicionário de Direito Administrativo, 3ª ed., Forense, Rio, 1978, p. 371), cuja prática a administração pública chamou a si, visando ao desempenho de atividade pública.

Tem-se anotado, em doutrina, que a melhor conceituação legal que até hoje se deu ao comerciante foi a do Decreto nº 4.855, de 2 de junho de 1903, que regulamentou a Lei de Falências nº 859, de 11 de agosto de 1902, noção esta que, por se exata e verdadeira, sobrevive àquele decreto, há muito revogado:

“Para os efeitos da falência, só se considera comerciante o devedor que em nome e por conta própria, sob firma individual ou social, inscrita ou não no Registro de Comércio, faz da mercância profissão habitual”.

Ora, o Centro de Suprimento de Subsistência da Brigada Militar não conta com nenhum dos pressupostos capazes de levá-lo à configuração de comerciante, nos termos da definição legal apontada. Ele não é comerciante, nem tem condições para sê-lo.

Desta sorte, os atos de compra e venda realizados por esse Centro diretamente com consumidores não são atos de comércio porque, para isso, lhes falta a condição posta pelo art. 191 do Código Comercial: são atos jurídicos praticados entre não comerciantes e, por isto, como já referido antes, juridicamente não passam de atos civis, embora economicamente, por terem como resultado a circulação de bens, sejam considerados mercantis.

De considerar, por último, que nada há a impedir o desempenho dessa atividade por parte do Poder Público, a intermediar, em mercado restrito e sem configurar desrespeito à norma do art. 170, § 1º, da Constituição Federal, a circulação de bens de consumo constituindo-se, de resto, em atividade de há muito desenvolvida pelas Forças Armadas, não só na esfera estadual como, também, na federal, através dos Armazéns Reembolsáveis, mantidos pelos Serviços de Intendência das organizações militares do País.

Assim, explicitado como ficou que a atividade desenvolvida pelo Centro de Suprimento e Subsistência da Brigada Militar não se constitui na prática de comércio, no sentido jurídico, não pode esse órgão valer-se de normas ou preceitos de direito comercial, limitados aos comerciantes, por forma a se furtar ao cumprimento do que estatuem as normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A gestão econômico-financeira desse órgão não pode se furtar, portanto, ao controle contábil e orçamentário exercido pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado.

Com estes esclarecimentos, uma vez observados os preceitos legais impostos aos órgãos da administração pública para o perfeito controle contábil e orçamentário, entendemos nada obstar a que sejam liberadas as verbas destinadas ao Centro de Suprimento de Subsistência e que se encontram retidas face ao pronunciamento da Divisão de Estudos e Orientação da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado que acaba de ser comentado.

Este é o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 26 de junho de 1980.

PRORROGAÇÃO DE PRAZO CONTRATUAL

ELMO PILLA RIBEIRO

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Internacional Privado na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.463

A simples prorrogação de prazo contratual não constitui contrato novo ou renovação de contrato, eis que o contrato primitivo, como negócio jurídico, permanece íntegro em todas as suas cláusulas e condições, exceção feita do "tempus", que é prolongado.

Inteligência do artigo 16, alínea n do Decreto-Lei nº 1.371/47.

1. A recorrente, executora de serviços e obras para o DAER, no curso do contrato e tempestivamente, requereu prorrogação do prazo contratual, havendo sido atendida sua postulação e publicado o respectivo despacho deferitório no boletim daquela autarquia.

Assumindo a nova administração do referido órgão, foi o assunto submetido à Comissão de Controle, sendo determinado à recorrente que ingressasse com novo pedido de prorrogação do prazo contratual, o que a mesma atendeu, fazendo acompanhar a reiteração da solicitação com amplo dossiê de elementos informativos.

2. A nova solicitação foi, entretanto, indeferida, o que motivou recurso hierárquico ao Senhor Governador do Estado, que determinou a ouvida desta Procuradoria-Geral, onde foi objeto do Parecer nº 4.264.

Dito pronunciamento opina pelo provimento do recurso, sob o fundamento de que o anterior ato administrativo deferitório da prorrogação de prazo solicitado, regularmente publicado, criara direito subjetivo público à contratante trazendo em si a presunção de legitimidade, à imperatividade e a auto-executoriedade, não podendo ser desconstituído sem abuso de poder.

3. É incorporado então ao processo ofício do DAER dirigido ao Senhor Secretário dos Transportes, no qual se sustenta estar o Diretor-Geral do DAER inarredavelmente impedido de assinar o termo aditivo de prorrogação do prazo do contrato assinado com a recorrente, em vista do parecer contrário da Comissão de Controle do referido órgão.

Afirma que os contratos administrativos e, por via de consequência, seus aditamentos, constituem atos jurídicos complexos, que dependem de providências dependentes da manifestação de diversos funcionários e do implemento de várias condições, para a sua validade e eficácia.

Sustenta que, estando o aditamento contratual submetido às mesmas formalidades do contrato, emitido parecer desfavorável à respectiva celebração, não pode o Diretor-Geral assiná-lo, a despeito do anterior despacho deferitório.

Submetida novamente a matéria ao autor do Parecer nº 4.264, manteve ele seu anterior pronunciamento.

É o relatório.

4. Dispõe o art. 16º do Decreto-lei nº 1.371, competir ao Diretor-Geral do DAER:

“n — assinar os contratos de serviço, obras e aquisições previamente aprovados pelo Conselho Executivo e Delegação de Controle (hoje Comissão de Controle).”

Dúvida não pode existir no sentido de que a assinatura de um contrato, de qualquer das espécies ali enumeradas, configura um ato administrativo complexo, eis que pressupõe o concurso de vontades de órgãos autárquicos diversos, vontades essas que se integram em uma manifestação de vontade única para que o ato possa ser dotado de validade e eficácia (cf. SEABRA FAGUNDES O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário — 4ª ed., 1967, pág. 48 e 143, que aponta, como atos complexos, os que devem ser precedidos de parecer, autorização, proposta, etc.).

5. Releva salientar, porém, a fundamental diferença existente entre assinar **contrato** e assinar **prorrogação** de contrato, decorrente da diversidade categorial entre o contrato (conjugações de “res”, “pretium” e “consensus”) e a simples prorrogação (que os juristas antigos denominavam expressivamente de “prolongação”) do pacto.

PONTES DE MIRANDA demonstra que, com a prorrogação, o contrato persiste como era e é, modificado apenas no aspecto temporal, permanecendo a relação jurídica incólume em sua identidade, eis que a eficácia modificativa cinge-se ao tempo. Quando se pactua a prorrogação não é um novo contrato que surge, nem é o contrato que se renova; dá-se apenas a extensão convencional, no tempo, da relação jurídica a que o contrato se refere, pois, na prorrogação, o “tempus”, o prazo do negócio jurídico, prolonga-se, prorrogando o negócio jurídico mesmo (cf. Tratado de Direito Privado — vol. 40, págs. 325 e 327; vol. 41, pág. 10).

O discripe está também implícito em HELY LOPES MEIRELLES que vê a prorrogação de contrato administrativo como simples prolongamento ou extensão do prazo de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratante e nas mesmas condições anteriores (cf. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO — 1973, pág. 247).

Inconfundíveis, pois, o contrato e sua prorrogação. O primeiro, ato administrativo complexo, exige o implemento de todas as condições legalmente estabelecidas, para que sua celebração seja dotada de validade e eficácia (“in casu”, exemplificativamente, a pré-

via aprovação pelo Conselho Executivo e Comissão de Controle do DAER). A prorrogação, ao revés, é ato administrativo simples, para cuja prática não se exige o concurso de vontades de outros órgãos autárquicos. Sua prática depende da só esfera decisória do Diretor-Geral, mediante um juízo de mérito acerca da procedência do pedido formulado pela contratante.

6. Dessarte, entendemos:

a) não estar a simples prorrogação de prazo contratual sujeita à implementação das mesmas condições legalmente estabelecidas para a celebração do próprio contrato que ela prorroga;

b) ser, conseqüentemente, inaplicável à só prorrogação de prazo contratual a exigência de prévia aprovação dos órgãos mencionados na alínea n do art. 16 do Decreto-lei nº 1.371/47;

c) em consonância com esses pressupostos, haver sido perfeitamente legal o ato do anterior Diretor-Geral do DAER que deferiu a prorrogação contratual requerida pela recorrente.

7. Isso posto, opinamos pelo provimento do recurso, para os efeitos de ser reconhecida a validade e eficácia do despacho deferitório de prorrogação do prazo do contrato que a recorrente mantém com o DAER, procedendo-se a assinatura do correspondente termo aditivo.

PORTO ALEGRE, 22 de agosto de 1980.

VINCULAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECAÇÃO DE TRIBUTOS

MERCEDES DE MORAES RDDRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Universidade do
Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4323

LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO

A lei complementar exigida pelo artigo 62, § 2º da Emenda Constitucional nº 1/69 é "lei nacional", votada pelo Congresso de conformidade com o processo legislativo previsto no artigo 50 da mesma Carta. Inconstitucionalidade do artigo 1º e seus parágrafos da lei Estadual nº 6.843, de 16 de dezembro de 1974.

Sob nossa consideração, para exame do aspecto jurídico-constitucional, a Lei Complementar Estadual nº 6.843, de 16 de dezembro de 1974, que "dispõe sobre a subscrição de capital pelo Estado na AÇOS FINOS PIRATINI S.A. e dá outras providências".

A Lei em cogitação autorizou o Poder Executivo a participar, durante os exercícios de 1975 a 1984, nos aumentos de capital da AÇOS FINOS PIRATINI S. A., mediante subscrição de ações ordinárias nominativas, sendo a integralização dessa participação acionária realizada com a utilização, além de outros recursos, de oitenta por cento (80%) do produto do Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM, recolhido pela Empresa. Ainda, dispôs o Diploma sob exame, como medida assecuratória da destinação integral ao capital da Companhia do Imposto sobre Circulação de Mercadoria por ela gerado que, não havendo capital subscrito a integralizar em determinado período de recolhimento, o valor do imposto ficaria em conta bloqueada no Banco do Estado do RGS, até verificar-se novo aumento de capital que permita aproveitar a provisão.

As disposições constantes na Lei 6.843/74 antes resumidas deixam evidente que por elas efetivou-se uma vinculação do produto da arrecadação do Imposto de Circulação de Mercadorias devido pela Aços Finos, vinculação reportada ao aumento de capital da sobredita Companhia.

Ora, a vinculação do produto da arrecadação de tributos é objeto de explícita proibição pela Constituição Brasileira, que, a esse propósito dispõe no art. 62, § 2º:

"Ressalvados os impostos mencionados nos itens VIII e XI do artigo 21 e as disposições desta Constituição e de leis complementares é vedada a vincula-

ção do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa. . ."

No mesmo texto que proíbe, a Carta prevê, então, as três categorias de exceção à regra imposta: a já expressamente consignada e referida no dispositivo, relativa a impostos únicos (IULC e IUMP) (1); as que decorram de disposições da própria Constituição, não expressamente indicadas no artigo em exame (2); e as constantes em leis complementares (3).

A proibição, como norma constitucional de direito financeiro, é, por evidente, extensiva a todos os entes políticos da Federação e as exceções, em princípio, serão idênticas para todos eles: assim, deixando de lado os impostos únicos, hipótese especial, quaisquer vinculações do produto de arrecadação tributária hão de ser facultados ou por disposição da Constituição ou por leis complementares.

Pois bem. Da Constituição não decorre qualquer autorização para que o produto do recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias seja vinculado, como se infere da leitura dos artigos que compõem os capítulos relativos ao sistema tributário e à regração orçamentária.

Resta examinar se a vinculação que se efetivou na espécie sob análise atendeu à exigência de lei complementar. Nesse passo, precisamente, registra-se a eiva de desconformidade constitucional da Lei Estadual nº 6.843/74, conforme se passa a expor.

Em primeiro lugar, com assento em razões de ordem lógico-gramatical, vez que o vocábulo "complementar" é relativo e reporta-se a um elemento que lhe é básico, matriz ou principal, havemos de entender que, quando a Constituição se refere a lei complementar, está exigindo lei complementar da União, ou melhor dizendo, Lei Complementar à Constituição Brasileira.

Reforçando esta interpretação pela via lógica, um crivo sistemático que compare a utilização da expressão "lei complementar" pelo Estatuto Fundamental, tornará evidente a propriedade do sentido aqui pugnado. Assim, em várias disposições, quando a Constituição menciona lei complementar, é de lei nacional que se trata, irretorquivelmente. Veja-se, v. g., a hipótese do art. 153, § 29, que consagra os princípios da legalidade e da anualidade, o qual admite exceção para tributos "outros especialmente indicados em lei complementar" (grifamos) que, sem dúvida, só pode ser lei nacional, nunca estadual ou municipal. O mesmo se pode dizer do artigo 64, acerca de limite de despesas com pessoal, e do artigo 60, sobre orçamento plurianual.

Um argumento de ordem teleológica também alenta o ponto de vista ora expressado. O princípio da vedação de vinculação de receitas tributárias mereceu consideração tão preponderante, que erigido foi à categoria de norma constitucional, com toda a rigidez daí decorrente. As exceções ao princípio são as que a Constituição possibilita de

forma exígua. A interpretação do texto constitucional há de seguir o mesmo intuito estrito, sem alargar o campo das exceções, situadas estas a nível constitucional ou de complementaridade à Constituição. Há, com efeito, um caráter de excepcionalidade na própria previsão constitucional que admite venha uma lei complementar criar novas hipóteses em que a proibição expressa no Diploma Básico fique afastada. Tal lei só pode ser lei que vise a complementar a Constituição, contendo-lhe a eficácia, dentro dos limites que ela própria facultou.

Especialmente, neste caso, de vinculação do produto da arrecadação de tributos, a exceção não se pode alargar. De observar que em matéria de direito financeiro, a União pode legislar atingindo Estados e Municípios por simples lei ordinária. Na espécie de que se cogita, todavia, exigiu a Constituição a votação qualificada, através de lei complementar.

A intenção, claramente demonstrada, é reduzir a possibilidade de excepcionar-se o princípio. Essa assertiva é oportunamente lembrada por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO quando afirma que pela lei complementar "criando um tertium genus o constituinte quis resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas" (In Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, pág. 214).

Admitir lei complementar local em tal caso é frustrar as finalidades de resguardo da matéria e de uniformidade, essencial esta em questões fundamentais; as exceções poderiam ser tantas e tão diversificadas, que tornariam letra morta a disposição constitucional.

Por isso, impõe-se entender que a Constituição exige lei nacional, lei complementar votada pelo Congresso Nacional, como "expressão da ordem jurídica total, do Estado Brasileiro" segundo GERALDO ATALIBA (In "Imposto sobre Serviços" — Debates, José Souto Maior Borges, Saraiva/Educ. pág. 2B).

Nesse sentido, preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, "verbis":

"As Leis complementares, no sistema constitucional vigente, adquiririam relativa rigidez, porque sua aprovação depende do voto favorável da maioria dos membros das duas Casas do Congresso Nacional. Aprovadas nesses termos, sancionadas, promulgadas e publicadas, entram em vigor, e somente podem ser alteradas pelo mesmo processo". (In Aplicabilidade das Normas Constitucionais, Revista dos Tribunais, 1969, pág. 236).

E, ainda, o mesmo autor:

"A complementação de normas constitucionais, dependentes de lei complementar, somente por esta pode efetivar-se, consoante o processo legislativo configurado na Constituição" (grifamos) (ob. cit., pág. 240).

HAMILTON DIAS DE SOUZA evidencia, igualmente, a convicção que as leis complementares em sentido estrito, quer dizer, as referidas pela Constituição, são as emanadas do Congresso Nacional, na seguinte passagem:

"Convém salientar que, em princípio, todas as leis integrativas da Constituição são complementares. Porém a referência a lei complementar no texto constitucional restringe-se àquelas expressamente nela prescritas, sujeitas ao quorum especial de votação e hierarquicamente superiores às demais leis". (In NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO, publicado na coletânea DIREITO TRIBUTÁRIO 2, Ed. José Bushatsky, 1972, pág. 22).

É verdade que há opinião diversa da aqui expendida. GERALDO ATALIBA, ao comentar o dispositivo constitucional em exame, refere que "a lei complementar na esfera federal ou estadual, respectivamente, pode instituir determinado tributo e, desde logo, no seu próprio texto vincular o produto da arrecadação a uma finalidade determinada" e justifica seu ponto de vista com o argumento de que a matéria seria de competência das Assembléias Legislativas (In Lei Complementar na Constituição), RT, 1971, pág. 86/87) e que o Congresso não poderia invadir a autonomia dos Estados e Municípios.

Mas, colocada a questão em seus devidos termos "data vênia" do entendimento do insigne professor, a tese de que a lei complementar exigida pela Carta Magna, no caso, é lei complementar nacional não resulta em invasão de autonomias locais, nem ensejaria ao Congresso legislar sobre matéria privativa das Assembléias Legislativas.

Isso por dois motivos principais:

De um lado, a autonomia local não é invadida pela circunstância de ser necessária uma lei nacional para autorizar vinculação originariamente proibida pela Constituição. Como antes foi referido, em várias passagens a Constituição exige leis complementares nacionais para regência de matérias que influem direta e imediatamente na atuação dos estados e municípios, sem que se considerem feridas as respectivas autonomias. Na verdade os poderes reconhecidos àqueles entes políticos administrativos são os que lhes não sejam, expressa ou implicitamente, vedados pela Lei Maior. Na hipótese vertente, a restrição decorre da própria Constituição. Não vai a proibição encontrar seu veio em lei do Congresso; antes, tal lei nacional poderá ser o veículo de uma liberação, de uma via para abrandar a interdição Constitucional. A lei complementar, ao contrário de restringir a atuação dos estados e municípios, possibilita esse atuar.

De acordo com a acatada lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, na sua obra antes referida acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, diríamos que a norma inserta no art. 62, § 2º da Constituição é de eficácia contida, pois estabelece uma regra vedativa de aplicação integral e imediata, mas que pode ter essa eficácia restringida ou contida por lei complementar que venha abrir exceções à proibição constitucional.

De outra parte, a lei complementar nacional exigida pela Constituição Brasileira não deverá estabelecer, ela mesma, vinculações imediatas do produto de arrecadações tributárias; sua função há de ser a de permitir, nos casos que especificar, que as leis estaduais ou municipais efetivem determinadas vinculações, remanescendo, assim, a decisão sobre a conveniência ou necessidade de destinação especial da arrecadação local às assembléias ou às câmaras municipais.

A esse propósito, referência feita, pelo mesmo mestre ATALIBA, no trabalho antes mencionado, confirma nosso ponto de vista e apresenta-se conforme à letra e ao espírito do Estatuto Fundamental, ao frisar que "a lei complementar do Congresso poderia suprir essa deficiência (de não terem estados e municípios leis complementares) de maneira permissiva e genérica, nos casos considerados merecedores de exceção pelo legislador nacional" (pág. B7, ref. nossa no parênteses). A rigor, esse é, precisamente, o alcance da lei complementar reclamada pela Lei Maior.

Finalmente, registre-se que uma interpretação do art. 62, § 2º da Carta Magna que admita o rompimento da vedação, por lei complementar estadual, deveria, com maior razão, acatar que a vinculação fosse determinada pelas Constituições Estaduais, em posição superior àquelas, por suposto. A essa conclusão não chegariam, porém, os adeptos daquele entendimento, pelo contraste evidente com o texto constitucional, que não permite aos constituintes estaduais o estabelecimento de exceções ao seu comando proibitivo. E, se assim é, forçoso é concluir que não existe, igualmente, permissão para a legislação complementar a nível estadual, situada abaixo das disposições constitucionais do estado-membro. Na verdade, a interpretação que aceita como hábil a lei complementar estadual para o fim de estabelecer vinculações de arrecadação repousa em confusão vocabular, propiciada pelo fato de que a Constituição, ao referir-se a leis complementares, não especifica, por desnecessário, serem elas nacionais e não locais.

Do que até aqui se referiu, incumbe reconhecer que as leis complementares estaduais só podem complementar a Constituição Estadual. Poderão, nesse sentido, dispor sobre matérias que lhes competirem por disposição constitucional estadual. Se a matéria é de direito nacional, para tanto não tem alcance.

Em conseqüência, entendo ser inconstitucional a Lei Estadual nº 6.843/74, pois, desautorizadamente, firma hipótese de vinculação do produto da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Do mesmo modo, padece de igual eiva o art. 47 da Carta Estadual, cabendo solicitação de representação do Procurador-Geral da República, junto ao Supremo Tribunal Federal, para declaração de inconstitucionalidade, na forma do art. 119, I, "1" da Constituição.

De par com a providência acima indicada, e a fim de não persistir em atuação contrária à norma fundamental, pode o Poder Executivo cessar, desde logo, de realizar os atos determinados na lei inquinada. A exemplo da doutrina norte-americana que sustenta serem as leis inconstitucionais nulas e de nenhum efeito, a doutrina nacional

tem também endossado esse ponto de vista, com conforto, aliás, em jurisprudência, como refere HELY LOPES MEIRELLES:

"... leis e atos inconstitucionais podem deixar de ser cumpridos pelas autoridades responsáveis por sua execução (não por agentes subalternos ou por particulares), que assim os considerem, devendo em tal caso solicitar imediatamente a representação de inconstitucionalidade ao Procurador competente. Essa conduta administrativa já está reconhecida e válida pelos nossos tribunais". (In Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., pág. 676).

De qualquer modo, e, mesmo não pugnando contra a validade da Lei nº 6.843/74, tem o Estado poderes e legitimidade para exigir da Aços Finos Piratini que recolha, nos prazos de lei, o ICM apurado; pois o Diploma em questão não a dispensa de recolhimento, que deve ser feito:

a) — aos cofres do Estado, através da agência bancária arrecadadora, se houver subscrito a integralizar (art. 1º, § 1º);

b) — em conta bloqueada do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, se não houver capital subscrito a integralizar (art. 1º, 4º 2º).

Em face do exposto, e resumindo as proposições ora colocadas, sugerimos as providências seguintes:

a) — promoção da declaração judicial de inconstitucionalidade do artigo 1º e seus parágrafos da Lei nº 6.843/74, conforme regração específica da Lei 4.337/64;

b) — exigência do recolhimento normal do Imposto sobre Circulação de Mercadorias gerado pelas operações tributáveis de Aços Finos Piratini S/A;

c) — abstenção, por parte do Estado, de utilizar-se do produto do referido imposto, para a integralização de capital na Companhia;

d) — a critério do Chefe do Poder Executivo, a decisão governamental de não mais efetivar a sistemática prevista na Lei nº 6.843/74, pode ser comunicada previamente à Companhia, explicitados os motivos determinantes da medida.

À sua consideração.

PORTO ALEGRE, 13 de novembro de 1979.

A ACUMULAÇÃO E A FUNÇÃO DE ASSESSORAMENTO

CLARITA GALBINSKY
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4530

ACUMULAÇÃO DE EMPREGOS E FUNÇÕES.
ASSESSORAMENTO (artigo 49, Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965).
Regime Constitucional.

Consulta o Senhor Chefe da Casa Civil sobre o tratamento jurídico a ser dispensado a extranumerários e a empregados, regidos pelo regime do Direito do Trabalho, pertencentes a órgãos do Estado ou a quadro de pessoal de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, na eventual hipótese de indicação para o exercício de funções de assessoramento (AS), nos moldes da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965.

Rege a designação em foco o artigo 49, da Lei nº 4.937, de 1965, que sem maior rigorismo técnico, lineou-a como segue:

"Art. 49 — Para o desempenho de suas atribuições constitucionais, o Governador e os Secretários de Estado poderão ser assistidos por especialistas, civis e militares, que serão designados assessores, regulares ou eventuais, escolhidos livremente entre os servidores ou pessoas estranhas ao serviço público estadual.

§ 1º — Para os casos previstos neste artigo, fica instituído um regime de retribuição variável segundo a natureza do serviço prestado dentro do limite mínimo, correspondente ao padrão FG-8, e máximo de seis vezes o valor desse padrão.

§ 2º — Os assessores, quando servidores civis ou militares, serão designados por ato individual do Governador, no qual especificará a função e a atribuição respectiva.

§ 3º — Quando a designação recair em funcionário estadual, a retribuição adquirirá a forma de gratificação de natureza especial e, somada aos vencimentos e vantagens correspondentes ao cargo de provimento efetivo, não poderá ser superior ao limite fixado pelo artigo 54 desta Lei.

§ 4º — Quando a designação recair em pessoa estranha ao serviço público, obedecerá a forma de contrato e o trabalho poderá ser considerado serviço público relevante". (grifei)

Ao primeiro olhar dado ao preceito ressaltaria a dicotomia adotada na Lei, alinhando paralelamente a situação dos servidores e a das pessoas estranhas ao serviço público, sobre cada qual se reflete um conjunto específico de efeitos estipendiários.

Assim, correndo de um lado, encontra-se o funcionário estadual, a pessoa regularmente provida em cargo público de provimento efetivo que, quando designada para assessoramento, recebe, nos termos legais (artigo 49, § 3º), uma retribuição sob a forma de gratificação de natureza especial, somada aos vencimentos e vantagens do cargo titulado.

Ao lado, desenrola-se a situação da pessoa estranha ao serviço público, alçada ao AS mediante a formalização de contrato, e cuja contraprestação, por isso, adquire contornos salariais.

Concretamente, pois, ressaltam da Lei dois segmentos: a) funcionário efetivo-designação-gratificação; e b) não-funcionário-contratação-salário.

Todavia, fazendo o exame com mais minudência, nota-se que o cabeçalho do artigo faz menção a duas categorias: a dos servidores e a das pessoas estranhas ao serviço público.

A dicotomia visualizada em princípio na Lei parece opor-se à politomia encerrada na generalidade da palavra servidores, que engloba, não só a categoria dos funcionários públicos em sentido estrito, mas vai além, abrangendo, por igual, os contratados e os extranumerários, permitindo entrever um possível conflito entre o cabeçalho e os parágrafos do artigo.

Entretanto, os preceitos adquirem coerência à medida em que se busca sistematizada na análise: assim, havendo o § 3º feito expressa alusão a cargo efetivo, o intérprete é empurrado à conclusão de que pessoa estranha, para os efeitos pecuniários decorrentes desta norma, é todo o não-funcionário, ou melhor, o não detentor, em caráter efetivo, de cargo público, mesmo que, eventualmente, seja, no sentido largo do termo, servidor da Administração Direta ou Indireta.

Na hipótese aventada na consulta encontrar-se-iam alguns dos prestadores de trabalho vinculados juridicamente à Administração Pública Direta ou Indireta, por liame disciplinado pelo regime do Direito Laboral.

Tocantemente aos empregados de órgãos da Administração Direta, em hipóteses excepcionais, como, à época, as dos Atos Complementares nº 41/69 e nº 52/69, ou excepcionais, da Lei nº 4.528, de 12 de julho de 1963; quanto, no âmbito da Administração Indireta, aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, inclusive as de segundo grau, a mando do artigo 170, § 2º, da Constituição da República, em vigor; quanto às autarquias, porque foram contratados pelo sistema juslaboralista na vigência da legislação permissiva e, a final, nas fundações, nos casos admitidos na lei autorizatória de sua instituição.

Enquadram-se todos, à justeza, no conceito de servidores.

Sendo a relação jurídica havida com os órgãos estaduais, entretanto, de índole privada, escapam à concepção restritíssima de funcionário público efetivo, visto como estes mantêm, com a Administração, relação estatutária, disciplinada pelo Direito Público e são detentores de cargo efetivo.

Transpostas estas noções à perspectiva do direito sob exame, é verificável que os servidores contratados através dos órgãos da Administração Direta, ou das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, de primeiro e segundo grau, e fundações, por descaracterizados como funcionários públicos, porventura indicados para assessoramento, só poderiam assumir a designação, segundo a alternativa do § 4º do artigo 49 — pessoa estranha ao serviço público — e o eventual ingresso dar-se-ia sob a modalidade de contrato.

Ora, sabido que o vínculo jurídico mantido com o órgão de origem no caso das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações é contratual, e que o novo liame sê-lo-ia também, estar-se-ia frente à hipótese de dupla contratação e, depois, da acumulação de empregos, cujo regime é rigorosamente constitucional.

Dispõe, com efeito, o artigo 99, da Constituição da República, na atual redação:

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

.....
§ 2º — A proibição de acumular estende-se a cargos, funções e empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.”

À simetria do parâmetro federal, determina a Constituição do Estado, no artigo 101:

“Art. 101 — É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

.....
§ 2º — A proibição de acumular estende-se a cargos, funções e empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.”

Afastam as normas maiores acima transcritas qualquer esboço de cogitação quanto à viabilidade da manutenção simultânea de dois contratos, representativos de dupla postura funcional nos órgãos da Administração Direta (cabeçalho) e nas entidades da Administração Indireta (§ 2º) ali elencados: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

E, por revestir o AS, para o servidor contratado pelas regras juslaboralistas, feição também obrigacional (§ 4º, artigo 49), o eventual desígnio de indicação esbarraria insolúvelmente no citado dispositivo da Carta da República, motivo pelo que a designação só se poderia realizar mediante o prévio rompimento da anterior relação.

Relativamente à hipótese dos extranumerários, a peculiaridade do tipo de ingresso, efetuado por ato unilateral do Poder Público, ou a sua qualificação jurídico-estatutária, (artigo 271, Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952) não infirmam a prescrição proibitiva do cabeçalho do artigo 99 da Constituição da República, reproduzida no artigo 101 da Constituição do Estado.

É que a vedação reclusa na cabeça do dispositivo banuiu o processo acumulatório não apenas no tocante a cargos públicos, senão se estendeu inclusive a funções públicas.

Assim, o extranumerário, que é mero exercente de função pública, desprovido de cargo, acaso indicado para assessoramento, teria viabilizado o seu ingresso no AS sob a modalidade de contrato, cujo objeto é, em síntese, prestação de serviço público, e, pois, função pública.

E a concorrência de situações funcionais, não é demais repetir, só é admissível como exceção, sendo, nesta qualidade, de interpretação restritiva, motivo pelo qual o extranumerário não pode ser designado para assessoramento, pena de incorrer no acúmulo indevido.

No que respeita à situação dos servidores do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, expressamente mencionada na consulta, tendo presente o disposto no artigo 12 do Convênio aprovado pelo Decreto Legislativo (RS) nº 2.502, de 3 de janeiro de 1967, segundo o qual o BRDE reveste a natureza jurídica de autarquia interestadual, bem como o disposto no seu artigo 32, por força do que o seu pessoal ficará sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, a matéria encontra plena identidade com a já examinada, merecendo, portanto, a solução apontada para os demais casos.

Releva considerar, no entanto, e para que se não deixe de oferecer solução legal para suportar o questionamento, que não se configura situação de acúmulo quando o celatário de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista é colocado à disposição da Administração Direta, mesmo com ônus à origem, para exercer cargo de confiança.

Neste caso particular, se lhe podem ser cometidas funções de confiança, gratificadas mediante a atribuição de comissionamento, o qual, **meramente para efeitos retributivos**, pode tomar como paradigma os valores estabelecidos por lei para a remuneração dos funcionários designados, segundo os lineamentos da Lei nº 4.937 de 1965, para funções de Assessoramento.

Dito comissionamento, para o celetista, rege-se pelo artigo 450 da Consolidação das Leis do Trabalho, desenhado de forma precária e com embasamento fiduciário, percebível se e enquanto perdurar o exercício da função de confiança na Administração Direta.

O mesmo raciocínio e a solução apontada aplicam-se aos celatários contratados dos órgãos da Administração Direta.

Relativamente à peculiar situação dos servidores de fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, firmou esta Procuradoria-Geral entendimento no sentido de que, por omitida no dispositivo constitucional (artigo 99, § 2º), a dúplice contratação deixaria de configurar o acúmulo vedado.

Havida em caráter normativo dita orientação, resta enfrentar a sua conseqüência óbvia: os servidores contratados de fundações estaduais podem ser investidos em funções de assessoramento (AS), por exceção ao princípio do acúmulo indevido (ausência de vedação constitucional expressa).

No entanto, parece-me, de um lado pelo aspecto legal, e, de outro, pelo moral, e forte na orientação até a presente data adotada nesta Casa no sentido de que os assessores estão obrigados a cumprir jornada laboral de quarenta e quatro horas semanais, devem os mesmos efetuar, nas fundações de origem, a respectiva redução no horário de trabalho, de modo a compatibilizar o exercício pleno do contrato com o da função de assessoramento.

Estar-se-á, desta forma, atendendo a preceitos relativos à própria higiene do trabalho, e obedecendo à regra de ordem pública enfeixada no artigo 382, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a qual, **"entre duas jornadas de trabalho haverá intervalo de onze horas consecutivas, no mínimo, destinado ao repouso"**.

Sintetizando o que até aqui foi exposto, concluo:

1. os empregados, regidos pelo Direito do Trabalho, nos órgãos da Administração Direta, e, na Administração Indireta, das autarquias, inclusive atípicas, empresas públicas, e sociedades de economia mista de primeiro e segundo grau, não podem ser designados para as funções de assessoramento (AS), regidas pelo artigo 49, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1962, por configurar hipótese de dupla contratação e, pois, acúmulo vedado no artigo 99 e parágrafo 2º, da Constituição da República e no artigo 101 e parágrafo 2º, da Constituição do Estado;

2. podem, no entanto, ser designados para função de confiança na Administração Direta e auferir, na forma admitida no artigo 450, da Consolidação das Leis do Trabalho, comissionamento que adote, meramente como valor de referência, no cálculo da retribuição, a gratificação atribuída aos exercentes de AS;

3. os extranumerários, regidos pelo Direito Estatutário, tampouco podem ser designados para as funções de assessoramento (AS), de que trata o artigo 49, da Lei nº 4.937 de 1965, face à vedação do acúmulo de funções, inscrita no cabeçalho do artigo 99 combinado com o artigo 101, das Constituições da República e do Estado, respectivamente;

4. os empregados, regidos pelo Direito do Trabalho, de fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, podem, mediante contrato, ser guindados a funções de assessoramento (AS), na forma do artigo 49, da Lei nº 4.937 de 1965; devem, contudo, compatibilizar a respectiva carga horária de cada uma das posturas funcionais, de modo a poder exercer plenamente a jornada correspondente a cada contrato e, ainda, observar os períodos obrigatórios de descanso, em especial o artigo 382 da Consolidação das Leis do Trabalho.

PORTO ALEGRE, 22 de outubro de 1980.

DOMÍNIO DA ILHA HUMAITÁ

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Administrativo na Faculdade
de Porto-alegrense de Ciências Administrativas
Especialista em Direito Administrativo.

PARECER Nº 4.532

ILHA – pertencem ao domínio privado as terras dadas pela União em aforamento perpétuo em 1928, as quais, tendo sido península (e naquela época já pertenciam ao domínio privado), tiveram seu istmo cortado em 1959, tornando-se artificialmente uma ilha.

Embora esteja cercada de água, ilha é terra, e se subordina ao regime jurídico das terras.

A Secretaria da Fazenda requer o pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado sobre a situação jurídica da ILHA HUMAITÁ, integrante do PARQUE ESTADUAL DO DELTA DO JACUÍ.

A consulente solicita exame do assunto sobre os seguintes aspectos: primeiro, sobre a legitimidade da existência da propriedade da firma FREDERICO MENTZ S/A. sobre a ILHA HUMAITÁ; segundo, se a ILHA HUMAITÁ pode ser considerada "ilha".

É o relatório.

2. A questão inicial versa sobre a legitimidade da existência do direito de propriedade da empresa FREDERICO MENTZ S/A. sobre a referida ilha. Esta questão é conexa com o que indaga a Secretaria da Fazenda **ab initio**: se a ILHA HUMAITÁ pode ser considerada "ilha". Momentaneamente deixemos a investigação disso para examinarmos o fato da propriedade.

3. Pela documentação que instrui o expediente (termos de aforamento perpétuo passado pela União em agosto de 1928, e em janeiro de 1931; escritura de venda de imóvel e de domínio útil de terreno aforado à Fazenda Federal, de julho de 1928, conforme fls. 5, 6 e 14; levantamento aéreo, de 1956; petições e correspondências inúmeras; cópia de petição que interpela judicialmente o DNOS; carta topográfica com levantamento taqueométrico, de 1914); se verifica que, em 25 de julho de 1928, BENNO MENTZ e outros compraram em regime condominial, a "Fazenda do Gravatahy" dos sucessores do Coronel ANTERO HENRIQUE DA SILVA; nessa transação foi incluído o domínio útil de um terreno enfiteutico, cujo senhorio direto era o Tesouro Nacional, naquela época. Nas confrontações dessa área consta:

"Ao Norte, com o Rio Gravatahy; ao Sul com propriedade de herdeiros ou sucessores de José de Souza Feijó, de João Affonso de Freitas Amorim, do Dr. Francisco J. de Almeida, de Francisco da Silva Feijó, do Dr. Francisco Isidoro Duarte, de José Bibiano de Albuquerque, de Neugebauer irmão, de Anna de Azevedo Rabello, Francisco A. D'Azevedo, Luiz Francisco Rabello, Joaquim Francisco D'Azevedo e Manoel Joaquim Rabello, e pelo Rio Guahyba, lugar denominado "Sacco do Cabral"; ao Leste, pela estrada de ferro que separa o imóvel ora vendido de terras de herdeiros ou sucessores de Fernando de Freitas Travassos, e, ao Oeste, com o Rio Guahyba"; (Da escritura registrada sob nº 49.764, à fls. 286, do Livro 3P, do Cartório do Registro de Imóveis, a 1º de agosto de 1928 — Cf. extrato, a fls. 13).

Naquela época não existia a "ilha" Humaitá.

Em 1930, a "Fazenda do Gravatahy" passou à propriedade de FREDERICO MENTZ & CIA., e, em 1947, à de FREDERICO MENTZ S/A.

4. De 1947 para cá, houve expropriações de parte dessa área, e houve a abertura de um canal, fatos que lhe encurtaram a superfície.

Mas, indubitavelmente, a área restante permaneceu no domínio privado: a prova documental oferecida é robusta.

Conforta este entendimento Parecer da lavra do eminente THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, então Consultor-Geral da República (em 1945):

"As ilhas formadas ou que se formaram no álveo do rio são de domínio público e acompanham o rio na destinação prevista pela Constituição e pelas leis ordinárias (União, Estados e Municípios).

As ilhas que se formaram de maneira diversa, por outros acidentes geográficos, inclusive pela formação de outros braços de rios, pertencem aos Estados como terras devolutas, se por outro título não forem do domínio federal ou particular." (In Revista de Direito Administrativo nº 5, p. 300).

5. A segunda dúvida da consulente, é se a ILHA HUMAITÁ pode ser tida como "ilha".

Em 1949, o DNOS fez tratativas com a empresa proprietária da Fazenda já mencionada, visando a abertura de um canal que ligaria o Saco do Cabral com o Rio Gravataí.

6. Então, a empresa alega que doou ao DNOS a porção de terra necessária à feitura do canal (lugar que hoje dá acesso aos petroleiros que ancoram no Rio Gravataí, na altura da Ponte Porto Alegre-Canoas, na BR-116).

A obra foi concluída em 1959. Em decorrência da feitura do canal, foi destruído o istmo que ligava a Fazenda (se a considerarmos como uma península) ao continente, e então surgiu a hoje chamada ILHA HUMAITÁ (Humaitá era o nome geográfico de uma angra e de uma praia a oeste, nessa área; formada a ilha, essa lhe assimilou o nome, embora às vezes apareça com outros nomes, ensejando certa confusão).

7. Embora pela regra do artigo 5º da Constituição da República as ilhas fluviais pertençam ao Estado-membro, no presente caso há uma situação *sui generis*, porque a ILHA HUMAITÁ se formou pela destruição intencional do elo que a integrava na superfície continental de Porto Alegre.

Aliás, observadas de avião, as margens do canal são rigorosamente retas, demonstrando o corte feito artificialmente no terreno.

8. Do ponto de vista geográfico, a terra da Fazenda Gravataí se transformou em ilha, na acepção mais elementar, de terra cercada de água por todos os lados.

9. Do ponto de vista legal, eis que não houve modificação de regime jurídico do domínio daquela terra, a ILHA HUMAITÁ permanece sendo bem de domínio privado:

"Mas, ilha é terra, e como tal há de subordinar-se ao regime jurídico das terras." (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., São Paulo, RT, 1976, p. 507).

10. RESUMINDO, ficam respondidas as duas indagações assim: a ILHA HUMAITÁ é ilha mesmo e pertence ao domínio privado, consoante títulos exibidos.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 22 de outubro de 1980.

CONTRATO DE EMPREITADA

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora da Fundação Rio-Grandense Univer-
sitária de Gastroenterologia
Professora de Direito Constitucional na Univer-
sidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4295

CONTRATO DE EMPREITADA. Distintamente da locação de serviços, a empreitada caracteriza-se pela obtenção de um resultado final, cujo preço é calculado em razão da duração da obra.

A SUPERVISÃO DE COMANDOS MECANIZADOS da Secretaria da Agricultura submeteu ao exame e à aprovação do Superintendente Geral daquela Pasta "minuta de contrato de prestação de serviços por hora/máquina, na construção de pequenos açudes, bebedouros, destocamento de lavoura, canais de drenagem e irrigação, subsolagem de lavouras, terraplenagem e vias de acesso", minuta esta decorrente de um modelo de contrato de prestação de serviços, junto ao expediente, até então utilizado pela mesma Supervisão e que ora está sendo objeto de proposta de alteração.

Diante disso, o Superintendente-Geral encaminhou o Processo a esta Procuradoria-Geral para exame e parecer.

De início, cumpre analisar-se quais os dispositivos aplicáveis ao contrato objeto de exame: se os da locação de serviços, compreendidos nos artigos 1216 a 1236 do Código Civil Brasileiro; ou se os da empreitada, artigos 1237 a 1247 do mesmo Código.

Configurando-se os traços e as características de um e de outro pode-se obter uma resposta a esta questão.

Diz o art. 1216 do Código Civil que "toda a espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição".

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, depois de discorrer sobre a distinção entre a prestação civil de serviços e o contrato de trabalho, destacado da locação de serviços por meio de legislação própria, conceitua o primeiro como "aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração" (in "Instituições de Direito Civil", vol. III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 333).

Como características da locação de serviços, o mesmo autor arrola: a (a) bilateralidade; a (b) onerosidade; e, (c) a consensualidade (id., ibid.).

O objeto, a remuneração e o consentimento são os elementos essenciais deste tipo de contrato, segundo CAIO MÁRIO, tendo por objeto a "prestação da atividade, resultante da energia humana aproveitada por outrem, e tanto pode ser intelectual como material ou física"; por remuneração, normalmente, uma prestação pecuniária, sem obstar outra espécie de prestação, com exceção da de serviços que tornaria atípico o contrato e que pode ser ajustada por período ou por serviço, mediante pagamento antecipado, ou não, depois de concluído o serviço, ou ainda, em prestações; e, finalmente, por consentimento, qualquer emissão volitiva, sem exigência de forma especial (ob. cit., pág. 334-7).

Enquadram-se como tais, conforme o mesmo autor, os contratos de prestação de serviços eventuais, pela ausência de continuidade e de dependência (id., ibid.).

Como contrato de empreitada CAIO MÁRIO considera aquele "em que uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para a outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado" (ob. cit., pág. 282).

Os caracteres jurídicos deste contrato, arrolados pelo mesmo autor, são os que seguem:

"(...) bilateral, oneroso, consensual, comutativo, como regra, podendo entretanto ajustar-se com caráter aleatório" (ob. cit., página 283).

Ao distinguir o contrato de empreitada do de prestação civil de serviços, CAIO MÁRIO, citando ESPÍNOLA (Dos Contratos Nominados, nº 139); CLÓVIS BEVILÁQUA (Comentários ao art. 1237 do Código Civil); PLANIOL, RIPERT e BOULANGER (Traité Élémentaire, vol. II, nº 2991); SERPA LOPES (Curso, vol. IV, nº 446), diz o seguinte:

"(...) não obstante o ponto de aproximação, que é a prestação da atividade, a empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade, como objeto de relação contratual. Enquanto no contrato de serviços se cogita da atividade como prestação imediata, na empreitada tem-se em vista a obra executada, figurando o trabalho que a gera como prestação mediata ou meio de consecução" (ob. cit., pág. 2B2).

CLÓVIS BEVILÁQUA esclarece muito bem a distinção entre as duas modalidades de contratos, a saber:

"A diferença está, primeiramente, no modo de remunerar o esforço do trabalhador, que, na empreitada, atende à obra realizada, e, na locação comum, ao tempo de serviço (...). O que caracteriza a empreitada é o seu fim, que consiste na produção de uma obra material ou certa porção dela; seja, por exemplo, a construção de um edifício, seja o preparo dos móveis, com que lhe guarnecer uma das salas" (in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Co-

mentado. 2º Vol. Comentários ao artigo 1237. Edição Histórica. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, pág. 344).

Sintetizando as posições doutrinárias a propósito da distinção entre a locação de serviços e a empreitada, ORLANDO GOMES ensina que dita distinção "não foi feita pela doutrina moderna segundo critério uniforme". As proposições ora baseavam-se no "modo de remuneração do locador e do empreiteiro", ora na "profissionalidade da parte a quem incumbe o pagamento da remuneração", ora no "fim do contrato" (in Contratos. 4ª ed. Rio, Forense, 1973, pág. 331).

Pelo primeiro critério, segundo o mesmo autor, "o contrato é de empreitada se a remuneração se calcula em função da obra feita, não se levando em conta o tempo gasto em sua execução, mas se é paga em função de uma unidade de tempo, como a hora, o dia ou o mês, há locação de serviços". Criticando esta posição, o mesmo autor afirma que a circunstância de ser paga por unidade de obra não desfigura a empreitada. A obra é estimada no conjunto e não pelas unidades isoladas de trabalho, como acontece no salário por peça ou tarefa.

O segundo critério parece insustentável para o sobredito autor, visto que se apóia em elemento de caráter econômico, quando deveria se assentar em elemento jurídico (cfe. ROUAST, in Traité pratique de Droit Civil Français de PLANIOL e RIPERT, vol. XI apud ORLANDO GOMES, ob. cit., pág. 331).

Pelo terceiro critério, ainda segundo ORLANDO GOMES, "há empreitada quando o fim do contrato é o resultado da atividade, não a prestação de serviços. Na locação de serviços, prestação genérica de trabalho, na empreitada, trabalho específico" (cfe. D'EU-FEMIA, in Trattato di Diritto de Lavoro de Borsi e Pergolesi, vol. 1º, pág. 88). E acrescenta que, apesar de ser este o critério preferido pela doutrina civilística, não é plenamente satisfatório porque a individualização da prestação também cabe no contrato de trabalho (ib. ibid.).

Considerando tênues as fronteiras entre a empreitada e a locação de serviços ELCIR CASTELLO BRANCO, ao dissertar sobre a empreitada, na Enciclopédia Saraiva do Direito, entende que "a empreitada sempre vai distinguir-se pelo modo de encarar a obrigação de fazer. Se o ajuste se limita ao fornecimento da mão-de-obra, sob o controle e orientação do dono locatário, vislumbramos a locação de serviço ou contrato de trabalho. Se o pagamento e o desempenho estão adstritos ao resultado, defrontamos com a empreitada" (in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 31. São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, pág. 257).

Ainda discorrendo sobre o contrato de empreitada, diz este mesmo autor o seguinte:

"A prestação do trabalho não se circunscreve fazer em si, colima um escopo definido, que é a obra. As partes objetivam a realização ou modificação de alguma coisa, para que ela alcance as características convencionadas. Sob

este ângulo, a empreitada é um contrato de resultado, não busca apenas o desempenho um contrato de resultado, não busca apenas o desempenho parcelado e autônomo. Toda execução se orienta para o término da obra, porque só assim se consegue a utilidade almejada pelo dono (Thomas, La distinction des obligations de moyens, Rev. Crit. de Leg. et de Jurisp., 1937, pág. 636; Tunc, Distinzione delle obbligazioni di diligenza, Nuova Riv. Dir. Comm. t. 1, pág. 126, 1947/48; Emilio Betti, Teoria generale delle obbligazioni, Milano, 1953, t. 1., página 128). "(ob. cit., pág. 257-8)

Do exame da doutrina é possível concluir-se pela existência em ambos os contratos dos seguintes traços distintivos:

— na locação de serviços o que importa é a prestação da atividade em si mesma; na empreitada, o resultado final da atividade;

— na locação de serviços o pagamento é calculado em razão do tempo despendido pelo trabalhador na prestação da atividade; enquanto na empreitada o que interessa é a duração da obra realizada;

— na locação de serviços o trabalho é executado sob o controle e a orientação do locatário; na empreitada, o que importa é o resultado produzido pelo empreiteiro com base nas instruções do dono da obra.

Na presente minuta de contrato, apesar de o "nomen juris" ter sido escolhido o de "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (POR HORA)" os traços e as características nela inseridos são as do contrato de empreitada.

Com efeito, apesar de a minuta referir-se a contrato de prestação de serviços por hora, o objeto do contrato, tal como está previsto na cláusula primeira, é a **construção de algo**, conforme foi referido no relatório: a "construção de pequenos açudes, bebedouros, destocamento de lavoura, canais de drenagem e irrigação, subsolagem de lavouras, terraplenagem e vias de acesso". O contrato a ser celebrado, nos termos da minuta sob exame, visa, pois, à obtenção de um resultado específico.

No que pertine à fixação do preço, apesar de o título do contrato, na forma minutada, prever o pagamento por hora de trabalho, as condições de pagamento, previstas na cláusula quarta, levam em conta o volume do trabalho alcançado, ou seja: 30% no início da obra; 40% quando os trabalhos atingirem 50% do volume total previsto; e os restantes 30% com a entrega da obra.

A par disso, o contrato deve prever a possibilidade de reajustamento de preço na vigência do contrato, dependendo das circunstâncias em que for celebrado e de comum acordo entre as partes, atendida a legislação aplicável.

A cláusula sétima também deve estabelecer o prazo de término dos trabalhos, na forma exigida nesta modalidade de contrato.

Quanto à cláusula nona, na hipótese de descumprimento das obrigações contratuais, tal como na falta de pagamento do preço contratual nas épocas aprezadas, é possível a resolução do contrato com ressarcimento de perdas e danos.

Outra característica do contrato de empreitada, que é a insubordinação ou independência da contratada na realização dos serviços, acha-se intrínseca na própria natureza da atividade ora em exame.

Ao contrato de empreitada transposto para o direito público, já que a simples presença da Administração por si só caracteriza o contrato administrativo, são aplicáveis as mesmas normas de direito privado, ficando autorizado, todavia, à Administração a invocação de privilégios, inclusive a modificação unilateral do contrato, atendido o interesse público prevalente.

Conforme HELY LOPES MEIRELLES, no contrato administrativo não existe um divórcio total com o contrato de direito privado, prevalecendo, apenas, as normas de direito público, isto é, a Administração utiliza o modelo de contrato vigente no âmbito do direito privado, derogando normas do direito comum e inserindo-lhe "privilégios administrativos", tendo em vista o interesse público sempre presente nos negócios da Administração (in Licitação e Contrato Administrativo. 2ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 184-6).

Finalmente, os casos omissos poderão ser resolvidos à luz dos dispositivos da lei civil sobre o contrato de empreitada (arts. 1237 a 1247 do Código Civil Brasileiro), observados os privilégios administrativos, derogatórios do direito comum nos contratos administrativos, ou de comum acordo entre as partes, naquilo que for matéria dispositiva.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de janeiro de 1980.

FUNCIONARIO DESIGNADO PARA RESPONDER PELO EXPEDIENTE DE DELEGACIA

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4373

FUNCIONÁRIO DA POLÍCIA CIVIL.

Lei nº 6.194/71.

Inspetor designado para responder pelo expediente de Delegacia de Polícia.

Indeferimento do pedido de pagamento de diferenças, entre o vencimento do cargo de Inspetor e o de Delegado de Polícia, por falta de previsão legal.

P. M. L., Inspetor de Polícia, 3ª classe, padrão 8, matrícula 120570, respondendo pelo expediente da Delegacia de Polícia de Cambará do Sul, de acordo com o Boletim nº 14, de 4 de fevereiro de 1976, requer o pagamento da diferença de vencimentos, entre os de seu cargo, de Inspetor e os de Delegado de Polícia de 1ª classe e demais vantagens a que, eventualmente, tiver direito, a partir de 21 de junho de 1978, data em que foi lotado na referida Delegacia, um Delegado de Polícia — autoridade esta que nunca exerceu suas funções — tudo de acordo com os artigos 61, 62 e 63 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul).

Manifestou-se a Assessoria Técnico-Policial, da Superintendência dos Serviços Policiais, da Secretaria da Segurança Pública, sugerindo que o tema fosse submetido a esta Casa.

É o relatório.

2. O funcionário policial, designado para responder pelo expediente de uma Delegacia de Polícia, passa a desempenhar atividades como se fora delegado substituto, com todas as implicações que isto acarreta. E, como bem assevera, no processo, o Parecer do Bel. CAIO JOSÉ NACUL DE ANDRADE, da Assessoria Técnico-Policial, da Superintendência dos Serviços Policiais "fá-lo abnegadamente e não por vontade própria, exigindo-se do mesmo um novo "status" econômico, a título de representação inerente às novas funções".

Nenhum serviço pode se pressupor gratuito, especialmente o trabalho policial que exige dedicação, esforço, probidade, diligência, além de expor a pessoa a sérios riscos de vida.

3. Não se poderia, todavia, alegar tratar-se de exercício de fato da função, com o fim de pleitear a indenização correspondente, porque o interessado, ao ser designado para responder pelo expediente da Delegacia de Polícia de Cambará do Sul, já era, a esse tempo, ocupante de cargo de provimento efetivo — Inspetor de Polícia — e já se encontrava vinculado, regularmente, ao serviço público.

4. Efetivamente, sofreu o peticionário desvio de função, situação irregular de que não se podem extrair efeitos jurídicos, pois perpetuou-se numa situação transitória por determinação legal.

Veja-se o art. 106, do Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971), verbis:

“Art. 106 — A substituição de Titulares de Delegacias de Polícia será sempre por Delegado de Polícia.

§ 1º — Somente em Delegacia de Polícia de 1ª categoria, mas mesmo assim em caráter excepcional, poderá ocorrer substituição de Delegado de Polícia por Comissário, Inspetor ou Escrivão de Polícia.” (grifei)

Onde a excepcionalidade se a situação desenrola-se desde 1976?

Não se justifica que a Administração deixe acéfala, durante tanto tempo, uma Delegacia de Polícia.

5. Não caberia aqui a alegação de injustiça, no tocante aos vencimentos percebidos pelo requerente, visto que todo trabalho público está adstrito ao princípio da “unilateralidade econômica” de que nos fala RUY CIRNE LIMA:

“Nenhuma correspectividade se entende existir entre o trabalho público e a compensação patrimonial, acaso atribuída, em concomitância, àquele que o presta. De tal sorte, a suspensão ou cessação desta não poderá jamais reputar-se causa suficiente para justificar a suspensão ou cessação daquele.” (Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, Livraria do Globo, 2ª ed., Porto Alegre, 1939, pág. 152).

Estando, o peticionário, regularmente investido em cargo público — inobstante o atual desvio de função — guarda vínculo com a Administração, submetendo-se ao regime por ela instituído para o serviço público, não podendo, pois, beneficiar-se com situações contrárias ou não previstas por disposições legais.

Aqui não se trata de deixar desprovido de qualquer remuneração quem não possui outro emprego — seria a hipótese do funcionário de fato — e, sim de funcionário já retribuído pelo cargo que detém regularmente, o de Inspetor de Polícia.

Pode-se observar que não se trata de substituição. Trata-se, isto sim, de designação para responder pelo expediente da referida Delegacia.

O extinto Conselho do Serviço Público já fazia distinção entre estas duas figuras, se não vejamos:

“A designação para responder pelo expediente é figura diversa da substituição, modalidade de nomeação que deve ser praticada pela autoridade competente para nomear.” (“in” Parecer nº 3615/57 do Conselho do Serviço Público).

O antigo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei nº 6.194/71) previa a substituição de titular de Delegacia de Polícia de 1ª categoria, por Comissário, Inspetor ou Escrivão de Polícia. O vigente Estatuto (Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980) trata da designação para responder pelo expediente da seguinte forma:

“Art. 22 — A substituição do titular de Delegacia de Polícia dar-se-á por Delegado de Polícia.

§ 1º — Em caráter excepcional, Comissário, Inspetor ou Escrivão de Polícia poderá responder pelo expediente de Delegacia de Polícia classificada em 1ª categoria.” (grifei)

Ambos silenciaram quanto à remuneração das preditas atividades.

7. Invoca, o interessado, o art. 3º, da Lei nº 6.194/71, verbis:

“Art. 3º — Aplica-se aos servidores da Polícia Civil, em tudo que não contrariar esta Lei, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.”

Entretanto, esta não é a hipótese em questão. Se, por um lado, não prevê o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil a remuneração da substituição, o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado e respectiva regulamentação prevê, por outro, a substituição condicionada a uma série de formalidades que não comporta qualquer semelhança com a designação para responder pelo expediente, figura diversa da substituição.

Impossível, por conseguinte, invocar-se a sistemática da substituição de funções, regulamentada pelo Decreto nº 17.294, de 11 de maio de 1965, para o caso em foco. Inexiste qualquer efeito patrimonial.

À míngua de provimento legal, que autorize o pagamento, não há como deferir-se o pedido formulado, pois sabe-se que a eficácia de toda a administração está condicionada ao atendimento da lei.

Como bem salienta o mestre HELY LOPES MEIRELLES:

"Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza." (Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª edição, 1979, pág. 70).

Em Direito Administrativo só há direito a vantagens quando a lei expressamente determinar. Inexistindo norma legal, evidencia-se a impossibilidade de atender ao pedido de pagamento de diferença de vencimentos, isto por decorrência do princípio da legalidade.

Perpetuou-se, o requerente, numa situação que é, por determinação legal, transitória e sem remuneração prevista e, disso nenhum efeito jurídico, mormente quanto ao caráter indenizatório, há a extrair-se.

Não estava titulado juridicamente para exercer as funções de Delegado de Polícia, apenas foi designado para responder pelo expediente.

EM CONCLUSÃO, verifica-se que a pretensão do requerente deve ser indeferida por falta de previsão legal, pois só com provimento legislativo poder-se-ia remunerar a designação de que trata este petítório.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de maio de 1980.

PUBLICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

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

PARECER Nº 4510

ATO ADMINISTRATIVO. PUBLICIDADE: PUBLICAÇÃO E COMUNICAÇÃO.

A publicidade do ato administrativo de alcance geral se efetua mediante a publicação do mesmo, geralmente no Diário Oficial, enquanto a publicidade do ato de alcance individual se obtém mediante comunicação, por meio idôneo, à parte interessada.

ERRO DA ADMINISTRAÇÃO.

Por razões de conveniência e de interesse público, e desde que sem ofensa às leis e a direitos de terceiros, pode a Administração agir livremente para regularizar situações originadas de erro administrativo.

Em 11 de novembro de 1974, por erro da Administração Pública, HAVANY COELHO BARÃO, Professora do Ensino Médio II, contratada, estável, foi transferida, mediante opção formulada com base no art. 156 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, para o Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual. Isso não poderia ter ocorrido porque a aludida Professora não era efetiva, ocupante de cargo do Quadro Único do Magistério, conforme exigia a Lei nº 6.672/74. Nessa posição irregular, contudo, permaneceu ela até 1º de outubro de 1976, quando, por ato publicado no Diário Oficial da mesma data, foi declarada sem efeito aquela sua transferência para o Quadro de Carreira.

Desse ato, porém, não tomaram conhecimento nem a interessada nem o próprio Tesouro do Estado, o qual continuou lhe pagando, até maio de 1979, vencimentos correspondentes à Classe 5, Nível 5, Triênio 3, como se a aludida Professora estivesse integrando o Quadro de Carreira.

Segura, pois, de sua investidura em cargo do Quadro de Carreira do Magistério, a aludida servidora não exerceu o direito de requerer sua efetivação nos termos das Leis nºs 7.133, de 13 de janeiro de 1978, e 7.199, de 30 de outubro de 1978, que lhe garantiram tal direito, sob pena de decadência, até 30 de dezembro de 1978.

Prejudicada por toda a situação descrita, requer esta Professora, no expediente ora em exame, sua efetivação nos termos da aludida Lei nº 7.133/78, bem como sua posterior transferência para o Quadro de Carreira do Magistério, também com base na Lei nº 7.133/78, art. 3º.

RPGE, Porto Alegre, 11 (29): 123-127, 1981

123

Seu pedido, na Unidade de Assessoria Jurídica da Secretaria da Educação, obteve parecer favorável, o mesmo não ocorrendo na Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração. Diante da divergência de entendimentos, o processo respectivo foi encaminhado a esta Procuradoria-Geral, para exame e parecer, tendo sido anexada ao processo, posteriormente, uma petição, datada de 17 de junho último, em que a requerente solicita sejam revisados os conceitos emitidos pela aludida Assessoria Jurídica em sua informação, e reitere seu pedido de efetivação e transferência.

É incontroverso o poder que assiste à Administração de invalidar os atos que pratica, por motivo de conveniência ou legalidade, o que, aliás, é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 473). Assim, era lícito ao Poder Público, no caso, tornar sem efeito o ato de transferência da interessada para o Quadro de Carreira do Magistério, pois esse ato havia sido expedido por erro da Administração, um dos vícios de manifestação da vontade que atinge a perfeição do ato administrativo. A anulação, contudo, apesar de publicada no Diário Oficial de 1º de outubro de 1976, teve sua eficácia suspensa até seu conhecimento efetivo pela destinatária e, inclusive, pela própria Administração Pública, o que ocorreu só em junho de 1979, quando a servidora, ao receber seus vencimentos relativos ao mês anterior, constatou, pelo respectivo contracheque, descontos relativos à diferença, a maior, que lhe vinha sendo paga, a título de remuneração como Professora integrante do Quadro de Carreira. É que o Tesouro do Estado, só então, havia tomado conhecimento da anulação da transferência, conforme bem o comprova a informação de fl. 7 do processo nº 8.651, da Secretaria da Educação.

Vê-se que a publicação do ato administrativo não atingiu, pois, no caso, sua finalidade, que é a divulgação do ato para conhecimento de todos os interessados e início de seus efeitos. Como a aparência da situação, até junho de 1979, era de plena regularidade, com a Professora percebendo vencimentos correspondentes a integrante do Quadro de Carreira, e como os atos da Administração gozam da presunção de legalidade (cf. SEABRA FAGUNDES. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio, Freitas Bastos, 1941. p. 50; MARCELO CAETANO. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1977, p. 209), não se pode atribuir à postulante a responsabilidade pelo não-conhecimento da anulação de sua transferência, ainda mais levando-se em conta o desconhecimento do próprio Tesouro do Estado, Órgão do Poder Público.

Deveria ter havido, no caso, como ensinam os administrativistas, a **comunicação**, ou seja, a **participação individual à interessada do ato administrativo de seu interesse**, pois não se tratava, então, de ato de alcance geral, quando sua publicação é suficiente.

MIGUEL S. MARIENHOFF, em seu *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Ediciones Glem S. A., 1966, t. 2, p. 377-40), discorrendo sobre a publicidade ou comunicação dos atos administrativos, explica que é preciso distinguir, segundo se trate de um ato de alcance geral, ou de um ato de alcance particular ou individual. A publicidade ou comunicação do ato administrativo de alcance geral ou abstrato se efetua mediante a publicação do mesmo, geralmente no Diário Oficial, enquanto a **publicidade ou comuni-**

cação do ato administrativo de alcance particular ou individual se obtém mediante sua notificação, por meio idôneo. Quanto a esse tipo de ato, sua eficácia só se obtém por meio de notificação idônea, pois não é lícito à Administração suprir a notificação com a publicação.

JOSÉ R. DROMI (*Acto Administrativo. Ejecución, suspensión y recursos*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1973, p. 53-7), citando legislação argentina a respeito, também afirma que o ato administrativo de alcance particular adquire eficácia pela notificação ao interessado, e que o ato de alcance geral a adquire pela publicação. Esclarecendo que a comunicação dos atos administrativos aos interessados constitui elemento fundamental da segurança jurídica, aponta sua dupla função: (1) condição jurídica para a eficácia dos atos administrativos que afetam diretamente os administrados e (2) pressuposto para o transcurso de prazos de impugnação.

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO igualmente distingue entre publicação e comunicação, explicando que essa é a participação individual ao interessado e a ele dirigida. (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1969, v. 1, p. 521).

MARCELO CAETANO, por sua vez, ensina:

"Sempre que a Administração tenha de resolver questões que afetem interesses alheios, a sua decisão deve ser precedida, em princípio, da audiência de todos os interessados, conforme a regra "audi alteram partem". (Ob. cit., p. 523).

Essa audiência, esclarece o mesmo autor, tem por objetivo o exercício dos mais variados direitos. No caso, não há, em todo o expediente, qualquer documento que comprove a ciência, à interessada, do processo de revisão de sua transferência para o Quadro de Carreira do Magistério.

Estando, pois, bem justificada a boa-fé com que se houve a requerente e havendo possibilidade, no caso, de regularização de sua situação funcional, não há porque deixar de fazê-lo.

Embora a Administração Pública esteja adstrita, em suas atividades, aos limites da lei, situações especiais há nas quais, por razões de conveniência e de interesse público, pode ela agir livremente, desde que sem ofensa às leis e a direitos de terceiros. Tais situações são principalmente aquelas nas quais é preciso garantir a segurança nas relações jurídicas, solucionando a Administração problemas de interesse público.

SEABRA FAGUNDES, a propósito, ensina:

"Se em princípio a atividade administrativa está sempre condicionada a estreitos limites preestabelecidos na lei, há casos em que tais limites perdem

parcialmente a rigidez para se reconhecer ao Poder Executivo uma certa liberdade de movimentos. A variedade e multiplicidade dos casos, que lhe são presentes, excluem, por vezes, uma disciplina uniforme e precisa. O seu exercício é condicionado por uma série de circunstâncias ocasionais e com respeito a alas não á possível tudo prever. Nem seria útil descer a rigorosa minuciosidade, o que resultaria em nocivo entrava à realização das suas finalidades." (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio, Freitas Bastos, 1941, p. 79).

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, da mesma forma, explica:

"O interesse público pare a Administração tem amplíssima dimensão; para prosseguir-lo abre-se-lhe um imenso campo de atuação livre e discricionária. O Direito não é um modelo, um molde, um paradigma da atuação administrativa senão em reduzido número de hipóteses: na verdade, ele funciona mais como limitação de agir como condicionante de agir." (Curso de Direito Administrativo, 3ª ed., Rio, Forense, 1976, p. 155).

No presente caso, é fora de dúvida que o objetivo do Poder Público, ao editar a Lei nº 7.133/78, reabrindo depois, inclusive, o prazo nela estabelecido, foi o de regularizar situações funcionais de grande parte de servidores públicos estáveis, mas não ocupantes de cargo de provimento efetivo, e, desta maneira, também resolver um problema de interesse de própria Administração.

MANUEL MARIA DIEZ, em sua obra *El Acto Administrativo* (Buenos Aires, Tipografia Editora Argentina S. A., 1961, p. 252-54), afirmando que toda atividade administrativa deve estar inspirada no princípio da equidade, ensina que a autoridade, para obter o melhor conteúdo do ato administrativo, deve eleger entre as diversas soluções a mais equitativa, a que melhor responda aos interesses da Administração e dos Administrados.

Além do que já foi dito, cumpre ainda salientar que a requerente, tendo solicitado em 27 de junho de 1974 sua transferência para o Plano de Carreira do Magistério, teve seu pedido deferido, conforme ato publicado no Diário Oficial de 11 de novembro de 1974. Esse ato foi declarado sem efeito pela portaria publicada no Diário Oficial de 1º de outubro de 1976.

Deve-se, entretanto, notar que, por força dessa portaria, somente ficou sem efeito a concessão da transferência. A manifestação da vontade da postulante evidentemente subsistiu, e nela estava implícito o pedido de efetivação, uma vez que somente o professor efetivo poderia se transferir para o Quadro de Carreira.

Assim sendo, a solicitação da requerente constante de sua petição de fls. 2-3 não deve ser considerada como formulada fora do prazo de decadência fixado pela Lei nº 7.133/78 e reaberto pela Lei nº 7.199/78, pois constitui, na realidade, não um pedido feito pela

primeira vez, mas sim a reiteração do pedido apresentado em 27 de junho de 1974, não havendo, pois, no caso, desrespeito àquele prazo de decadência.

Pelas razões expostas e porque há interesse do próprio Poder Público Estadual em efetivar seus inúmeros servidores estáveis, tanto que vem editando leis para tal fim, opino no sentido de que seja concedida à requerente sua efetivação e posterior transferência para o Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 7 de outubro de 1980.

RINHAS DE GALOS

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor Assistente da Cadeira de Direito Ci-
vil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4501

"BRIGAS DE GALOS".

Legalidade ou ilegalidade das mesmas.

Análise do Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934 e seu confronto com o artigo 64 da Lei das Contravenções Penais.

Considerações doutrinárias sobre o assunto.

Posição da jurisprudência.

Oriundo da SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO, vem o presente expediente, a fim de que esta Procuradoria se pronuncie a respeito da legalidade ou não das denominadas "rinhas de galos" para, através de seu Departamento de Diversões Públicas, poder adotar orientação, tocante à sua coibição, na hipótese de ausência de respaldo legal à prática das mesmas.

Constam no processo os Pareceres nº 579/79 e 167/80, ambos exarados pela Assessoria Jurídica da Superintendência dos Serviços Policiais, os quais concluem ser a sua prática contrária aos regramentos disciplinadores da proteção aos animais, assim como à Lei das Contravenções Penais.

É o relatório.

Cuida-se, na espécie, de saber se ainda está em vigor o Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, o qual proíbe expressamente tais práticas, em seu artigo 3º, incisos I e XXIX e, em hipótese negativa, se as mesmas estão ou não capituladas no artigo 64 da Lei das Contravenções Penais, como infração a esse regramento.

Esclareça-se, de início, que a matéria havia sido objeto de disciplinação, pelo famoso Decreto nº 50.620, de 18 de maio de 1961, expedido pelo então Presidente da República, Dr. JÂNIO QUADROS, cujo artigo 1º tinha o seguinte teor:

"Fica proibido, em todo o território nacional, realizar ou promover "brigas de galos" ou quaisquer outras lutas entre animais da mesma espécie ou de espécies diferentes."

Tal texto foi revogado expressamente pelo Decreto nº 1.233, de 22 de junho de 1962, que em seu artigo 1º, assim determinou:

"Fica revogado o Decreto nº 50.620, de 18 de maio de 1961."

Já o Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, e cuja vigência é ponto controverso, assim em doutrina como na jurisprudência, após estabelecer, em seu artigo 1º, que todos os animais existentes no país são tutelados pelo Estado, e penalizar em seu artigo 2º os que infligirem maus tratos aos mesmos, arrola, na disposição seguinte (artigo 3º), um elenco de situações configuradoras daqueles, das quais colocaremos em relevo apenas as que interessam ao deslinde da presente questão.

Assim, dispõem os incisos I e XXIX, da norma em foco:

"Art. 3º — Consideram-se maus tratos:

I — praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal.

.....
XXIX — realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado."

Como vemos, se inexistissem dúvidas quanto à vigência do texto legal em que se contém precitadas disposições, a questão estaria solucionada, pela clareza com que o mandamento em tela regra a espécie em exame.

Entretanto, e conforme já apontado, grassa entre os doutrinadores e em nossos pretórios profunda controvérsia, argumentando uns no sentido da vigência do prefalado texto, e outros, em sentido inverso.

Não será despreciando, nesse passo, darmos conta de tal divergência, alinhando, em primeiro lugar, as opiniões daqueles que são pela inaplicabilidade do mesmo.

Dessa corrente de opinião o nome mais respeitável é o de ROBERTO LYRA que, a esse propósito, esclarece:

"Não se conhece o histórico do Decreto nº 24.645, de 1934, que surgiu no célebre suplemento do "Diário Oficial", de 14 de julho de 1934, com a assignatura do então dictador Dr. GETÚLIO VARGAS e do então Ministro da Agricultura (sic.).

Preferimos admitir que a nenhum criminalista, inteirado elementarmente do nosso Direito Positivo, pertença a responsabilidade desses textos, ora íngenuos, ora impróprios, ora iníquos e sempre aberrantes de nossa systemática penal.

Na conceituação dos crimes, na graduação e na aplicação das penas, foram desprezados ou violados princípios universais, corriqueiros e pacíficos. Estendendo a eficácia da lei ao terreno da moral, lidando, às cegas, com um sujeito passivo, que estava a exigir todas as subtilidades, o Decreto em apreço caminha, merecidamente, para o desuso" (in — "Revista de Direito Penal", volumes VII — VIII, p. 158 — "A Lei Penal e os Animais").

O mesmo entendimento encontra-se esposado no recurso de **habeas corpus** nº 4.154, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que foi relator o Desembargador ALENCAR ARARIPE (Revista Forense, nº 201, Rio, p. 29B/308, janeiro-fevereiro-março, 1963), verbis:

"Para decisão do recurso, resta examinar se ainda vigora, no tocante às rinhas de galos, o citado Decreto nº 24.645, de 1934, e se a Lei das Contravenções Penais, ao punir a crueldade contra animais, no seu artigo 64, deva compreender as rinhas de galos.

No consenso geral, o decreto citado caiu em desuso, que é indubitavelmente uma das formas de revogação da norma jurídica, sob o fundamento do erro de fato, que induz boa-fé."

Ainda comunga da mesma opinião J. B. DE ARRUDA SAMPAIO que, em extenso parecer exarado no Recurso de Apelação n.º 176, julgado pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, após transcrever a lição do Professor ROBERTO LYRA sobre o assunto, adita:

"Como se vê, trata-se de um simples decreto e não de lei ou decreto-lei, como bem notou o MM. Juiz e cuja publicação não teria obedecido aos trâmites legais. Na realidade não passa de simples regulamento, sem que se saiba de que lei. De qualquer forma, com o advento da Lei das Contravenções Penais, em cujo artigo 64 está prevenida a contravenção de maus tratos de animais é evidente que o famigerado decreto tornou-se completamente írrito.

Entende o Dr. SADY CARDOSO GUSMÃO, que o Decreto nº 24.645, de 1934, é a fonte da atual Lei das Contravenções. Em que pese a douda opinião, discordamos data venia do ilustre jurista. Conforme demonstrou ROBERTO LYRA, já a 31 de agosto de 1922, o Senador ABDIAS NEVES apresentara ao Senado um projeto relativo ao assunto e a Sub-Comissão Legislativa do Código Penal incluiu a matéria no projeto que elaborou. Em ambos estavam proibidas as brigas entre animais.

Mas o certo é que não vingou nenhuma dessas tentativas.

Pode-se ter, porém, como fontes do artigo 64 das Contravenções Penais os dispositivos correspondentes do velho Código Penal Francês (artigos 452,

453 e 479) e do artigo 491 do antigo Código Zanardelli, que, quase nos mesmos termos, passou para o atual Código Penal Italiano (artigo 727)" (Revista dos Tribunais, São Paulo, 460/8).

Vejamos, agora, o que dizem os que entendem estar, ainda, vigendo o Decreto exco-
gitado.

Nesse sentido, assevera BENTO DE FARIA (in "Das Contravenções Penais", Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1942, p. 246/56), ao comentar o artigo 64 da Lei das Contra-
venções Penais:

"Maus tratos — Os — maus — tratos — são caracterizados, em regra, pela
repetição de atos que demonstram uma prática continuada.

Neles não predomina — a crueldade, mas a — brutalidade.

Inútil se torna apreciá-los, em detalhe, desde que o Decreto nº 24.645
de 10 de julho de 1934 os estabeleceu com minúcia, E SUAS PRESCRIÇÕES
CONTINUAM APLICÁVEIS NAS HIPÓTESES QUE PREVÊ, QUANDO
NÃO CONFIGUREM ESPÉCIES DA CONTRAVENÇÃO EM APREÇO, CA-
SO EM QUE FICAM SUJEITAS ÀS SANÇÕES DESTA LEI" (Grifei).

Julgando o recurso de **habeas corpus** nº 10.316, assim se pronunciou o Tribunal de
Alçada do Estado de São Paulo (in Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 284, 1957, p.
508):

"Frisamos para logo que houve um Decreto, de nº 24.645, que consig-
nava a proibição de brigas entre animais. É certo que ROBERTO LYRA se in-
surge tremendamente contra o mesmo. Não menos certo, entretanto, é que
SADY CARDOSO GUSMÃO o considera como a fonte do art. 64 da Lei das
Contravenções Penais. Acolha-se ou não a opinião desse ilustre jurista, o que
não pode ser posto em dúvida é que, antes do art. 64 que se refere ao fato de
tratar animal com crueldade, houve um decreto proibindo a luta entre animais.

Daí a conclusão obrigatória é a de que o citado decreto, visando a pro-
teção aos animais, teria influído na elaboração do dispositivo da Lei das Con-
travenções. Desde que o legislador de 1940 desejava proteger os animais, com-
preende-se que tenha examinado o diploma de 1934 que cogitava do mesmo
assunto, seja para incluir qualquer disposição existente no decreto anterior ou
para dele nada aproveitar, é certo que sua consulta era de todo aconselhável e
mesmo imprescindível. Não se modifica a legislação de um país em certo pon-
to sem conhecer primeiramente como antes o assunto era regulado."

Já no Parecer do Corregedor do Departamento Federal de Segurança Pública, Dr.
CÂNDIDO GOUVEIÁ, datado de 19 de maio de 1959 e publicado na Revista Forense
(nº 184, p. 67/72, julho-agosto, 1959), lemos:

"21. O esdrúxulo Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, publica-
do no suplemento do "Diário Oficial" de 14 de julho de 1934, enumera uma
série de atos classificados como maus tratos aos animais.

22. Em muitas das hipóteses aí configuradas não se podem identificar
atos de crueldade suscetíveis de enquadramento no artigo 64 da Lei das Con-
travenções Penais.

50. De qualquer forma, ainda que essa jurisprudência não tenha, pelo
motivo exposto, adequação perfeita à hipótese em exame, não obstante o tom
genérico da decisão, NÃO PODE A POLÍCIA NEGAR OBEDIÊNCIA AO
DISPOSTO NO DECRETO n.º 24.645, DE 10 DE JULHO DE 1934 (grifei),
que, expressamente, proíbe essas brigas, ainda quando realizadas em recintos
fechados.

51. O referido decreto executivo, cuja vigência não tem sido objeto de
controvérsia, apesar de tudo quanto mui justamente tem sido dito contra ele
(Professor ROBERTO LYRA, "A Lei Penal e os Animais", "Revista de Direi-
to Penal", vol. VIII), considera como maus tratos e submete a sanções — em-
bora algumas inaplicáveis como penas, na forma ali prevista, realizar ou pro-
mover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, "toura-
das ou simulacros de touradas, ainda mesmo "em lugar privado".

74. Quer nos parecer, face ao exposto, que enquanto não provocado um
pronunciamento judicial concreto em torno das brigas de galos, realizadas por
sociedades civis estatutariamente organizadas e sob o controle dos regulamen-
tos por elas adotados, E SEJA, PELO PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO
DECLARADA A INAPLICABILIDADE DO DECRETO Nº 24.645, DE 1934
(Grifei)... HÁ QUE SER OBSERVADA PELA POLÍCIA A PROIBIÇÃO
CONSTANTE DO DECRETO... (Grifei)."

Em seus "Comentários à Lei das Contravenções Penais — Jurisprudência, Teoria e
Legislação" (Livraria Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1974, p. 117/118);
ensinam ORLANDO FIDA, CARLOS A. M. GUIMARÃES e ÂNGELO BIASOLI:

"O caput do artigo 64 não distingue a espécie de animal, tutelando a to-
dos, indistintamente. Em assim sendo, em gênero, a proteção, é geral; todavia,
excluem-se da referida tutela os animais daninhos, entendendo-se por estes úl-
timos aqueles que, por sua natureza, são prejudiciais à saúde pública e ao
bem público. Conforme se vê definido no artigo 17 do Decreto-lei (?) nº . . .
24.645, de 10 de julho de 1934. "A palavra animal da presente lei, compreen-

de todo ser irracional, quadrúpede ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos."

Constituiria como que pleonasma vicioso qualquer consideração em torno do artigo 64, vez que o Decreto-lei (?) citado, dissecou e complementa o mencionado artigo, resultando daí uma clareza de entendimento dispensando quaisquer esclarecimentos.

Entendemos não revogada a Lei de Proteção aos Animais Decreto citado, eis que nesta última há como que uma seriação de casos ocorrentes, que, em gênero não estariam previstos no dispositivo em exame; todavia, no que há colisão, deverá prevalecer o dispositivo contravencional, posterior.

Aliás, tal ponto de vista pode ser filtrado através do princípio: "Posterioribus leges ad prioribus pertinent, nisi contrariae sint" ("As leis posteriores pertencem às anteriores, a não ser que sejam contrárias").

Comentando a Lei das Contravenções Penais e citando J. M. CARVALHO SANTOS, CARLOS DA COSTA LEITE deixa claro seu ponto de vista no sentido de considerar em vigor o Decreto em análise, ao tecer as seguintes considerações:

"J. M. CARVALHO SANTOS, em "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", Vol. 3º, pág. 275, assim se expressa:

Na opinião de autorizados comentadores da Lei das Contravenções Penais, o art. 64 deste compreende todas as formas casuísticas do Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934.

Se assim se entende, dever-se-á concluir estar revogado esse decreto-lei.

Assim, porém não me parece. Tenho como certo que continua em pleno vigor o Decreto nº 24.645, de proteção aos animais.

Nem é verdade que o art. 64 da Lei das Contravenções Penais tenha abrangido os casos previstos na Lei de Proteção aos Animais, mesmo porque uma se limita a cogitar dos atos de crueldade e trabalho excessivo, enquanto outra cogita de casos de maus tratos que não podem ser considerados nem uma nem outra coisa. A prova é que entre os maus tratos enumerados figuram em primeiro lugar os atos de crueldade, evidenciando-se assim que os demais como tais não podem ser considerados.

É claro que revogados devem ser havidos os dispositivos da Lei de Proteção aos Animais que colidirem com o disposto na Lei das Contravenções Pe-

nais, que é posterior" (in "Manual das Contravenções Penais", Edição Saraiva, São Paulo, 1962, p. 390/391).

Por último, diz textualmente SADY CARDOSO DE GUSMÃO:

"Constituem infração as touradas, as exhibições cruentas de galos e outros animais, os castigos imoderados por ocasião de trabalho.

O Decreto-lei (?) nº 24.645, no que concerne às suas disposições administrativas, continua em vigor, mesmo em relação a infrações não incluídas na nova definição da lei" (in "Das Contravenções Penais", Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, p. 252/253).

Consoante tivemos oportunidade de constatar, divergem autores e Tribunais a respeito da vigência ou não do Decreto em exame,

Dentre os que sustentam tese favorável à não-revogação daquele texto pelo artigo 64 da Lei das Contravenções Penais, verifica-se que vários deles entendem vigorando apenas parte do regramento em causa, *exempli gratia*, somente as disposições de natureza administrativa ou as que não contrariam o texto contravencional.

Data *venia* da opinião dos primeiros, entendemos que somente a hipótese por último citada enseja a revogação de dispositivos do diploma legal excogitado. Embasamos nossa afirmação, partindo de uma análise da natureza do assim denominado Decreto nº 24.645.

Seria ele um Decreto puro e simples? As circunstâncias e o momento político em que foi expedido apontam-nos uma resposta em sentido negativo.

Dessa sorte, constata-se que se constitui o mesmo em um texto autônomo, isto é, não foi criado com qualquer finalidade regulamentar. A matéria por ele regrada até aquele momento não havia sido objeto de disciplinação, preenchendo tal texto lacuna existente em nosso direito.

A nosso juízo, o fato de ter sido expedido com a denominação de "DECRETO", não descaracteriza sua verdadeira natureza, a qual, isto sim, o dimensiona como um DECRETO COM FORÇA DE LEI.

O que ocorre, assim se nos afigura, é que, à época de seu aparecimento, ainda era incomum a utilização do *nomen juris* "decreto-lei".

Aliás, a ter-se em conta o conteúdo do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, vê-se plenamente confirmado, *data venia*, o entendimento que acima esposamos.

A teor do artigo 17 do texto legal em foco,

"Os atos do Governo Provisório CONSTARÃO DE DECRETOS (Grifei) expedidos pelo Chefe do mesmo Governo e subscritos pelo Ministro respectivo."

A disposição recém transcrita é de uma clareza meridiana e dispensa maiores comentários.

Originada de um período conturbado da vida política nacional, ela mesma, se surdisse nos dias que correm, certamente não receberia a denominação com a qual foi expedida.

E não se diga, ainda, que o Chefe do Governo Central ter-se-ia, por via de tal ato, atribuído apenas poderes na esfera administrativa. Tal fato seria facilmente desmentido pela realidade daquele período ditatorial, por demais conhecido de todos.

Mas, não é ocioso trazermos à colação o que diz CLÁUDIO PACHECO, ao comentar aquele texto:

"Com esses objetivos foi baixado uma espécie de ato institucional de "governo provisório" — o Decreto nº 19.398 — de 11 de novembro de 1930. Com a agilidade e a força que só as acometidas revolucionárias podem efetivamente alcançar, esse ato começava atribuindo ao governo que instituía o exercício discricionário, em toda a sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabelecesse esta a reorganização constitucional do país" (in "Tratado das Constituições Brasileiras", vol. I, Livraria Freitas Bastos, S.A. 195B, p. 255/256).

Como visto, por via do "Decreto" em exame, o então Chefe do Governo Central avocou a si a atividade legiferante, durante o lapso temporal em que vigorou a situação gerada pelo fato normativo que a instituiu.

Pelos motivos expostos é que não se pode admitir tratar-se o diploma legal analisado de decreto, somente porque foi assim denominado.

Aliás, a título de esclarecimento, releve-se que a maioria dos autores que comentam sobredito estatuto a ele se referem designando-o por "Decreto-Lei" e não "Decreto". E ele mesmo, em várias oportunidades, deixa claro tratar-se de algo mais que um mero texto regulamentar.

Assim é que, soa em seu parágrafo 1º, do artigo 2º, inciso XVII, do artigo 3º, artigos 8º, 10, 13, 14, 16 e 17, verbis:

"Art. 2º —

§ 1º — A critério da autoridade que verificar a infração da presente LEI (grifei)."

"Art. 3º — Consideram-se maus tratos:

XVII — conservar animais embarcados por mais de 12 horas, sem água e alimento, devendo as empresas de transportes providenciar, sobre as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 meses a partir da publicação desta LEI" (Grifei).

"Art. 8º — Consideram-se castigos violentos, sujeitos ao dobro das penas cominadas na presente LEI (Grifei)."

"Art. 10 — São solidariamente passíveis de multa e prisão os proprietários de animais e os que os tenham sob sua guarda ou uso, desde que consintam a seus prepostos atos não permitidos na presente LEI" (Grifei).

"Art. 13 — As penas desta LEI (Grifei) aplicar-se-ão...;

"Art. 14 — A autoridade que tomar conhecimento de qualquer infração desta LEI" (Grifei)...;

"Art. 16 — As autoridades federais, estaduais e municipais prestarão aos membros das sociedades protetoras de animais a cooperação necessária para fazer cumprir a presente LEI" (Grifei);

"Art. 17 — A palavra animal da presente LEI..." (Grifei);

Mais sintomático, ainda, é o conteúdo do artigo 1B do mesmo diploma, ao regrar que:

"A presente LEI (Grifei) entrará em vigor imediatamente, INDEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO" (Grifei).

Eis aí as razões pelas quais acima afirmamos estarem ainda em vigor tôdas as disposições do Decreto nº 24.645 que não colidam com o texto contravençional, visto tratarem-se, ambas, de normas da mesma hierarquia.

Não bastasse tudo isso e se, para argumentar, o Decreto excogitado estivesse eivado do vício de invalidade, entendemos, com uma ponderável parcela da doutrina, que a inaplicabilidade do mesmo estaria pendente de pronunciamento judicial.

Vejamos agora se, face ao que dispõe o artigo 64 da Lei das Contravenções Penais, vigoram, ainda os incisos I e XXIX, do artigo 3º, do impropriamente denominado Decreto nº 24.645, ou se estes foram revogados por aquele.

Antes da resposta à presente indagação, vejamos o que preceituam tais mandamentos legais.

"Art. 64 — Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena — prisão simples de dez dias a um mês, ou multa, de dez a cinquenta centavos."

"Art. 3º — Consideram-se maus tratos:

I — praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;

XXIX — realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado."

Do confronto de supraditos dispositivos chega-se facilmente à conclusão que não só incorreu a revogação do primeiro pelo último, como também, quanto mais não seja, este complementa, ou melhor, explicita aquele.

Em outras palavras, os dois preceitos, longe de brigarem entre si, estão perfeitamente harmonizados.

Para a comprovação de nossa tese, vejamos o que diz CÂNDIDO DE ÁLVARO GOUVEIA, no parecer já citado, alhures, ao tecer considerações sobre o Decreto nº 24.645:

"Em muitas das hipóteses aí configuradas não se podem identificar atos de crueldade suscetíveis de enquadramento no art. 64 da Lei das Contravenções Penais."

Não é outro o entendimento da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo (Apelação Criminal nº 11.249, Revista dos Tribunais, nº 272, junho, 1958, p. 465), verbis:

"A contravenção prevista no art. 64 da nossa lei proíbe a briga de galos, por constituir tal fato crueldade contra animais, sendo de notar que os preceitos contidos no art. 64, em síntese, compreendem NA SUA QUASE TOTALI-

DADE (Grifei), todas aquelas modalidades de crueldade contra animais contidas no art. 3º do Decreto-lei (?) nº 24.645, de 10 de junho de 1934, lei que casuisticamente tratou da matéria, primeiramente entre nós."

Afinam, ainda, com o mesmo modo de pensar, ORLANDO FIDA, CARLOS A.M. GUIMARÃES e ÂNGELO BIASOLI, cuja lição foi reproduzida antes e que, confrontando o artigo 64 do Estatuto das Contravenções com predito Decreto, ensinam:

"Entendemos não revogada a Lei de Proteção aos Animais, Decreto citado, eis que nesta última há como que uma seriação de casos ocorrentes, que, em gênero não estariam previstos no dispositivo em exame; todavia, no que há colisão, deverá prevalecer o dispositivo contravencional, posterior." (op. cit.).

Mais incisivo, ainda, é CARVALHO SANTOS (op. cit.) ao dizer que o artigo 64 não teve o condão de abranger as hipóteses previstas pelo Decreto nº 24.645, mesmo porque o primeiro cogita dos atos de crueldade e trabalho excessivo, enquanto que o último pertine a maus tratos, os quais não podem ser considerados nem uma nem outra coisa.

Do que foi visto, pode-se concluir que a existência dos dois diplomas legais regrado a mesma matéria configuraria, na última das hipóteses, bis in idem, permanecendo em vigor o Decreto de 1934, tocante a uma série de dispositivos.

Mas, supondo-se, para argumentar, que não mais esteja em vigência o Decreto nº . . . 24.645 poder-se-ia afirmar que as "rinhas de galos" se revestem de legalidade, por não abrangidas pela inflexão do artigo 64 da Lei Contravencional?

Assim não nos parece, já de uma busca do significado etimológico do vocábulo "CRUELDADE". Vejamos o que dizem os dicionários, a respeito:

"CRUEL — 1) Pessoa que se compraz em causar mal a outro ser; aquele que é insensível a dor que causa a outrem. 2) Qualificativo do ato que maltrata, que faz sofrer a outrem. O mesmo que crueldade." (In "Enciclopédia Saraiva de Direito" vol. 22, Saraiva S. A., p. 14).

"CRUELDADE — qualidade ou caráter do que é cruel. CRUEL — 1) que se compraz em fazer o mal, em atormentar ou prejudicar; cruento, indivíduo cruel. 2) Duro, insensível, desumano, cruento: homem de natureza cruel." (in "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", Aurélio Buarque de Holanda, 1ª edição, 3ª impressão, p. 406).

"CRUELDADE — Barbaridade, desumanidade, ferocidade, fereza, atrocidade (...).

CRUEL — desumano, perverso, desapiedado (...), rigoroso, severo, tirânico, implacável, inexorável (...) Pungente, doloroso, insuportável, atroz (...)

Sangrento, cruento, sanguinolento. Insensível, duro, intratável." (in "Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa", FRANCISCO FERNANDES, 2ª edição, 13ª impressão, Editora Globo, Porto Alegre, 1972, p. 200).

É fora de qualquer dúvida que aquele que coloca dois galos para se engalfinharem numa "rinha", é insensível à dor e à agonia de tais criaturas, fazendo-as sofrer, maltratando-as, em última análise. Pode-se negar a tal indivíduo o qualificativo de desumano, que traduz um dos significados do vocábulo cruel? É claro que não!

Mais não se necessitaria dizer no sentido da comprovação de que as brigas de galos estão abrangidas pelo artigo 64 da Lei das Contravenções Penais.

Ouçamos, entretanto, PAULO LÚCIO NOGUEIRA, a respeito do assunto. Após citar MANOEL CARLOS DA COSTA LEITE e J.B. DE ARRUDA SAMPAIO, que entendem não se constituírem tais lutas em contravenções penais, expressa-se esse autor nos seguintes termos:

"Data venia de tão ilustres manifestações, entendemos que as brigas de galos podem ser perfeitamente enquadradas como contravenção por infringir o disposto no art. 64 da referida lei, que pune tratar animal com crueldade, em exibição ou espetáculo público. Portento, sob o aspecto jurídico existe norma legal genérica a que pode ser enquadrado todo aquele que promove ou assiste, por simples prazer, brigas de galos, que constitui verdadeiro espetáculo em alguns lugares. E não se vai questionar que, embora não agindo diretamente contra e sobre o animal, é que o homem deixa de ser responsável, pois o homem age cruelmente provocando a briga, colocando os dois galos numa rinha e deixando-os lutarem até a morte. Isto significa maltratar por simples prazer, pois não há outros objetivos nessas lutas, a não ser também as apostas que se fazem. Existe, sim, juridicamente, norma proibitiva que é justamente o art. 64 da Lei Contravencional, que prevê qualquer ato de crueldade contra animais e se tais atos forem praticados em espetáculos públicos, mediante apostas, a pena deve ser agravada com aumento de metade, conforme o parágrafo segundo do mesmo art. 64." (in "Contravenções Penais controversas", Editora Seleções Jurídicas Ltda., Marília — SP, 1978, p. 178/180).

Aduz, ainda, o ilustre jurista que,

"Sob o aspecto moral, embora o animal não seja pessoa, merece ser tratado como criatura posta a serviço do homem para satisfação de suas necessidades normais. Não é normal furar o olho de um pássaro para submetê-lo a briga; não é normal espetar bois em touradas ou rodeios nacionais, fazendo-os sofrer, não é normal preparar galos para espetáculos onde os animais brigam até morrerem, enquanto os homens se divertem e apostam insensíveis à sorte do animal por simples prazer.

E sensível ao problema a jurisprudência tem sido maciça e farta no sentido de que brigas de galos constitui crueldade contra animais." (op. cit., p. 178/180).

Doutra sorte, no recurso de habeas corpus nº 10.504, o Tribunal de Alçada de São Paulo foi incisivo, estando o Acórdão lavrado nos seguintes termos:

"É oportuno recordar o mais recente pronunciamento, através de brilhante voto da autoria do Professor FLÁVIO QUEIROZ que fez o exame detalhado e exaustivo da questão, e concluiu, à luz dos mais autorizados e modernos ensinamentos jurídicos, que a denominada "brigas de galos" se enquadra, com rigorosa precisão, no art. 64, sendo mesmo agravada a pena, nos termos de seu § 2º, se o animal é tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público. É lícito não seria negar-se o caráter de exibição ou de espetáculo público às brigas de galos combatentes, que levam até o terreno das apostas. O citado dispositivo não é, nem podia ser casuista, mas com a redação que lhe foi dada, compreende, nitidamente, essa modalidade de contravenção, como ficou brilhantemente exposto nos julgados anteriores" ("Revista dos Tribunais", São Paulo, nº 284, outubro 1957, p. 513).

Por derradeiro, no Recurso de Apelação Criminal nº 23.716, julgado pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, assim pronunciou-se aquela Corte:

"Ficou caracterizada e provada, nos autos, a infringência do art. 64 da Lei das Contravenções Penais. Praticaram os apelados crueldade contra animais, visto haverem promovido e participado de "brigas de galos", segundo está comprovado e confessado no auto de flagrante de fis.

A decisão da Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, citada pela Promotorie, faz completo estudo da matéria. Destaca-se, do julgado, o seguinte tópico: "A brigas de galos", embora para os galistas constitua um "esporte" é, evidentemente, um ato de crueldade para com os animais, visto que os galos, quando levados à rinha, enfrentam-se em luta mortal, sangrando-se, cegando-se e brigando até que um deles cai prostrado ao chão e mortalmente ferido" ("Revista dos Tribunais", nº 502, dezembro, 1960, p. 449).

DE TODO O EXPOSTO se conclui que, para qualquer lado que se olhe, seja para o incorretamente designado Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, seja para o artigo 64 do Estatuto Contravencional, força é concluir-se que as chamadas "rinhas de galos" estão tipificadas pelo legislador como ilícito penal, inserindo-se na espécie dos "crimes contra os costumes".

O fundamento dessa inclusão pelo legislador é facilmente perceptível: tem ela em mira evitar se desenvolvam no homem os maus instintos e o senso de impiedade; por isso

que, no dizer de ZANARDELLI, citado por JOSÉ DUARTE, "o maltratar os animais contrasta com todo o senso de humanidade, compaixão e benevolência, e predispõe o homem a lhes não consagrar qualquer sentimento benigno, piedoso e o torna insensível ao sofrimento alheio."

Finalmente, quanto à pena aplicável para o delito em relevo, somos de opinião que deva ser a prevista pelo artigo 64 do preceito contravençional, que, nesta parte, revogou o artigo 2º do diploma anterior.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 1º de outubro de 1980.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4374

ACÚMULO. MILITAR.

O preceito constitucional vigente permite o acúmulo de proventos de seu posto, com uma só função de magistério.

Beneficiários da Lei nº 7.133/7B: os servidores estabilizados nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal de 1967 e do art. 205 da Constituição Estadual de 1947.

TAUFIK ALBERTO ABRIANOS, Professor do Ensino Médio II, matrícula nº 10780890, requer a sua efetivação, com base na Lei nº 7.133/78, anexando aos autos cópia da Portaria nº 8.640, de 8 de outubro de 1962, que o admitiu para ministrar o ensino da disciplina de Matemática, na Escola Técnica de Comércio "Irmão Pedro", a contar de 6 de abril de 1962 e do ato que o declara estável na função pública, conforme Apostila nº 25.430, de 27 de agosto de 1970, Boletim nº 716, de 2 de outubro de 1969, publicado no Diário Oficial de 7 de outubro de 1969.

Conferindo a ficha funcional do postulante, verificou-se que, em acúmulo, foi admitido como professor do Ensino Médio II, disciplina de Matemática, matrícula nº 20780893, de acordo com a Portaria nº 22.906/64, publicada no Diário Oficial de 18 de dezembro de 1964 (Boletim nº 755/64), a partir de 1º de agosto de 1964, de acordo com a Lei nº 4.698, de 27 de dezembro de 1963 e Decretos nºs 16.390, de 31 de dezembro de 1963 e 16.470, de 18 de fevereiro de 1964.

À fl. 36-PGE, anexou, o peticionário, prova de tempo de serviço federal, mediante documento que certifica que foi transferido para a reserva, no posto de Capitão, do Exército Nacional, por decreto publicado no Diário Oficial da União de 22 de março de 1955.

Na área da Secretaria da Administração conclui-se que, face aos informes, o interessado não contava, em 24 de janeiro de 1967, com pelo menos cinco anos de serviço averbável, condição estabelecida no parágrafo 2º do art. 177, da Carta Federal de 1967.

De outra parte, na Assessoria Jurídica da Casa Civil acentua-se que o ato administrativo declaratório da estabilidade é nulo, porque computou-se indevidamente tempo federal que o declarante já utilizara para inativar-se, mas que, por outro lado, deve ser considerada a possibilidade de, estando sujeito o servidor ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, "fazer jus ao reconhecimento da estabilidade prevista no art. 165, XIII, da

Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional nº 1º, de 17 de outubro de 1969". Destaca ainda, que a matéria deve ser melhor apreciada, de vez que o requisito de investidura regular, no caso, envolve a licitude de triplíce acumulação.

Vem, então, o expediente, a esta Procuradoria-Geral do Estado, com despacho do Senhor Chefe da Casa Civil, solicitando "exame da questão de saber se se aplica a proibição de acumular proventos de inatividade quanto ao exercício de duas funções de magistério por militar da reserva".

É o relatório.

2. Ainda que não seja o objeto da consulta formulada no expediente, impõe-se, preliminarmente, porque a questão foi abordada pela Assessoria Jurídica da Casa Civil, apreciar a abrangência da Lei nº 7.133/78, que efetiva os servidores estáveis por disposição constitucional.

Com efeito, dispõe o diploma legal referido:

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

3. Interpretando o dispositivo, servindo-se inclusive dos elementos históricos que funcionaram como mola propulsora na elaboração do Projeto de Lei nº 58/77, que deu origem ao diploma legal, esta Casa tem entendido que a Lei nº 7.133/78 é dirigida aos servidores beneficiados por disposição constitucional da Carta de 1967 (parágrafo 2º do art. 177) e àqueles que, estabilizados sob a égide da Constituição Estadual de 1947, não titulam cargos.

4. A norma estadual alcança também aos regidos pela legislação consolidada que foram beneficiados pela regra do parágrafo 2º do art. 177 daquela Carta Política, cujo efeito não foi o de transformar o vínculo com a administração pública, mas tão-só o de tornar estáveis aqueles que iriam adquirir a vantagem aos 10 anos de serviço, conforme a lei ordinária.

5. Esse último posicionamento se impõe face à Lei nº 7.300/79, que criou os cargos e que, expressamente, no parágrafo 2º do art. 7º, refere-se àqueles vinculados à administração cujo contrato esteja disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

6. Conseqüentemente, não cabe invocar o art. 165, XIII, da Lei Maior, que não disciplina a concessão da estabilidade, mas assegura a vantagem ao trabalhador, desde que não optante pelo sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, remetendo, assim,

ao legislador ordinário, a quem cabe observar a regra constitucional, de eficácia limitada, de natureza programática.

7. JOSÉ AFONSO DA SILVA, na excelente monografia, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", anota que essas normas:

"(...) não tiveram força suficiente para desenvolver-se integralmente, sendo acolhidas em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias (...)" (Autor e obra citados, Editora Revista dos Tribunais, 1968, São Paulo, pág. 138).

8. Por outro lado, a situação funcional do requerente exige análise minuciosa, de vez que foi admitido, consoante informes dos autos, mediante ato unilateral, como extranumerário, com vínculo estatutário, de acordo com a Portaria nº 8.640, de 8 de outubro de 1962, a contar de 6 de abril daquele ano, para ministrar o ensino da Disciplina de Matemática. Segundo a orientação da Administração Estadual, de acordo com o Parecer nº 1143/71-UAJ, da então Consultoria-Geral do Estado, aprovado pelo Governador do Estado, em despacho publicado no Diário Oficial de 23 de maio de 1972, o regime, nessa posição, sempre foi o de extranumerário, uma vez admitido antes da Lei nº 4.528, de 12 de julho de 1963, que vedou essa forma de ingresso no serviço público. A partir daí, os servidores, salvo os providos em cargos (funcionários), passaram a reger-se pelo Direito do Trabalho.

9. De toda a forma, o interessado não obteve os favores do parágrafo 2º do art. 177, da Carta de 1967, que exigia o cômputo de pelo menos 5 anos de serviço público.

10. Inaproveitável, para esse fim, o atestado de fl. 29-PGE que comprova ter colaborado, durante os meses de janeiro, fevereiro e março de 1967, na organização do Colégio "Irmão Pedro", pois que ausente a investidura regular.

11. Assim sendo, ainda que se admitisse a vinculação ao regime da CLT na primeira função de magistério, o ato declaratório de estabilidade não levaria à efetivação pretendida pelas Leis nºs 7.133/78 e 7.300/79, eis que o interessado não obteve, conforme acenado acima, a estabilidade nos termos do parágrafo 2º do art. 177 da Constituição Federal ou do art. 205 da Constituição Estadual de 1947 (inciso II, segunda parte e inciso III).

Em face ao exposto, impõe-se, porque eivado de nulidade, a retirada do ato que o declarou estável na função pública computando tempo de serviço utilizado em posição na esfera federal, na qual veio inativar-se.

12. Realizadas essas considerações, no que se refere à Lei nº 7.133/78, analisemos a situação funcional do peticionário quanto ao acúmulo de cargos e funções.

13. Ao disciplinar a matéria no que pertine à acumulação remunerada, as Constituições Brasileiras têm previsto tratamento diverso, segundo se verifique na esfera civil ou militar.

14. Mesmo no Império, sempre foi constante a preocupação com o problema da acumulação no serviço público. Conforme CAIO TÁCITO, em "Acumulação de cargos na Constituição do Brasil" (in RDP 7/16), a herança nos veio do direito português, onde, ainda no Brasil-Colônia, procurava-se impedir o privilégio de poucos assenhorear-se dos cargos e funções públicas.

15. Desde a Constituição Republicana de 1891, o princípio proibitivo vem sendo expressado, no plano constitucional, no direito positivo brasileiro, ampliado ou restringido pela legislação ordinária, conforme possibilite o preceito constitucional.

16. Na nossa primeira Carta Política Republicana, a proibição, contida no art. 73, segundo o qual "os cargos públicos civis, ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatui, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas", estava prevista na Seção II, da "Declaração de Direitos".

17. Com a Constituição de 1934, a matéria pertinente à acumulação de cargos foi prevista com mais minúcia, sendo regulada em Títulos separados ("Da Segurança Nacional" e "Dos Funcionários Públicos") e diversamente, quer para o funcionário civil, quer para o militar, voltando a ser disciplinada na Carta de 1937, separadamente, no art. 159, quando trata dos funcionários públicos civis, e no art. 160, quando prevê a situação "Dos Militares de Terra e Mar".

18. Ao ser admitido o interessado no serviço público estadual, tanto em 1962 como em 1964, vigia a Constituição de 1946, que dispunha quanto ao militar que aceita cargo civil permanente:

"Art. 182 —

§ 3º — O militar em atividade que aceitar cargo público permanente, estranho à sua carreira, será transferido para a reserva, com os direitos e deveres definidos em lei."

19. O parágrafo 5º dispunha quanto à vedação de percepção de remuneração, como se vê, "verbis":

"Enquanto perceber remuneração de cargo permanente ou temporário, não terá direito o militar aos proventos do seu posto, quer esteja em atividade, na reserva ou reformado."

20. Assim, quando admitido na função pública estadual, em 1962, não poderia, em qualquer hipótese, perceber os proventos de seu posto, ainda que na reserva ou reforma. A segunda posição no magistério já lhe estava vedada, pois o acúmulo de dois cargos de professor, ainda que houvesse compatibilidade de horário e correlação de matérias, não se aplicava ao militar.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1946:

"Militar. Acumulação. Inatividade. Magistério.

Mesmo na inatividade, o militar não pode acumular seus proventos com vencimentos de cargo de magistério." (Constituição Federal, art. 182) (Supremo Tribunal Federal, acórdão de 02 de dezembro de 1965, RTJ, 37/60. Relator: Ministro VICTOR NUNES LEAL), (in RDA, 121/255).

21. No momento em que a regra constitucional optou por um tratamento distinto a cada categoria, não se pode buscar nem mesmo o princípio da isonomia para situações desiguais. E, note-se que ao militar, na inatividade, ainda que sem os proventos do posto, a Constituição possibilitava o acúmulo, e ao civil não era lícito, se aposentado, exercer qualquer outra posição, ainda que a jurisprudência tenha procurado restringir a vedação reconhecendo a legalidade do exercício de mandato eletivo simultaneamente ao cargo civil.

22. A matéria sofreu sensível alteração sob a égide da Constituição de 1967, no que pertine ao militar inativo, já que quanto ao em atividade, limitou-se a transcrever o preceito da Carta Política de 1946, como se vê:

"Art. 94 —

§ 3º — O militar da ativa que aceitar cargo público permanente, estranho à sua carreira, será transferido para a reserva, com os direitos e deveres definidos em lei."

23. Ao militar inativo adotou a Lei Fundamental a técnica remissiva, quando assim dispôs no parágrafo 6º:

"Aplica-se aos militares o disposto nos parágrafos 1º, 2º e 3º, do art. 101, bem como aos da reserva e reformados ainda o previsto no parágrafo 3º do art. 97."

24. Por sua vez estabelecia o parágrafo 3º do art. 97:

"A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados."

25. Ora, se aos civis abriu-se expressamente a possibilidade do acúmulo remunerado de proventos com uma das hipóteses previstas no parágrafo 3º do art. 97, ao militar, a quem não era previsto investir-se em cargo permanente, permitiu-se, quando na reserva ou reforma, a percepção dos proventos de seu posto ou graduação com a remuneração em decorrência de exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

26. Não contempla o preceito constitucional, entre as exceções à regra proibitiva de acúmulo, a função de magistério, nem para o civil, nem para o militar, a não ser que, para a primeira categoria, resultasse de acúmulo surgido na atividade.

27. A propósito da aplicação da norma, o Ministro THOMPSON FLORES, do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 75.149, preleciona, transcrevendo o voto do Ministro ANTÔNIO NEDER, do Tribunal Federal de Recursos:

"Note-se que a Constituição, no Capítulo VII, que regula o Poder Executivo, teve o cuidado de reservar a Seção VI para nela regulamentar os direitos do funcionário militar (art. 94), e de reservar a Seção VII para nela regulamentar os direitos do funcionário civil (arts. 96 e seguintes).

As normas da Seção VI são especiais, o mesmo ocorrendo às da Seção VII.

Significa isto, como é óbvio, que as normas de cada Seção só se aplicam aos casos especiais previstos na seção, salvo, como é também óbvio, disposição expressa que invoque norma de uma Seção para regular matéria de outra, como ocorre à do art. 94, § 6º, que faz remissão expressa ao art. 97, § 3º, e ao art. 101, §§ 1º, 2º e 3º.

O princípio de isonomia expresso no art. 150, § 1º, da Constituição de 1967, contém, inerente nele, a ressalva dos casos de desigualdade previstos no texto constitucional.

Assim, ao expressar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, o preceito deixou implícita a ressalva, das distinções expressas no texto constitucional.

Uma dessas distinções é o tratamento diferente aos funcionários militares e aos civis.

Estes podem acumular nos casos previstos no art. 97, I, II, III e IV.

Os militares não podem acumular nem mesmo nesses casos." (RDA, 121/257)

28. Referindo-se à lição de PONTES DE MIRANDA, em "Comentários à Constituição de 1967", na parte relativa aos funcionários públicos, ressalva ainda o mesmo fundamentado voto:

"Tanto assim é, que PONTES DE MIRANDA afirma que a regra jurídica do art. 97 da Constituição de 1967 apanha quem quer que ensine, e não seja militar." ("Comentários à Constituição de 1967", t. III, p. 472) (in RDA 121/256).

29. Se, face ao texto constitucional de 1967, não advinha ao interessado direito de acumular proventos com uma função de professor, nos termos da Emenda nº 1/69 a situação ficou alterada. Como não houve ruptura de vínculo com a administração estadual, o acúmulo, de ilícito, passou a ser constitucional, para uma das posições.

30. Na Constituição vigente, possibilita a norma, ao civil, o acúmulo excepcional de até dois cargos, funções ou empregos, ou seja, juiz com magistério superior (público ou privado); duas funções de magistério; magistério com atividade técnica ou científica; ou duas atividades privativas de médico.

31. Na linha das Cartas Políticas anteriores, os militares da ativa, em qualquer hipótese, estão impedidos de acumular, e a aceitação de cargo civil leva à passagem para a reserva. Nesse sentido, a situação jurídica do militar da ativa está prevista no parágrafo 4º do artigo 93 e a do funcionário civil, regulada no art. 99 e parágrafos da Lei Fundamental.

32. Portanto, para o militar da ativa a vedação é ampla e impede o acúmulo com qualquer outro cargo de natureza permanente, porém a aceitação de outra posição não importa em perda da situação de militar, mas na passagem para a reserva.

33. Para os inativos das Forças Armadas, o legislador inseriu no texto, expressamente, a regra de que a proibição de acumular proventos de inatividade não se aplica ao militar da reserva e aos reformados, além das hipóteses excepcionadas na Carta de 1967, também ao exercício da função de magistério.

É o que prescreve o parágrafo 9º do art. 93, "verbis":

"A proibição de acumular proventos de inatividade não se aplicará aos militares da reserva e aos reformados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de função de magistério ou de cargo em comissão ou quanto ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados."

34. Como acentua CAIO TÁCITO, em "Acumulação de Cargos na Constituição Brasileira" (RDP 7/19) "a regra continua a ser a da vedação, sendo, portanto, de se entender restritivamente as exceções abertas ao princípio".

35. Ora, se a regra geral é a vedação de acúmulo, evidentemente, quando a norma excepcional, permite a percepção de proventos com uma só função de magistério.

36. A possibilidade de o funcionário receber por mais de duas posições dos cofres públicos tem sido debatida na doutrina pátria. No entanto, a dúvida coloca-se basicamente ao civil que, na atividade pode exercer até dois cargos, desde que haja correlação de matérias e compatibilidade de horários, e nas hipóteses excepcionadas na Carta Magna. Daí porque HELY LOPES MEIRELLES ressalta:

"Todavia, se aposentado em dois cargos, nos termos do art. 99, poderá ainda receber dos cofres públicos, juntamente com os respectivos proventos, a remuneração pelo exercício de mandato eletivo ou cargo em comissão, ou pela prestação de serviços, consoante permite o parágrafo 4º." (MEIRELLES HELY LOPES, "Direito Administrativo Brasileiro", 4ª edição atualizada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976, pág. 406).

37. Mas é o mesmo autor que ressalta, em nota de rodapé, que "a situação dos militares da reserva e reformados é regulada no art. 93, parágrafo 9º da Constituição que, além dos casos previstos no art. 99, parágrafo 4º, lhes permite acumular proventos com a remuneração de 'função de magistério'" (obra e autor citado, pág. 406).

38. Especificamente quanto à acumulação de proventos de dois cargos na atividade, ainda que acumuláveis, o Parecer da Consultoria-Geral da República, quando Consultor-Geral o Dr. LUIZ RAFAEL, foi categórico:

"É inconcuso o princípio unanimemente aceito, de que, em matéria de acumulação, a regra geral é da proibição e, mais, que as exceções só se concebem dentro dos justos limites permitidos pela Constituição, isto é, se bem que justa e integralmente aplicáveis para a consecução plena dos resultados nela pretendidos, insuscetíveis de interpretação lógico-extensiva ou analógica. Reclamada, quanto às exceções, a interpretação em senso estrito, é correto afirmar, com HAROLDO VALADÃO, que a 'regra vigorante é a da proibição e por isso mesmo deve abranger todas as situações não expressamente excluídas' (cfr. RDA, 15/304)." (Parecer nº L/92 da Consultoria-Geral de República, Processo PR nº 7695/75, in RDA 124/267).

39. Referindo-se também aos militares na inatividade, anota o signatário do parecer:

"É notório que o legislador constituinte em matéria de acumulação não enseja criações implícitas. Ou faz de modo expresso ou delega poderes à legislação complementar, específica, conforme declarado no parágrafo 3º do seu art. 99, jamais favorecendo abrangências estranhas ao seu conteúdo normativo. Veja-se, por exemplo, que no parágrafo 9º do art. 93, ao regular o mesmo assunto com destinação aos militares da reserva, inseriu mais uma possibilida-

de de acumulação — função de magistério — não contemplada no dispositivo pertinente aos civis." (Parecer citado, RDA 124/268).

40. Também o DASP, no Processo nº 7284/76, em parecer do Dr. CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, de 13 de agosto de 1976, cuja ementa afirma que "Há impossibilidade legal de se constituírem três situações funcionais, ainda que uma ou mais sejam de inatividade", argumenta:

"Autorizar-se, permissa venia, a formação de três situações funcionais não me parece possa encontrar guarida na interpretação sistemática de nossa Lei Maior. A regra constitucional, ao propósito, apenas significa, ao que entendo, que se permitem duas situações, no que tange à ália de cargos públicos: ou as previstas na Constituição para os casos de atividade (art. 99 e seu § 1º), ou uma situação de inatividade civil ou militar com uma das previstas nos arts. 93, § 9º, e 99, § 4º, que não seriam viáveis se não estivesse o servidor civil ou militar aposentado, reformado ou na reserva." (RDA 126/494).

41. Ainda quanto ao servidor civil, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao Mandado de Segurança nº 16.979-RJ, composto em sua Segunda Turma:

"Acumulação — Não é permitida a acumulação de dois cargos de magistério com os proventos da aposentadoria de um terceiro cargo." (RTJ 44/626. Relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, em 13 de fevereiro de 1968).

42. Se quanto ao civil poderia ser admitida a possibilidade de acumulação por três fontes (desde que se trate de dois proventos oriundos de duas situações acumuláveis na atividade, como já foi ressaltado), para o militar a quem está vedado o acúmulo na atividade, a regra não permite outra interpretação a não ser a licitude de acúmulo de proventos do posto ou graduação com a remuneração, em decorrência de uma das quatro hipóteses mencionadas no parágrafo 9º do art. 94.

Não há, pois, como ampliar o preceito para se entender lícita a acumulação de duas funções de magistério, para o militar, ainda que esteja na reserva ou reforma.

Sobre a interpretação de normas de Direito Constitucional, o insigne CARLOS MAXIMILIANO em "Hermenêutica e Aplicação do Direito", ensina:

"(...) interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral." ("HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO". MAXIMILIANO, Carlos. 9ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1979, pág. 313).

Esta Procuradoria-Geral do Estado apreciou matéria idêntica, no Parecer nº 2252, ressaltando:

"Já para a acumulação remunerada de dois cargos de professor, além dos proventos da inatividade, antes de encontrarmos autorização para tanto no Estatuto Maior da República, o que vemos, inicialmente, é impossibilidade irremovível nesse sentido, convicção esta que resulta de caráter restritivo que encerra a norma permissiva da acumulação remunerada, não podendo o intérprete, portanto, ver além da exceção ali contida.

De fato, o texto constitucional contempla somente quatro situações em que pode ocorrer acumulação remunerada, e, note-se, todas elas restritas à percepção da remuneração de dois cargos — nunca além de dois! Induvidoso é, portanto, não se conceber possa o militar reformado perceber os proventos da reforma e mais a remuneração de dois cargos de professor, pois estaria ele, assim, iniludivelmente, ao desamparo do preceito constitucional. Sua situação, 'in casu', é de tríplice acumulação remunerada, não sendo encontrável tal hipótese na Lei Maior.

Urge, de conseguinte, corrigir essa situação anômala, porque só assim será restabelecida a ordem constitucional."

PELO EXPOSTO, concluímos:

1. O preceito constitucional vigente permite ao militar o acúmulo de proventos de seu posto, **com uma só função de magistério.**

2. Considerando que sob a égide da Constituição de 1967, quando era vedado ao militar acumular proventos com a remuneração em decorrência de exercício de magistério, não houve ruptura do vínculo entre o interessado e a administração pública estadual, e que nessa situação foi colhido pelo preceito do parágrafo 9º do art. 93, da Emenda nº 1, tornando, pois, lícita a sua situação jurídica, deverá, em face do tríplice acúmulo, optar por uma das funções do magistério.

3. Ainda que opte pela função na qual foi admitido em 1962, não é destinatário da Lei nº 7.133/78, uma vez que não satisfaz os requisitos da norma estadual, isto é, ser estável nos termos do parágrafo 2º do art. 177 da Constituição de 1967 ou do art. 205 da Constituição Estadual de 1947 (inciso II, parte final e inciso III).

4. Impõe-se, porque eivado de nulidade, a retirada do ato que o declarou estável na função pública, com base no parágrafo 2º do art. 177 da Constituição Federal de 1967, computando tempo de serviço utilizado em posição na esfera federal, na qual veio inativar-se.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 28 de maio de 1980.

DECRETO REGULAMENTAR E RESOLUÇÕES DO CONTRAN

SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4412

DECRETO REGULAMENTAR E RESOLUÇÕES DO CONTRAN.

Hierarquia das normas jurídicas.

Vedações por resolução, não previstas na lei ou no decreto regulamentar, carecem de validade e de eficácia.

1. Presidente do CETRAN, CONSELHO ESTADUAL DE TRÂNSITO, encaminha dois expedientes a esta Procuradoria-Geral do Estado, solicitando exame jurídico da matéria que envolve a troca de motor em veículos de passeio movidos a gasolina por motor movido a óleo diesel, de modo a possibilitar um posicionamento frente aos pedidos encaminhados àquele órgão, neste sentido.

Os expedientes são oriundos da Delegacia de Polícia de Dom Pedrito e de Coronel Bicaco e ambos referem-se ao mesmo assunto, qual seja, o da viabilidade jurídica de adaptação de motor diesel em veículos que originariamente funcionam a gasolina.

Acompanham os expedientes informações emitidas pela assessoria Especial do Departamento de Trânsito (DAE) referindo-se às Resoluções do CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) pertinentes à matéria, ao Regulamento do Código Nacional de Trânsito (Decreto nº 62.127/68), bem como acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS.

Todas as referências legais e a decisão jurisprudencial conduziram aquela Assessoria Especial à conclusão de que a mudança de motor é permitida, devendo apenas "ser comunicada à autoridade nos 30 (trinta) dias imediatamente seguintes ao em que se verificar", consoante § 1º do artigo 80 do Decreto Federal nº 62.127/68 (RCNT).

É o relatório.

2. A questão suscitada reveste-se de peculiar interesse na medida em que envolve, basicamente, **matéria de hierarquia de leis dentro do nosso ordenamento jurídico positivo.**

E este foi, aliás, o enfoque trazido à colação pelo acórdão da 2ª Câmara Cível do TJRS e que consideramos o único prisma legítimo pelo qual se possa tratar o problema proposto.

Verifica-se que o Regulamento do Código Nacional de Trânsito (Decreto nº 62.127/68), em seu artigo 80 reza literalmente:

"Art. 80 — Nenhum veículo poderá ter modificadas suas características sem prévia autorização da autoridade de trânsito.

§ 1º — Excetua-se do disposto neste artigo a mudança de motor, a qual, porém, deverá ser comunicada à autoridade de trânsito nos trinta dias imediatamente seguintes ao em que se verificar."

Esta disposição veio regulamentar determinação já existente na Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, que instituiu o Código Nacional de Trânsito, a saber o artigo 39, verbis:

"Art. 39 — Nenhum proprietário poderá sem prévia permissão da autoridade competente, fazer ou ordenar sejam feitas no veículo modificações de suas características."

Ocorre, no entanto, que o Conselho Nacional de Trânsito, órgão máximo da coordenação da política e do sistema nacional de trânsito, emitiu Resolução de nº 509/76 estabelecendo que:

"Art. 1º— Fica proibida a circulação no território nacional:

.....
II — de veículo cujo motor original a gasolina tenha sido substituído por motor a óleo diesel.

Parágrafo único — Excetua-se da proibição constante no inciso II do presente artigo, os veículos de transporte coletivo com lotação superior a 15 (quinze) passageiros e os veículos de carga ou misto, com capacidade de carga útil acima de 1.000 Kg."

A redação do parágrafo único acima transcrito sofreu alteração em virtude de nova Resolução do CONTRAN, de nº 524, emitida em data de 10 de outubro de 1977, tendo-se acrescentado mais uma hipótese às duas exceções já contempladas no dispositivo, de teor:

"Parágrafo único — Excetua-se da proibição constante do inciso II:

.....
c) os veículos que tenham substituído o motor original a gasolina por motor a óleo diesel até 30 de dezembro de 1976."

Com fins a consolidar o que dispunham as duas Resoluções supra-referidas, e "considerando que o óleo diesel é produto que goza de proteção governamental em benefício dos transportes coletivos e de carga", o CONTRAN emitiu recentemente, a 6 de fevereiro p. p. a Resolução de nº 557, reiterando a regra que veda a circulação daqueles veículos cujos motores tenham sido substituídos por motor a óleo diesel, mantendo as três exceções já contempladas anteriormente.

Temos, pois, a regra abrangente contida no artigo 80 e parágrafos do Decreto Federal e as Resoluções do CONTRAN, posteriores, que fazem restrições maiores às constantes na disposição regulamentar.

Esclareça-se que as Resoluções do CONTRAN são emitidas com fundamento no artigo 5º, inciso V da Lei nº 5.108/78 (CNT) que lhe confere competência para:

"V — elaborar normas-padrão e zelar pela sua execução."

3. Cumpre indagar, desde logo, o papel do Regulamento e o das Resoluções, como espécies normativas que são, sua peculiar conotação e sua força cogente dentro de nossa sistemática legislativa.

No que concerne ao Regulamento, importa sublinhar que é ato de caráter normativo e, nesta medida, assemelhável à lei material. Embora seja ordenado de modo a regular um número imprevisível de situações, carece da impessoalidade própria dos atos genéricos e abstratos, traço fundamental às leis. Mas no seu aspecto material, naquilo que é o conteúdo de suas disposições, a lei e o regulamento se assemelham (cfe. CELSO RIBEIRO BASTOS, em "Curso de Direito Constitucional", Ed. Saraiva, 1980, p. 175 e seguintes).

Já do ponto de vista subjetivo, vale dizer, da perspectiva da autoridade competente para sua expedição, cessa qualquer similitude do regulamento com a lei, eis que o regulamento é próprio do Chefe do Poder Executivo, que o expede via decreto. Se no bojo do regulamento vier inserido um conjunto de disposições normativas, trata-se, então, de decreto regulamentar (op. cit., p. 176).

A Categoria regulamentar que nos interessa mais de perto para o deslinde da controvérsia suscitada é a do regulamento delegado ou autorizado, já que o Decreto nº 62.127/68 (RCNT) pertence, indubitavelmente, a esta categoria.

Regulamento delegado ou autorizado é aquele que desenvolve a lei, agregando-lhe algum elemento que inova na ordem jurídica e que é editado em decorrência de habilitação legislativa. Pressupõe lei que o antecede, "com fundamento na qual dá continuidade à elaboração normativa" (op. cit., p. 177).

À evidência que esta faculdade regulamentar há de cingir-se à lei e exercer-se dentro da mais estrita competência delegada.

"Não podem alterar ou revogar a lei, a cujas disposições se encontram em absoluta subordinação. Podem, entretanto, agregar elementos à norma legal, para tornar suas obrigações de mais fácil aplicação." (op. cit. p. 177).

Ora, se ao regulamento é vedado criar obrigações novas, sendo apenas apto a desenvolver e explicitar as obrigações já existentes na lei, certamente que tal poder — ou tal **faculdade**, como preferem os nossos melhores constitucionalistas —, não pode ser conferida à resolução.

Se o regulamento tem sua razão de ser face ao caráter sintético das disposições legais, sua força cogente advém do próprio texto legal que vem especificar. Neste sentido, o regulamento é ato de caráter normativo, conforme registrado inicialmente.

4. A **resolução**, expedida por órgãos colegiados do poder executivo restringe-se a deliberações de cunho concreto, para alcançar situações particulares da alçada da Administração Pública, voltados à ordenação da própria máquina burocrática desta mesma Administração. E seria de todo inadmissível que a resolução viesse restringir direito assegurado por lei ou por obrigações que o legislador não impôs: configuraria excesso e desvio de competência.

Não é outra a constatação a que chegou a 2ª Câmara Cível do TJRS no exame de matéria similar à que ora nos ocupa (Reexame Necessário nº 28.572), quando consignou:

"(...) observada a hierarquia das leis, regulamentos, decretos, há de se convir que o regulamento tem por finalidade disciplinar e dar execução, sem extravasar seus limites, ao que é determinado pela lei, sem ampliar nem restringir direitos ou obrigações, o que também não é possível ser feito por uma resolução de um Conselho, embora tenha esta atribuição de editar normas — padrão, que tenho para mim se referem à execução do Regulamento, ao CNT, sem o poder de alterar suas disposições. Representaria, numa ordem decrescente com relação ao regulamento, o que representa para uma lei, sem poder alterar suas disposições (...)".

E continua o v. acórdão:

"(...) é possível o poder público proibir a circulação dos veículos instalados com motor a óleo diesel, quando originariamente eram a gasolina, mas esta proibição deve surgir de ato ao menos da mesma força cogente e coercitiva que o decreto em decorrência do qual foi permitida a substituição."

A lição da doutrina converge no mesmo sentido, especialmente quando se constata o princípio maior norteador de todo nosso Direito, qual seja, o princípio da legalidade, assegurando que **"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"** (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 153, § 2º).

É ainda mandamento constitucional o constante no art. 81, III, que prevê competência ao Presidente para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Ou seja, o exercício desta competência pelo Poder Executivo há de ser rigorosamente balizado pelos ditames legais, sob pena de inconstitucionalidade (cfe. CÉLSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em "Elementos de Direito Administrativo", SP, 1980, p. 232).

Com maior razão se há de exigir da Resolução, comando não legislativo, endereçado a situações concretas, que se pautem dentro das balizas preestabelecidas nos dispositivos rege-dores da espécie. Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO:

"Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito." (op. cit. p. 232).

5. EM CONCLUSÃO: a Resolução nº 557/80 do CONTRAN (consolidando as outras duas que a antecederam) proibindo a circulação de veículos cujos motores são movidos a gás liquefeito de petróleo e daqueles cujos motores tenham sido substituídos por motor Diesel, extrapolou os limites de competência do Conselho. Criou restrições inexistentes no Código Nacional de Trânsito, e em seu Regulamento, frente aos quais não prevalece.

Tal proibição só pode ser estabelecida por norma legal de hierarquia superior ou equivalente àquela que estatui o permissivo, sob pena de **invalidade e ineficácia**.

Não vemos, pois, óbice **legal** à mudança de motor em veículos de passeio, desde que atendida a condição regulamentar de dar ciência à autoridade de trânsito, de modo a constar a alteração no Certificado de Registro correspondente.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de julho de 1980.

GRATIFICAÇÃO POR RISCO DE VIDA

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4411

GRATIFICAÇÃO POR RISCO DE VIDA E SAÚDE instituída pela Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, art. 56 e parágrafos.

Inaplicabilidade momentânea da norma que estabelece tal direito por depender de regulamentação e da complementação da lei. Data de entrada em vigor da Lei nº 7.357/80.

Normas constitucionais anteriores não incompatíveis com a nova regulamentação constitucional permanecem em vigor na qualidade de leis ordinárias.

Vem a esta Procuradoria-Geral, por solicitação do Senhor Secretário de Estado da Administração, pedido formulado por dois Engenheiros Agrônomos, ARRENIUS IGOR BETTIOL e MIGUEL VIUSTOU GOLOBIESCK MASLAK, padrão 15-4 e 15-3, respectivamente, lotados no Departamento de Recursos Naturais Renováveis da Secretaria da Agricultura, no sentido de lhes ser deferida a gratificação especial preconizada no art. 56 e parágrafos da recente Lei Estadual nº 7.357, de 08 de fevereiro de 1980, em face do risco de vida e saúde que alegam estarem condicionados no exercício de seus cargos.

A Comissão de Infortunistica, Medicina Ocupacional e de Readaptação – CIMOR – ouvida, suscitou, preliminarmente, dúvidas quanto à auto-executoriedade do citado artigo da Lei Estadual. Por tal razão, o expediente foi encaminhado à Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração que, prestando oportuna e judiciosa informação, conclui:

1º) pela inaplicabilidade momentânea do art. 56 aos atuais integrantes do Quadro Geral;

2º) pela aplicabilidade do mesmo aos ocupantes de cargos em comissão e funções gratificadas, tão logo seja eleito o órgão que irá aferir a existência e o grau de risco de vida e saúde;

3º) pela viabilidade de a CIMOR receber dita incumbência;

4º) pela concomitância no regime atual de aposentadoria e vantagens com a mesma fonte geradora (Leis nºs 2.455/54 e 7.357/80);

5º) pela vigência da Lei nº 7.357/80 de acordo com a regra do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

É o relatório.

2. A recente Lei Estadual nº 7.357/80, como se sabe, sofreu em sua trajetória processual uma série de emendas e vetos, fazendo com que seu objetivo principal — a reorganização do Quadro Geral dos Funcionários Públicos — se visse esvaziado, através do veto aposto a incisos do artigo 8º e à totalidade dos artigos 9 e 10, disposições que regulavam o processo de enquadramento dos atuais funcionários nos cargos do Quadro reorganizado pelo novo diploma legal. Ficando vetados tais regramentos, a parte que não foi vetada, apesar de promulgada e publicada, indiretamente também se viu atingida. É o que acontece com o art. 56 em vigor e assim redigido:

“Art. 56 — Os funcionários que efetivamente exercerem seus cargos com peculiar risco à própria saúde perceberão uma gratificação especial, com valor e base de incidência iguais aos previstos na Lei Federal nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977.

§ 1º — A gratificação cessará ou terá alterado o percentual sempre que, em razão da mudança de atribuições, atividades ou local de exercício, afastar-se ou alterar-se o risco, mas continuará a ser paga ao funcionário que a vinha percebendo quando ocorrer alguma das situações previstas no art. 73 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

§ 2º — As disposições do presente artigo aplicam-se aos cargos em comissão e funções gratificadas.

§ 3º — A existência e o grau de risco de vida ou saúde de que trata este artigo serão aferidas pelo Poder Executivo, através de seus órgãos competentes.

§ 4º — A gratificação de que trata o presente artigo, se estiver sendo percebida por ocasião da aposentadoria, incorporar-se-á aos proventos em qualquer dos seguintes casos:

I — houver sido percebida por cinco anos contínuos ou dez intercalados.

II — decorrer, a aposentadoria, de moléstia ou acidente decorrentes do risco a que o funcionário estava especificamente sujeito.”

Estabeleceu-se, em favor dos funcionários do Quadro Geral e dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas que exercem seus cargos com “peculiar risco à própria saúde”, o direito à percepção de uma gratificação especial. Inobstante assegurado tal direito, por disposição legal em vigor, sua aplicabilidade fica momentaneamente suspensa, conforme bem demonstrou a Assessoria Jurídica da Secretaria de Administração. Senão vejamos:

A anterior Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, ao estabelecer novo plano de pagamento para o Quadro Geral dos Funcionários Públicos, com base na avaliação técnica dos cargos, determinou, em seu art. 1º, letra e, que o fator “risco de vida e saúde” fosse levado em consideração na valoração de remuneração dos respectivos cargos. Assim, por exemplo, no caso dos requerentes, que detêm cargos de engenheiros agrônomos, se houvesse risco de vida na execução das respectivas tarefas, tal fator já teria sido mensurado no respectivo nível de vencimento. Foi por este motivo — não incorrer em concessão de dupla vantagem sobre a mesma fonte geradora — que esse diploma legal (Lei nº 4.937/65) coerentemente estabeleceu, em seu art. 46, a revogação de toda a legislação pertinente à gratificação por risco de saúde.

A mesma conduta já não adotou a Lei nº 7.357/80. O citado art. 56 expressamente admitiu o direito à percepção de gratificação especial em razão de desempenho de função com risco à própria saúde. Dentro da mesma linha de entendimento, o art. 35 do mesmo diploma legal, ao estabelecer os critérios a serem considerados no novo plano de pagamento para os funcionários do Quadro Geral, não determinou que o fator “risco à saúde” fosse observado. Apenas, no item “CONDIÇÕES DE TRABALHO” determinou que fosse avaliado “o desenvolvimento do trabalho em condições de desconforto ou de risco de acidentes no ambiente físico, que não podem ser reduzidos por iniciativa do ocupante do cargo”. Tais fatores, como bem demonstrou a Assessoria Jurídica da Secretaria de Administração não se assemelham a “risco à própria saúde”, possuindo uma conotação diversa. O fator “desconforto” revela apenas a falta de bem-estar, enquanto “risco de acidentes” implica uma noção de imprevisibilidade. No entanto, apesar de haver previsão legal da percepção de tal gratificação especial e não estar o fator “risco à própria saúde” incluído no rol daqueles que devem ser levados em conta no novo plano de pagamento, a eficácia de tal norma está temporariamente suspensa.

3. Em relação aos funcionários do Quadro Geral, a concessão da vantagem enunciada no art. 56 depende da complementação do restante da lei, isto é, de que os dispositivos que regulem o processo de enquadramento dos atuais funcionários no Quadro reorganizado estejam vigorando. Enquanto isso não for realidade, os critérios estabelecidos para o novo plano de pagamento, consubstanciados no art. 35 da Lei nº 7.357/80 ficam no ar, sem aplicação prática, fazendo com que os funcionários do sistema vigente sejam efetivamente pagos de acordo com os critérios estabelecidos no art. 1º da Lei nº 4.937/65. E se são remunerados de acordo com os critérios desta última, o fator “risco à própria saúde” já é valorado no respectivo vencimento. Se recebessem, agora, uma gratificação especial em razão da mesma base fática, haveria uma cumulação indevida, uma dupla vantagem em razão da mesma fonte geradora, inconciliável com os princípios de direito.

Os funcionários do Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, destinatários também da vantagem enunciada no art. 56 da Lei nº 7.357/80, não estando afe-

tos aos critérios estabelecidos no art. 1º da Lei nº 4.937/65, dirigida apenas para os integrantes do Quadro Geral, poderiam fazer, desde logo, jus ao benefício. Existe, no entanto, impedimento de outra ordem, invocável tanto para os detentores de cargos em comissão e funções gratificadas como para os funcionários do Quadro Geral. Trata-se da **regulamentação** do referido art. 56.

4. Invocou-se, na disposição em apreço, as normas da Lei Federal nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, apenas no que tange com o **valor e base de incidência** ("caput" do art. 56), dispondo-se logo a seguir, que **"a existência e o grau de risco de vida ou saúde de que trata este artigo serão aferidas pelo Poder Executivo através de seus órgãos competentes"** (art. 56, § 3º).

Não restam dúvidas de que existe lacuna legislativa suficiente a demandar do Poder Executivo Estadual a expedição de regulamento. Para que a norma tenha condições de ser aplicada é preciso que, no regulamento, se defina qual o órgão competente, ou órgãos competentes que receberão a incumbência de aferir a existência e o grau do risco. Mas isso não é o bastante. É necessário, ainda, que por ato do executivo se estabeleçam os critérios que irão nortear a tarefa de tais órgãos. Assim, devem ser definidas as atividades insalubres ou perigosas de acordo com sua natureza, intensidade, tempo de exposição, etc. É preciso também que se diga se em algum caso ocorrerá a eliminação ou a neutralização dos agentes insalubres ou perigosos em razão da adoção de medidas preventivas ou utilização de equipamentos de proteção nos ambientes de trabalho. Sem um regulamento, que defina tais aspectos e outros que porventura possam interessar, é impossível a aplicação do art. 56 da Lei nº 7.357/80.

Não se pode dizer, de outro lado, que de "per si" as normas da Lei Federal nº 6.514/77 que regulam tais aspectos tenham aplicação no âmbito do Estado, já que a correspondência estabelecida com aquela se restringe com o "valor" e "base de incidência". Invocáveis, assim, apenas os dispositivos contidos no art. 192 e no parágrafo 1º do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho com a redação que lhes foi dada pela referida Lei Federal, que asseguram, pelo exercício de atividades insalubres, a percepção de adicional num percentual de 40%, 20% e 10% do salário-mínimo da região, respectivamente, conforme se classifiquem em grau máximo, médio e mínimo e, pelo exercício de atividades perigosas, o percentual de 30% sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

Nada impede, no entanto, que o Estado trace um paralelismo com as restantes disposições contidas na norma federal, considerando sempre as peculiaridades próprias dos serviços locais.

Do mesmo modo, como bem sugere a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, é perfeitamente viável e até recomendável que à CIMOR seja atribuído o encargo de aferir as condições adversas ao trabalho para os fins do art. 56 da Lei nº 7.357/80, dotando-a, se assim se fizer necessário, de um número maior de funcionários especializados.

5. Quando o art. 56 da Lei nº 7.357/80 estiver em condições de ser aplicado, isto é, quando estiver efetivamente reorganizado o Quadro Geral dos Funcionários Públicos implantado pela nova lei e que os mesmos sejam remunerados de acordo com os critérios estabelecidos para o novo plano de pagamento (art. 35 da Lei nº 7.357) e quando ainda for regulamentado o art. 56, existirão, na órbita estadual, duas edições legais — a própria Lei nº 7.357/80 e a Lei nº 2.455/54 — com simultaneidade de favores sobre a mesma base fáctica. Estes favores consistiriam na incorporação da gratificação por risco de vida e saúde aos proventos da inatividade e mais a contagem do tempo ficto em razão do mesmo fator. Seria, então, recomendável que através de pronunciamento legislativo, expressamente, se impedisse a cumulação de tais benefícios.

6. Quanto à data da vigência da Lei 7.357/80 que nada dispôs em seu texto a respeito, em razão de veto, sugere a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração a aplicação da regra contida no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto nº 4.657, de 04 de setembro de 1942). Vale dizer, o diploma legal em questão teria entrado em vigor quarenta e cinco dias após sua publicação oficial. Apesar de a matéria não interessar precisamente ao caso concreto, já que o art. 56, como se viu, é momentaneamente inaplicável, mas podendo ter importância para outras disposições que dela emergem, diríamos que a doutrina nos oferece solução que permite concluir diversamente. A tese seria a seguinte: as normas constitucionais anteriores não incompatíveis e cuja matéria não tenha sido objeto de nova regulamentação constitucional, permaneceriam em vigor, não na qualidade de normas constitucionais, mas como lei de caráter ordinário (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 209/211). De acordo com tal entendimento é perfeitamente lícito afirmar que a norma do art. 34 da Constituição Estadual de 1967 ao determinar **"salvo se dispuser diversamente, a lei começa a vigorar dez dias depois de oficialmente publicada"** (grifei), apesar de não repetida na Carta Estadual de 1970, mas compatível com o espírito da última, estaria vigorando como lei ordinária estadual. E aplicada ao caso, teríamos que a Lei nº 7.357/80 vigoraria a partir de 21 de fevereiro de 1980, dez dias após a sua publicação (11 de fevereiro de 1980).

A linha de entendimento aqui acatada já foi objeto de parecer da Casa, da lavra do hoje Procurador-Geral do Estado, Dr. MÁRIO BERNARDO SESTA, que manifestou:

"Assim, ao aforisma "Constituição nova derroga Constituição anterior", se há de acrescentar — ressalvadas as disposições desta que, constitucionais pela natureza do instrumento formal, não no são pelo conteúdo. Não derogadas continuam, porém, como leis ordinárias." (grifos originais do Parecer que tomou o nº 251/GAS, de 24 de abril de 1967).

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 15 de julho de 1980.

ALIENAÇÃO DO DOMÍNIO DIRETO DE TERRENO FOREIRO

VERENA NYGAARD BECKER
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Universidade do
Vale do Rio dos Sinos
Especialista em Direito Administrativo

PARECER Nº 4.454:

IMÓVEL FOREIRO. ALIENAÇÃO DO DOMÍNIO DIRETO AO TITULAR
DO DOMÍNIO ÚTIL.
Condições legais.

Trata o expediente de requerimento da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL solicitando a unificação dos cadastros correspondentes aos terrenos foreiros do Estado, situados no centro da cidade, por ela ocupados na qualidade de titular do domínio útil. A petição-nária objetiva não só a expedição do competente título foreiro, como também a regularização de eventuais débitos relativos ao foro anual dos referidos terrenos.

Instruído com as certidões do Registro de Imóveis, laudo de avaliação dos terrenos e fixação, pelo Tesouro do Estado, do foro devido, o expediente foi encaminhado à Chefia da Casa Civil do Gabinete do Governador que, conquanto nada tenha a opor ao pedido, remeteu-o a esta Procuradoria-Geral para que examine questão diversa, qual seja, a da possibilidade de alienação do domínio e as condições legais para a sua efetivação.

É o relatório.

1. Entendemos que a questão relativa à possibilidade de alienação do domínio nos é proposta, não enquanto objeto de um juízo de mérito, envolvendo a apreciação da conveniência e oportunidade do ato, mas sim, enquanto objeto de um juízo de legalidade.

Sob este prisma, a questionada alienação, pressupondo que seja à Caixa Econômica Federal, se nos afigura perfeitamente possível, sujeitando-se sua efetivação apenas à existência de autorização legislativa, porque dispensada, na espécie, a realização de procedimento licitatório.

2. A alienação de bem público, qualquer que seja a sua categoria, depende sempre, em princípio, de lei que a autorize e de licitação, sob a forma de concorrência pública ou de leilão.

Todavia, enquanto a primeira exigência, conforme se deduz do art. 67 do Código Civil, constitui requisito indispensável, mesmo em se tratando, como no caso presente, de bens patrimoniais, a exigência de licitação não é absoluta.

Além das hipóteses em que tal procedimento se apresenta logicamente impossível, como ocorre, por exemplo, em alienações mediante permuta, há os casos de dispensa expressa, enumerados no art. 126, § 2º, do Decreto-Lei nº 200/67.

3. Dando por suposto que o adquirente do domínio útil seja a Caixa Econômica Federal — tal circunstância não é expressamente referida, mas, por isso mesmo, nos parece óbvia — a alienação acerca da qual se questiona neste processo se enquadra na hipótese prevista sob a letra f do dispositivo legal mencionado, "in verbis":

"Art. 126

§ 2º — É dispensável a licitação:

.....

f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário."

Empresa pública federal, à CEF se ajusta o conceito de "entidade sujeita ao controle majoritário de pessoa de direito público interno".

Seguindo o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, entendemos que, nesses casos, a licitação "não é apenas dispensável, mas já está dispensada pela norma federal, o que exige as autoridades contratantes de justificar essa dispensa, bastando indicar o dispositivo em que se enquadra" (MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, RT, 1977, 3ª edição, p. 111).

4. Por outro lado, por força do art. 684 do Código Civil, a CEF, na qualidade de detentora do domínio útil, é titular de direito de preferência para a aquisição do domínio direto, direito este cujo exercício é incompatível com o procedimento licitatório. Por aí também afigura-se inexigível a observância de tal procedimento no caso em apreço.

5. Assim sendo, entendemos que a alienação do domínio direto dos terrenos foreiros à CEF depende, tão apenas, de autorização legislativa para a sua efetivação.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 21 de agosto de 1980.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

REMUNERAÇÃO DE VEREADOR NO RECESSO PARLAMENTAR

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4194

VEREADOR. REMUNERAÇÃO

Nos períodos de recesso das Câmaras, os vereadores fazem jus à remuneração constituída da parte fixa e variável, podendo ser instituído o critério de pagamento proporcional à assiduidade durante a sessão legislativa ordinária.

Procedente da Câmara Municipal de São Borja, chega a esta Consultoria-Geral do Estado consulta visando saber como deve ser constituída a remuneração dos vereadores no concernente aos períodos de recesso da Casa Legislativa que integram.

Relata o consulente que, no referido Município, na fase anterior aos mandatos municipais gratuitos, assim como na atualidade, o critério seguido é o de pagar somente a parte fixa nos períodos de recesso. Que a parte variável só é paga pelo efetivo comparecimento às reuniões ordinárias e extraordinárias.

Pergunta se seria correto, em face da Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, o Município adotar o critério de remunerar seus Vereadores, nos períodos de recesso legislativo, acrescentando à parte fixa outra correspondente à variável, porém calculada com base na média de comparecimentos na sessão legislativa ordinária anterior.

Instruindo a consulta, fazem parte do expediente o Decreto Legislativo nº 29, de 11/11/76, e o de nº 32, de 25/1/79, que disciplinam a matéria no âmbito local.

É o relatório.

2. No Decreto Legislativo nº 29, de 11/11/76, de São Borja, foi estabelecido um valor, presumindo-se que para pagamento mensal (Cr\$ 2.880,00), para vigor na legislatura que se iniciou em 31/1/77. Esse valor, segundo esse diploma, corresponderia a 20% dos subsídios dos Deputados estaduais (art. 1º).

Em seu artigo 3º, caput, o mesmo diploma dispôs que o valor fixado será dividido em duas metades correspondentes à parte fixa e à variável. No parágrafo 1º desse artigo consta que a parte variável será dividida pelo número de sessões ordinárias previstas para cada mês. O parágrafo 2º estabelece que as sessões extraordinárias (quatro, no máximo) serão remuneradas "no mesmo valor atribuído às sessões ordinárias".

No parágrafo 3º do artigo 3º do Decreto Legislativo nº 29/76, contém-se:

“Somente haverá pagamento da parte variável da remuneração quando houver efetivo comparecimento do Vereador e sua participação nas votações.”

No seguinte parágrafo (4º) consta:

“Quando licenciado por doença, o Vereador perceberá a parte fixa da remuneração.”

O Decreto Legislativo nº 32, de 25/4/79, atualiza o valor fixado no artigo 1º do Decreto Legislativo nº 29, de 11/11/76, sendo declarada alterada a redação desse artigo (já antes alterado pelos Decretos Legislativos nºs 30 e 31, de 11/5/77 e 26/4/78, respectivamente, como consta) para passar a ter o seguinte teor:

“A remuneração dos vereadores, para a atual sessão legislativa, é fixada em Cr\$ 7.332,00, correspondente a 20% dos subsídios dos Deputados estaduais.”

É de notar-se que a expressão “atual sessão legislativa”, não é das mais felizes para abranger determinado período, pois há distinção jurídica entre sessão legislativa ordinária e extraordinária, sendo a última correspondente a convocação no período de recesso.

Por outro lado, merece reparo a maneira de ser efetuada a atualização do valor da remuneração. Não há razão jurídica nem lógica para que se o faça declarando alterada a redação do diploma que originalmente fixou o valor dessa remuneração. Basta que novo Decreto Legislativo declare fixada a quantia atualizada para vigor num determinado período de tempo, o qual não fica corretamente situado num diploma editado em data pretérita. Daí não caber alterar a redação de tal dispositivo, que além do mais teve esgotada sua eficácia.

Retomaremos os dispositivos transcritos no decurso da análise da questão proposta.

3. A Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, estabelece que a remuneração dos Vereadores deverá ser fixada no final de cada legislatura para vigor na subsequente, observados os critérios e limites nela determinados (art. 1º), e que dividir-se-á em parte fixa e variável (art. 2º, caput). Que a parte variável da remuneração não será inferior à fixa e corresponderá ao comparecimento efetivo do Vereador e à participação nas votações (1º). Que somente poderão ser remuneradas uma sessão por dia e, no máximo, quatro sessões extraordinárias por votações (§ 2º).

Nada consta expressamente na Lei Complementar nº 25/75 sobre o recesso das Câmaras municipais.

A questão deve ser analisada considerando o contexto constitucional, com obediência às regras técnicas de hermenêutica, o que significa que deve haver uma ótica sistemática do assunto.

A Lei Complementar nº 25/75, ao rezar que a parte variável da remuneração corresponderá ao comparecimento efetivo do Vereador e à participação nas votações, está criando uma base para estipulação do valor dessa parte da remuneração e não uma vedação de seu pagamento no recesso, como pode parecer a pretensas hermeneutas que se apegam à literalidade de certas expressões usadas pelo legislador.

Retomando o parágrafo 3º do art. 3º do Decreto Legislativo nº 29/76 de São Borja, retrotranscrito, vê-se que, no Município, o dispositivo é interpretado de forma isolada, por isso conduzindo à falsa conclusão de que seria vedado o pagamento da parte variável dos subsídios nos períodos de recesso da Câmara.

É uma falsa conclusão, por não ser válida do ponto de vista sistemático. O dispositivo deve ser harmonizado com o sistema geral. A Lei Complementar nº 25/75 não autoriza essa inferência no sentido de ser vedado o pagamento da parte variável nos períodos de recesso parlamentar instituído constitucionalmente.

4. A Consultoria-Geral do Estado firmou posição no sentido de ser devida, nos períodos de recesso das Câmaras municipais, a remuneração composta da parte fixa e da parte variável. E isso por entender não existir causa legítima para sua redução, em princípio, salvo quanto aos integrantes de Comissão Representativa, os quais poderiam ter, nesses períodos, faltas não justificadas, passíveis de descontos. Essa ressalva é posta no Parecer nº 3927, de 26/9/79, emitido pelo então titular do órgão, José Maria Rosa Tesheiner, que, ao abordar a questão fez remissão ao Parecer nº 3442, de 8/11/76, de autoria da Consultora Jurídica Marília de Oliveira Azevedo, o qual acolheu como orientação oficial.

Destacaremos, a seguir, trecho de argumentos da fundamentação do Parecer nº 3442, cuja conclusão vem sendo mantida como orientação oficial, através de pronunciamentos posteriores, entre os quais os Pareceres nº 3766, de 19/1/78, nº 3881, de 15/5/78, e nº 3927, de 26/9/78.

Lê-se no Parecer nº 3442, de 8/11/76, da lavra da Consultora Jurídica Marília de Oliveira Azevedo:

“Doutrinariamente, o termo remuneração é um todo, abrangendo a parte fixa e variável, nos dias em que não comparecer à sessão ou, mesmo comparecendo, não participar das votações. Interpretando a norma contrario sensu, emerge o entendimento de que em não se realizando a sessão e conseqüentemente, não havendo votação, não há motivo para que se venha a descontar do vereador. Estando, assim, a Câmara em recesso, não haveria suporte fático para que o vereador viesse a ser descontado. De ressaltar, também, que durante

o período do recesso o vereador continua desempenhando o seu mandato, mesmo não se realizando sessões da Câmara. Este é o espírito da lei, segundo se infere da exposição de motivos do Senhor Presidente da República."

Efetivamente, estando a Câmara em recesso, é impossível, salvo quanto aos integrantes de Comissão Representativa, a configuração de faltas a reuniões ou omissões nas votações. Em assim sendo, não poderia dar-se a ocorrência dos fatos típicos, subsumíveis ao suporte fático ou hipótese de incidência da norma jurídica, cuja consequência jurídica seria a perda da parte variável da remuneração.

A orientação constante no Parecer nº 3442 desta Casa é válida, em princípio. Comporta, no entanto, um certo temperamento, para poder admitir-se a instituição de uma fórmula variante para a parte variável da remuneração concernente aos períodos de recesso.

5. Cabe, em face da questão proposta na presente consulta, considerar também a possibilidade ou não de instituição do critério de calcular a parte variável da remuneração, correspondente ao período de recesso, na proporção do que o Vereador efetivamente fez jus a esse título (parte variável) durante o período da sessão legislativa ordinária imediatamente anterior ao recesso.

Em parecer emitido por Armando Marcondes Machado Jr., de São Paulo, em data de 9/12/75, consta este comentário:

"O Vereador estando em férias, por causa do recesso, recebe toda a remuneração: parte fixa e variável. Esta é a posição da Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios (DOE de 9 de agosto de 1975). No Congresso Nacional e na Assembléia Legislativa de São Paulo a parte variável é devida no recesso.

Somente no recesso decretado pelo Presidente da República (Ato Institucional nº 5, artigo 2, § 2º), é que caberá apenas o pagamento da parte fixa. Mas é um caso especial, onde se elimina a parte variável por ser uma medida punitiva. Se no recesso punitivo é suprimida a parte variável, conclui-se que no recesso-férias ela é paga." (em "Município Paulista" (3):13-15, 1976).

Embora, hoje, esteja superada a fase em que havia lugar recesso punitivo, continua valendo o raciocínio usado nesse pronunciamento. Se o recesso parlamentar equivale a férias e se a supressão da parte variável da remuneração constitui punição, não há como conciliar as duas coisas.

Equivalendo o recesso parlamentar a gozo de férias para os edis, caberia adotar, de lege ferenda, critério análogo ao encontrado no nosso sistema jurídico positivo, segundo o qual o período de gozo de férias será, em certa medida, proporcional à assiduidade corres-

pondente ao respectivo período aquisitivo. Essa assiduidade, para tal efeito, deveria ser entendida em termos de comparecimento às reuniões e participação nas votações.

6. Registra o Parecer nº 3442, trazido à colação, que, na órbita federal e na de nosso Estado, os parlamentares não sofrem descontos nos subsídios durante os períodos de recesso das respectivas Casas Legislativas.

Já na esfera municipal da Capital do nosso Estado, constatamos haver sido instituído o critério de remuneração proporcional, conforme o Regimento Interno da Câmara de Vereadores, cujos dispositivos pertinentes ora transcrevemos:

"Art. 225 — Os vereadores vencerão, anualmente, subsídios (...)

§ 1º — O subsídio do vereador constará de:

- 1 — uma parte fixa, paga mensalmente, durante todo o ano;
- 2 — uma parte variável ou "jeton", correspondente ao comparecimento às sessões ordinárias e extraordinárias.

§ 3º — No recesso parlamentar o Vereador terá direito a tantos "jetons" por mês quantos resultem do número de "jetons" por ele ganhos na Reunião Legislativa anterior dividido pelos meses transcorridos no período, exceto julho.

§ 4º — A parte variável devida ao Vereador no recesso parlamentar do mês de julho será calculada pela forma do parágrafo anterior, tomando-se, porém, como base, o período de 15 de março a 30 de junho de cada ano.

§ 6º — O membro da Comissão Representativa perceberá "jeton" pela sessão a que comparecer, além do que trata o artigo."

O critério seguido pelo Município de Porto Alegre não fere a Lei Complementar nº 25/75, à qual as Câmaras Municipais estão jungidas. O pagamento proporcional da parte variável no recesso é compatível com as normas de hierarquia superior. Poder-se-ia ir mais longe e admitir, de lege ferenda, o pagamento proporcional da parte fixa no recesso referentemente aos parlamentares que houvessem sofrido descontos ou perda relativamente a essa parcela da remuneração, por motivo de afastamento do mandato durante o período da sessão legislativa precedente ao recesso.

Esses critérios seriam possíveis ante o nosso sistema positivo, mas dependem de instituição mediante ato legislativo municipal, que poderá revestir a forma de decreto legislativo ou de resolução, por ser a matéria de competência exclusiva da Câmara de Vereadores.

A adoção do decreto legislativo ou da resolução depende exclusivamente do que dispuser a respeito a Lei Orgânica do Município respectivo, visto que inexistente cogência, em

nível constitucional, no sentido de ser adotado um ou outro desses diplomas. Existe na doutrina inclinação no sentido de que o primeiro devesse ser usado para normas de efeitos externos e o segundo para normas de efeitos internos. Como a Constituição Federal não distingue nesse aspecto, nos casos em que trata de tais diplomas, no âmbito da União, é irrelevante que os Municípios se preocupem em estabelecer essa diferença.

Ante o exposto, respondemos em síntese:

- a) **A prática adotada no Município de São Borja de pagar somente a parte fixa dos subsídios dos Vereadores, nos períodos de recesso, não se coaduna com o contexto do nosso sistema positivo.**
- b) **Entendemos ser juridicamente possível, mediante ato legislativo, a instituição do critério de calcular a parte variável da remuneração, referente ao recesso, com base na média de comparecimentos no período da sessão legislativa ordinária imediatamente anterior.**
- c) **Enquanto não existir norma instituindo o critério de proporcionalidade, deve ser paga integralmente a remuneração durante o recesso, abrangendo a parte fixa e a variável, nos limites previstos na Lei Complementar nº 25/75.**

É o parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 22 de outubro de 1979.

ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM EXERCÍCIO DE VEREANÇA

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Doutor em Sociologia
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

PARECER Nº 4440

FUNCIONÁRIO-VEREADOR.

Exercício conjunto de cargo e da vereança exige a compatibilidade de horários, conforme a Emenda Constitucional nº 6.

Co incidência de horários, mesmo parcial, impossibilita o desempenho remunerado de ambas atividades.

O Vereador VICTOR HUGO NIETO, funcionário público e Edil do município de Jaguarão, consulta sobre sua situação funcional.

O consulente exerce o cargo de Fiscal Geral de Obras, desempenhando suas funções no horário das 12h 30min às 19,00 horas.

Ao mesmo tempo, tendo sido eleito Vereador, está no pleno exercício do mandato, acrescentando que as Sessões Ordinárias da Câmara Municipal são realizadas às segundas-feiras, a partir das 18,00 horas.

Conseqüentemente há colisão parcial de horário.

Indaga, então, aquele Edil da legalidade em proibir a assinatura do ponto nos dias de sessão, com o desconto correspondente de seus vencimentos.

É o relatório.

A situação do requerente, acumulando um cargo efetivo junto ao Executivo Municipal e o desempenho do mandato de Vereança constitui possibilidade só recentemente incorporada às disposições constitucionais vigentes, através da Emenda Constitucional nº 6.

Toda nossa tradição institucional anterior, tanto ao nível das Cartas Magnas Federais, quanto no plano das Constituições Estaduais vedava a acumulação de um cargo ou emprego municipal com o exercício do mandato legislativo local, sob pena de perda do mandato.

A razão deste posicionamento estava na garantia de independência e autonomia do legislador que, de outra forma, estando sob as ordens do Chefe do Executivo, corria o risco de sofrer pressões ou influência do Prefeito, quebrando todo o princípio de independência e harmonia dos poderes, herdado da teoria política de Montesquieu, e erigido à categoria de fonte mantenedora do equilíbrio da estrutura de poder.

A Emenda Constitucional nº 6, de 4 de junho de 1976, veio alterar, profundamente, a norma maior, excepcionando a hipótese de acumulabilidade, sob certas condições.

Por seu intermédio, assim ficou redigido o artigo 104 da Constituição Federal:

“Art. 104 — O servidor público federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, exercerá o mandato eletivo obedecidas as disposições deste artigo:

.....
§ 3º — Investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo dos subsídios a que faz jus.

.....
§ 5º — É vedado ao vereador, no âmbito da administração pública direta ou indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo mediante concurso público, emprego ou função.”

Admitiu, pois, em primeiro lugar a duplicidade de papéis locais: servidor municipal e vereador.

Exigiu, em segundo lugar, que o ingresso no cargo ou função se dê por concurso público, o que afastaria o favoritismo do Prefeito interessado em captar as boas graças do edil, ao mesmo tempo em que pressupõe o caráter efetivo (quando se tratar de cargo público) capaz de resguardar-lhe a autonomia.

Em terceiro lugar impôs a existência de compatibilidade de horários, a fim de que possa perceber subsídios e vencimentos.

Qual o fundamento de tamanha alteração constitucional?

Os vereadores que até há pouco tempo desempenhavam mandato gratuito, na maioria dos casos, passam agora a poder acumular a remuneração do cargo com o subsídio do múnus edilício.

Entendemos que foi o reconhecimento da realidade sócio-cultural brasileira, aonde se somam, na maior parte dos municípios do país, a carência de lideranças com a escassez de pessoas habilitadas, do ponto de vista de formação e experiência, à condução dos negócios legislativos das comunas.

Entre os poucos preparados incluem-se, não raro, servidores públicos, devotados defensores do interesse coletivo, mas impedidos de ocupar a vereança por um óbice institucional importado do Estado liberal francês do século XVIII, embora com a saudável preocupação de evitar a prepotência e arbitrariedade do Executivo.

Seja como for, a nova regra constitucional tem caráter, nitidamente, de exceção, ou seja, foge do princípio geral, escapa do procedimento dominante consagrado em nosso Direito.

Neste caso, os ditames da hermenêutica são claros: a interpretação do texto deve ser restritiva.

Tal já foi o entendimento desta Casa, no Parecer nº 4083, da lavra do Procurador JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO:

“O pressuposto necessário é a compatibilidade de horários, sem o que não se legitima a percepção conjunta de subsídios e vantagens na atividade administrativa do Executivo — vencimentos ou salários — em se tratando de cargo ou função e emprego, especialmente.”

Por tudo isto somos levados a concluir que é impraticável a percepção conjunta aludida pelo postulante.

Não se trata de discutir a legalidade do desconto; impõe-se considerar a constitucionalidade do recebimento simultâneo de subsídios e vencimentos.

Isto não seria possível salvo, é claro, que o horário de Sessões Ordinárias da Câmara fosse modificado, e tivesse seu início marcado para as 19h 15min ou outro horário que não colidisse com aquele do cargo de Fiscal Geral de Obras.

Trata-se, contudo, de questão do foro interno da Câmara de Vereadores de Jaguarão, absolutamente soberana para decidir sobre a matéria.

Afastada esta alternativa, é impraticável o recebimento, pelas razões acima alinhadas.

Este é, S.M.J., o parecer.

PORTO ALEGRE, 13 de agosto de 1980.

PASSE ESCOLAR NO TRANSPORTE COLETIVO URBANO

MARCO AURELIO GRECO
Doutor em Direito pela PUC-SP
Advogado em São Paulo

CONSULTA

Consultam-nos empresas de transporte público de passageiros por intermédio de seu ilustre patrono, sobre complexo problema jurídico ligado às tarifas de transporte coletivo urbano, no Município de Volta Redonda, Estado do Rio de Janeiro.

O nobre causídico expõe a questão esclarecendo que pretende saber da possível ilegalidade ou inconstitucionalidade da fixação de uma tarifa reduzida ou do abatimento da tarifa normal, concedidos, em benefício de certa classe de pessoas, mais especialmente estudantes e escoteiros. Fornece-nos uma cópia da legislação municipal referente ao assunto e solicita nossa opinião a respeito.

Antes, porém, de iniciar o tratamento do tema, cumpre sejam fincadas algumas premissas metodológicas, a partir das quais todo o raciocínio irá se estruturar.

PREMISSAS METODOLÓGICAS

Duas são as premissas básicas que informarão nosso estudo. A primeira consiste em deixar patente tratar-se de estudo exclusivamente jurídico, de interpretação do ordenamento jurídico vigente, com as peculiaridades próprias do Município de Volta Redonda.

Isto significa que nossa opinião irá cifrar-se ao exame da legislação vigente sem emitir juízos sobre o caráter meritório ou não da medida consistente na redução da tarifa paga pelos estudantes. Nosso parecer será sobre o Direito posto e não sobre o juízo de conveniência política ou social da medida prevista nas Deliberações, Leis e Decretos Municipais.

A segunda é a de que a noção fundamental a partir da qual se desenvolverá o estudo é a de situação jurídica subjetiva. Apesar de grande parte da doutrina nacional e estrangeira estruturar suas colocações tendo por cerne a idéia de relação jurídica, não nos parece que este seja o ponto de partida mais adequado.

Com efeito, a própria idéia de relação jurídica, exatamente por se reportar à duplicidade de sujeitos e à coexistência de direitos e deveres, já traz ínsita a noção de situação jurídica subjetiva, titularizada, cada uma por um dos sujeitos, e cuja reunião forma a relação jurídica.

Esta colocação, que até certo ponto pode parecer óbvia e despicienda, na realidade não o é, especialmente em se tratando de problema relativo à forma de prestação de serviço público por intermédio de particulares aos quais é deferida a sua execução.

É que, se o conceito básico é o de relação jurídica a decorrência imediata dele é a de que a prestação do serviço público estará disciplinada em termos integrantes de uma relação jurídica que poderá variar em complexidade, pois a cada objeto regulado (no caso o serviço) corresponderá uma única relação jurídica.

Porém, com a mudança do ponto de partida que passa a ser a situação jurídica subjetiva o estudo se desenvolve com base na identificação de inúmeras situações titularizadas por pessoas diferentes, que ao se justaporem formarão relações jurídicas cujo objeto pode ser bem menos abrangente do que o amplíssimo campo do serviço público.

Isto é particularmente importante para o tema que nos preocupa nesta sede, pois aqui uma colocação que visse o serviço, sendo objeto de uma única, complexa e multilateral relação jurídica não explicaria as posições assumidas pelo prestador do serviço (concessionário ou permissionário) que nuns aspectos está submetido ao Poder Público e em outros aspectos se apresenta em posição de preeminência perante o usuário.

Portanto, a idéia de uma relação jurídica una e complexa — que aliás já tivemos oportunidade de defender — parece-nos dever ceder passo a uma outra impostação perante o problema para que o conceito nodular passe a ser o de situação jurídica subjetiva.

Assim fazendo iremos verificar que múltiplas são as situações criadas por essa forma de prestação do serviço público, sendo a mesma pessoa (Poder Público, usuário ou prestador) titular das mais diversas situações, tanto ativas quanto passivas, instaurando-se uma gama de vínculos jurídicos que só podem ser convenientemente dissecados se este for o discrimen utilizado.

Posto que a idéia básica é a de situação jurídica subjetiva, cumpre ter presente sua noção. Para tanto, é preciso lembrar que o objeto precípua do Direito é o comportamento humano, apresentando-se como instrumento para seu controle. Para tanto, o ordenamento jurídico prevê fórmulas hipotéticas consagradas de "tipos" jurídicos que autorizam, uma vez ocorridos no plano fático, a realização de determinadas condutas. A pessoa que se revestir das características normativamente previstas, será então o titular da situação jurídica, sendo-lhe facultado realizar aquela gama de condutas possíveis. Sucede que esta gama de comportamentos não é unívoca no sentido que o indivíduo só poderá realizar uma determinada ação. Pelo contrário, ela se apresenta como um conjunto de alternativas possíveis de serem atuadas por ele, que adotará uma, ou outra, conforme as circunstâncias fáticas.

Isto se dá pelo fato de uma mesma pessoa preencher concomitantemente a hipótese de incidência de inúmeras normas. Com efeito, um indivíduo ao mesmo tempo pode ser

Esta ilação é da maior relevância, posto que nos leva a concluir que é preciso perquirir da natureza dessa quantia paga pelo usuário do serviço de transporte e arrecadada pelo prestador. Assim, na medida em que "tarifa" não é essência mas é forma, qualquer entidade jurídica pode assumir essa forma, inclusive o tributo. A este propósito, aliás, é de lembrar que o § 29 do artigo 153 da Constituição Federal faz expressa menção à "tarifa aduaneira" num dispositivo nitidamente tributário, e cuja interpretação nos leva à conclusão de que, neste passo, o Constituinte está se referindo a impostos aduaneiros.

Destarte, quando o artigo 167 da Constituição Federal utiliza o vocábulo "tarifa" (ao invés de imposto, taxa, preço, etc.) isto não quer significar que tenha criado uma figura jurídica nova, exatamente porque em outro dispositivo (artigo 153, § 29) usou-o no sentido tributário.

Desses dispositivos a única conclusão que nos parece coerente extrair é a de que o Constituinte entende que tanto os tributos aduaneiros quanto os valores cobrados dos usuários dos serviços públicos serão objeto de "tabelas, listas, pautas, etc."

Isto posto, passemos ao exame das principais características do problema sobre o qual foi solicitado nosso pronunciamento.

OS DOIS CAMPOS CONSTITUCIONAIS

As atividades em geral não encontram, no ordenamento constitucional vigente, um único tratamento. Preocupou-se o Constituinte em separar as regras pertinentes ao Poder Público daquelas próprias dos indivíduos.

Assim, podemos identificar no Texto dois campos perfeitamente distintos aos quais foi reservado tratamento peculiar.

De um lado, temos a disciplina da estrutura nacional de caráter público, a que dedica todo o primeiro título da Constituição, em que são definidas as competências das diversas entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

De outro lado, encontram-se a declaração de direitos — que é sabido voltar-se fundamentalmente à proteção dos indivíduos contra a ação do Poder Público — e a disciplina da atividade econômica.

Desta primeira observação podemos extrair algumas conclusões preliminares. Inicialmente, é forçoso concluir que aquelas competências, atividades e prerrogativas que se encontram previstas como próprias do Poder Público constituem-se em direitos originariamente destas entidades. Vale dizer, configuram um campo de atividade concreta ao qual o particular não tem acesso, a não ser em hipóteses excepcionais expressamente indicadas no próprio Texto Constitucional. Por isso, as atividades assim atribuídas são verdadeiras prerrogativas ou direitos, ou poderes, das entidades políticas que decidirão quanto à me-

acionista minoritário de uma empresa, majoritário de outra, professor, advogado, contribuinte, credor, devedor, vizinho, etc., e tantas outras hipóteses imagináveis. Da mesma forma uma empresa pode ser concessionária, contribuinte, credora, devedora, submetida a controles, controladora de outrem, etc., sem que isto desnature sua essência ou prejudique sua ação.

Contudo, esta constatação é da maior relevância para deixar patente que o patrimônio jurídico de cada um é formado por todo esse complexo de previsões, sendo qualquer fracionamento uma pura opção que objetiva facilitar o estudo, mas que não pode deixar de considerar o contexto em que ela se insere.

Isto, aliás, é o que ensina Paul Roubier ao dizer:

“Arrivés à point de notre exposé, nous commençons à prendre conscience, plus nettement qu’on ne l’a encore fait jusqu’ici, de l’entrecroisement des droits et des devoirs, qui caractérise l’organisation juridique. C’est cet entrecroisement qui a abouti, chez les auteurs contemporains, à prendre pour base de leurs constructions la notion de la situation juridique plutôt que celle de droit subjectif. La situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs; or, c’est là una position infiniment plus fréquente que celle de droits existant à l’état de prérogatives franchises, ou de devoirs auxquels ne correspondrait aucun avantage” (Droits subjectifs et situations juridiques”, Dalloz, Paris, 1963, pág. 52, grifamos).

Por estas razões, não podemos afirmar, a priori, que o Município tem o pleno poder de determinar o valor e eventuais abatimentos, e o concessionário o dever de obedecer pura e simplesmente, mas é preciso examinar todo o conjunto de direitos e deveres que se entrecruzam para, só depois, concluir por uma, ou outra, alternativa, pois o direito de um poderá sofrer refrações do direito do outro, ou mesmo de terceiros.

Fixadas estas premissas metodológicas cumpre, portanto, passar ao exame do problema que foi trazido a nossa apreciação.

A QUESTÃO DA TARIFA

O primeiro aspecto que o tratamento do problema da tarifa chama a atenção do estudioso refere-se ao caráter equívoco desse vocábulo.

Com efeito, compulsando o léxico verifica-se que tarifa significa “pauta, registro, tabela, lista” reportando-se seja a direitos alfandegários, seja a preços. Quer dizer, tarifa é uma palavra que se reporta a uma forma de apresentação de determinadas coisas (preços, valores, etc.), e não à sua essência. Assim, tanto é “tarifa” a lista de preços que uma comerciante distribui a seus clientes, quanto é “tarifa” a tabela do imposto sobre produtos industrializados.

Ihor maneira de exercê-los. Destarte, o particular não pode alegar direito ao exercício dessas atividades exatamente porque a Norma Constitucional reservou-as ao Poder Público, fora, portanto, do campo entregue à iniciativa privada.

Situação absolutamente diversa encontramos no campo da ordem econômica. Com efeito, aqui o próprio Constituinte já estabeleceu ser um de seus princípios basilares a liberdade de iniciativa (artigo 160, I) e a preferência das empresas privadas na organização e exploração das atividades econômicas (artigo 170). Neste campo as posições se invertem figurando as empresas privadas como titulares do direito originário da Constituição à exploração das atividades econômicas, cabendo ao Poder Público unicamente o papel de apoiar e estimulá-las, suplementando a ação dos particulares, quando não for satisfatória a exploração realizada por eles.

Preocupa-se ainda o Constituinte com duas formas híbridas de exercício de atividade econômica. Uma que é a intervenção (e o monopólio) prevista no artigo 163, que se apresenta como hipótese de ação do Poder Público no domínio econômico, fundada em motivos de relevância nacional. A outra é a prestação do serviço público pelo concessionário que é um particular exercente de atividade originariamente reservada ao Poder Público.

O caráter híbrido destas duas hipóteses é facilmente compreensível na medida em que se procede à distinção entre **normas de conduta e normas de organização**.

As primeiras são normas que disciplinam imediatamente o comportamento concreto de fazer, não fazer, dar, etc., e que são extensamente estudadas pela doutrina. As segundas são normas cujo preceito — apesar de referir-se também a comportamentos humanos, como é ontologicamente próprio do Direito — volta-se ao **regramento das pessoas ou entidades** que realizarão os comportamentos concretos, objeto das normas de estrutura, na medida exata em que disciplinam as qualidades e características de que devem se revestir essas pessoas para que possam produzir normas de conduta em seus respectivos campos. Quanto às normas de estrutura leciona Norberto Bobbio:

“Queste norme di struttura possono anche essere considerate como le norme per la produzione giuridica: cioè le norme cheregolano é procedimenti di regolamentazione giuridica” (Teoria dell’ordinamento giuridico”, Ed. Giappichelli, 1960, pág. 35).

Esta categoria engloba todas aquelas normas que digam respeito à própria organização do ordenamento jurídico, seja as de cunho procedimental (de produção de normas propriamente) seja as que dispõem sobre os partícipes do procedimento formativo e aplicativo das demais normas.

Considerando que há **atividades** cujas regras, ou fundam-se na liberdade de iniciativa ou na titularidade originária do Poder Público, (às quais são inaplicáveis as normas es-

pecíficas decorrentes da autonomia privada) e considerando que o ordenamento positivo prevê regras diversas assecuratórias de prerrogativas distintas conforme as pessoas envolvidas, então é possível identificar quatro regimes jurídicos possíveis, dentro do próprio texto constitucional:

1. atividades públicas realizadas por entidades públicas (fundamentalmente os arts. 8º, 13 e 15);

2. atividades privadas realizadas por entidades privadas (as demais, não reservadas ao Poder Público) (arts. 160, I e 170);

3. atividades privadas exercidas pelo Poder Público, suplementarmente (art. 170) ou por interesse nacional (monopólio e intervenção) (artigo 163); e

4. atividades públicas exercidas por empresas privadas (artigo 167).

Fixando-nos na última destas categorias, que é a que nos preocupa no momento, vemos que nela estamos perante um conjunto misto, híbrido, de normas das quais um grupo se refere à própria atividade executada (pública por definição e afastada da livre disposição das vontades particulares), enquanto outro grupo existe em função da própria natureza privada da empresa encarregada da prestação do serviço à qual são resguardados constitucionalmente direitos e prerrogativas que não podem ser afetados pela legislação ordinária, nem mesmo a pretexto de disciplinar a atividade a ser exercida.

Aqui está um ponto cuja compreensão é de inegável relevância: a Constituição Federal é um texto único que não admite hierarquia entre suas próprias normas. Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas conjuntamente para que a conclusão extraída seja a resultante das mútuas refrações impostas pelas normas.

Assim, se é fato que o Constituinte assegurou às pessoas públicas a livre disposição sobre os seus serviços, não é menos verdadeiro, nem menos importante que ele também garantiu aos prestadores de serviço público certos direitos que têm o mesmo respaldo normativo que as competências públicas. Por isso, na interpretação do problema em questão é preciso atentar para esse fato, a fim de não ser levado por posições que levem a extremar uma ou outra destas normas constitucionais como se uma fosse mais importante ou superior à outra. Dentro da Constituição não há primazia de normas; todas foram postas em idênticas condições e se há competências legislativas, há também direitos individuais; e se há autonomia política, há também garantias mínimas de caráter econômico asseguradas pelo Constituinte.

O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Uma vez delineados estes conceitos fundamentais que irão espriar seus reflexos por todo o estudo subsequente cumpre enfrentar a questão das situações jurídicas e das relações que se instauram entre Poder Público, prestador do serviço e usuário.

Inicialmente é de notar — na esteira das exposições anteriores — a existência de dois tipos de normas que se intersectam nessa situação concreta que estamos examinando. Além dessa observação, verifica-se a concorrência de três entidades subjetivas (Poder Público, prestador e usuário) interessados e afetados pelas normas mencionadas.

O primeiro ponto que merece nossa atenção diz respeito à própria atividade, objeto de exame, a fim de saber se ela se configura como consistindo num serviço público.

A identificação de um serviço público deflui da conjugação de duas ordens de considerações:

a. a existência da prestação de uma utilidade material fruível individualmente; e

b. a inserção da disciplina normativa dessa atividade em campo jurídico reservado ao Poder Público, ao qual o particular só tem acesso desde que isso decorra de decisão da autoridade administrativa que pondere da sua conveniência.

Aliás, é o que preleciona Celso Antonio Bandeira de Mello, ao frisar a necessidade de um regime jurídico especial. Embora consideremos mais adequado utilizar como critério tipificador a inserção da disciplina normativa da atividade concreta, num dos campos constitucionais, independentemente de sua qualificação como "público" ou "privado", são esclarecedoras suas palavras:

"Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo" (Prestação de serviços públicos e administração indireta, pág. 20).

Quanto ao primeiro requisito é flagrante sua configuração, posto que o transporte urbano inegavelmente configura prestação de utilidade material fruível individualmente, na medida em que qualquer do povo tem livre acesso ao serviço dele se utilizando de forma mensurável concretamente e atingindo a satisfação de interesses do próprio indivíduo (locomoção).

O segundo elemento essencial à caracterização do serviço público se tem na identificação do campo de competência reservado ao Poder Público. Daí surgir a dúvida: como saber se estamos perante hipótese dessa natureza?

A resposta desta indagação nos é dada pelo próprio ordenamento jurídico positivo. O critério inicial a essa perquirição encontramos na configuração de interesses cuja guarda encontra-se deferida às entidades públicas enquanto tais. Nesse primeiro passo, isto já vem

explicitado na Constituição Federal quando indica, por exemplo, no seu artigo 8º, incisos XII e XV serviços cuja prestação compete à União.

Ao assim fazer, o Constituinte já afastou do campo regido pela liberdade de iniciativa e originariamente entregue às empresas privadas, esse conjunto de atividades concretas. Ocorre que este dispositivo (o inciso XV do artigo 8º) traz algumas luzes sobre o problema que estamos examinando.

De início, porque atribui à União a exploração das vias de transporte que transpõem os limites do Estado ou Território. Daí se pode extrair, por ilação, que o Constituinte prestigiou o critério espacial, territorial para definir a competência da pessoa pública. Assim, se a via transpuser o território do Estado, a competência será da União; se ela transpuser o território do Município será do Estado; e se ficar restrita ao Município, dele será a competência.

Porém, se a Constituição é útil neste aspecto, sem dúvida enseja uma perplexidade pois não está se referindo ao transporte em si, mas às vias de transporte que são aquela parte do solo sobre o qual se realiza o transporte. Não estaria, portanto, o Constituinte se referindo à exploração da atividade de transportar, mas ao suporte físico sobre o qual se desenvolve a atividade. Esta interpretação também teria sentido pois é possível imaginar formas de exploração das próprias vias de transporte, como ocorre, por exemplo, com a fixação de pedágios, ou propaganda em rodovias, etc. De qualquer forma, esse dispositivo deixa áreas nebulosas que precisam ser dissipadas para que se chegue à conclusão quanto à natureza da atividade de prestação de utilidade material consistente no transporte urbano. Isto é particularmente notado, pois nas letras a e b desse mesmo dispositivo há referência expressa a **serviços** de telecomunicações e **serviços** de energia elétrica, enquanto na letra d examinada, a menção é a vias e não serviços de transporte.

Estas observações, porém, não são decisivas. Com efeito, posto que o critério determinante de um serviço público é o normativo, e este liga-se à existência de interesses que o Poder Público reconhece como relevantes e que julga deverem ser por ele cuidados, o fato de uma atividade não constar expressamente do Texto Constitucional não leva à conclusão inexorável de que não estamos perante serviço público. Se a Constituição prevê, é serviço público; se não o faz isso dependerá das demais normas que compõem o ordenamento jurídico positivo. E nelas é que encontramos a resposta.

Para tanto é decisiva a previsão contida na Lei Orgânica dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, Lei Complementar nº 1, de 17 de dezembro de 1975 que, no seu artigo 35, define as competências municipais nos seguintes termos:

"Artigo 35 — Compete aos Municípios:

XXII — prover os seguintes serviços:

.....
f. transportes coletivos urbanos e intramunicipais".

Ora, "prover" significa fornecer, abastecer, providenciar, etc., todos significados que nos levam à conclusão de que a Lei Orgânica realmente conferiu de forma expressa a execução e exploração do serviço de transporte coletivo urbano (em qualquer de suas formas: sobre trilhos, pneus, metroviários, etc.) ao Município que, por isso, tem o poder/dever de realizá-lo por ter sido considerado como de interesse da coletividade local, não entregue originariamente à iniciativa privada.

Por estas razões, concluímos que no Município de Volta Redonda o serviço de transporte coletivo urbano é um serviço público. Desta conclusão segue-se o corolário que as empresas privadas às quais tenha sido deferida a execução do transporte coletivo urbano são prestadoras de serviço público.

CONCESSIONÁRIOS OU PERMISSIONÁRIOS

A conclusão a que acabamos de chegar — de que as consulentes são prestadoras de serviço público — pode parecer óbvia e despicienda, porém, na sua singeleza traz repercussões de grande importância, exatamente porque nosso raciocínio está sendo desenvolvido basicamente a partir da Constituição Federal.

Isto nos leva a perguntar: quais as formas de prestação de serviço público previstas no Texto Federal?

É freqüente encontrarmos na doutrina pátria a referência a duas formas básicas, consistentes na concessão e na permissão de serviço público (vejam-se Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, Helly Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Mello et alii).

Contudo, apesar do quilate dos defensores dessa colocação, entendemos que o problema não é de tão simples equacionamento. De fato, em nenhum de seus dispositivos a Constituição Federal refere-se à permissão, limitando-se a mencionar a autorização ou concessão (art. 8º, XV; artigo 19, § 1º; art. 89, V; art. 167 e art. 168, §§ 1º e 4º). Como se vê, o Constituinte desconhece essa figura que é pura criação da doutrina ou da praxe administrativa, e em alguns casos vem prevista em leis especiais de certos Municípios ou Estados. Não se diga que o vocábulo "autorização" teria o significado de "permissão", pois, além de ser fórmula simplista de enfrentar o problema não explica satisfatoriamente o sentido da palavra no contexto do art. 89 do Texto Maior que conecta a autorização, inclusive à exploração de indústrias que interessem à segurança nacional.

Como se vê, portanto, a permissão é desconhecida pela Constituição embora não a proíba. Por outro lado, também não vem explícita no texto a necessidade de a concessão

ser feita por prazo certo, nem está dito que ela se vocaciona a ser o instrumento jurídico típico de grandes investimentos e quejandos.

Nada disso! O constituinte limita-se a falar em concessão (e autorização, mas esta não é nossa preocupação neste estudo) deixando ao legislador ordinário federal, estadual e municipal ampla margem de opção no sentido de fixar o regime concreto a ser atendido pela concessão feita.

Disto se conclui, e estas observações foram feitas exatamente para explicitar os argumentos básicos à ilação feita, que a Constituição Federal não faz diferenças — em termos de tratamento constitucional — das figuras da permissão e da concessão tal como definidas pela doutrina ou pela legislação inferior. Para o Texto, havendo transferência do exercício de um serviço público a um particular tipifica-se hipótese de concessão que é tomada em sentido genérico, a admitir especificações infraconstitucionais decorrentes da consagração contida em leis ordinárias, que visam atender a peculiaridades de cada caso.

Esta colocação, aliás, explica certos problemas insolúveis para a colocação tradicional. Um deles é o que postula ser uma “aberração” as permissões com prazo certo. Ora, se “concessão” na Constituição Federal é gênero e não espécie, não há qualquer desnaturamento da permissão ou concessão, pela previsão ou omissão quanto ao seu prazo de duração, justamente porque nenhuma dessas características foi posta como essencial ao gênero normativo. Assim, o legislador ordinário tem nessa parte ampla liberdade de estipulação, desde que não afete a essência prevista na Constituição, qual seja tratar-se de prestação de serviço público por forma indireta.

Por outro lado, se o Constituinte consagrou um gênero, ao mencionar a “concessão”, então todas as garantias previstas no Texto estendem-se a todo gênero, independentemente da estrutura em concreto que o caso tenha recebido da legislação.

Daf se extrai a conclusão altamente relevante de que o equilíbrio econômico e financeiro assegurado pelo artigo 167 da Constituição Federal aplica-se a todas as formas de prestação de serviço público por particulares (concessão *strito sensu*, permissão, permissão com prazo, etc.).

O reconhecimento da garantia do equilíbrio econômico e financeiro para o permissionário é inafastável, mesmo que não se aceite o argumento de que o artigo 167 ser-lhe-ia aplicável. De fato, admitindo-se, tão só para argumentar, que a Constituição tenha usado o vocábulo “concessão” em sentido técnico; apesar disso o equilíbrio é assegurado por dois princípios jurídicos básicos:

a. o princípio que permite a qualquer das partes rever as cláusulas previstas para a regularização de relações contraprestacionais, sempre que haja excessiva oneração para uma delas (que é uma forma mais ajustada do antigo princípio da *rebus sic stantibus*; e

b. a responsabilidade objetiva do Estado consagrada no artigo 107 do Texto Federal, segundo o qual o Poder Público arca com todos os ônus econômicos gerados por seus atos. Quanto a este último basta lembrar que a responsabilidade objetiva é admitida, tanto em hipóteses de ações quanto de omissões do Poder Público, tal a amplitude do dispositivo referido. Assim, num determinado momento o particular aceitou inserir-se numa certa situação à qual correspondia uma equação econômico-financeira e com o passar do tempo houve — por omissão do Poder Público — um desequilíbrio na situação original, caberia em tese pleitear a recomposição da mesma, com base na responsabilidade objetiva do Estado.

Em suma, qualquer que seja a posição doutrinária assumida a conclusão inexorável será sempre a mesma: o prestador do serviço público, mesmo o permissionário, tem garantida a equação econômico-financeira prevista para a execução do mesmo.

No caso concreto das empresas de transporte coletivo urbano do Município de Volta Redonda, a todos os argumentos até aqui expostos acresça-se o fato de que a Lei Orgânica dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro em seu artigo 163 diz expressamente que “... os serviços públicos municipais serão feitos... por concessão...”.

Embora o artigo 35, XXIII dessa mesma Lei Orgânica faça menção a concessão ou permissão isso não invalida as colocações feitas, justamente, porque mostra que, em dispositivos genéricos que estabelecem normas básicas da ação administrativa como o artigo 163, a referência é ao gênero, enquanto nos dispositivos que se voltam para a pormenorização da atividade municipal, procede-se à especificação dos tipos jurídicos conhecidos pela experiência brasileira.

Por fim, nos próprios “termos de obrigação” fixadas pelas consulentes com a Prefeitura Municipal de Volta Redonda, vem estabelecida a referência à “concessão” existente.

Em qualquer hipótese, continua de pé a verificação da existência do direito de as consulentes verem resguardado o equilíbrio econômico e financeiro da concessão.

AS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENTES

Tendo em vista a conjugação, na forma de prestação de serviço público examinada, de três entidades, verifiquemos qual a situação de cada uma.

Em primeiro lugar, verifica-se que o Poder Público é o titular do serviço público prestado, pois a legislação lhe atribuiu em caráter originário a sua execução, conforme verificamos *retro*. Ocorre que, não desejando desempenhar-se diretamente desse *encargo*, opta pela transferência da prestação a um particular que se incumbirá da mesma.

Por sua vez a empresa privada que se interesse pela execução do serviço público, necessariamente leva em conta a circunstância de que ela existe com o fito de exercer ativi-

dade economicamente rentável, pois as entidades de benemerência e de assistência social apresentam características todas peculiares que não aquelas próprias das prestadoras de serviço público. Assim, para que ele se disponha a assumir o encargo que é do Poder Público, é preciso que se lhe garanta uma receita que atenda aos preceitos do artigo 167 da Constituição Federal, que engloba:

- justa remuneração do capital;
- melhoramento e expansão dos serviços; e
- equilíbrio econômico e financeiro.

Neste instante cumpre frisar que o verdadeiro interesse do prestador não é à percepção da tarifa, mas unicamente à obtenção de uma receita em dimensão suficiente para atender os critérios indicados. Na medida em que a prestação do serviço envolve um encargo que era originariamente do Poder Público e que passa a ser assumido pelo Poder Público, cumpre a este adotar uma solução jurídica que atenda a esse direito do particular.

Neste passo, o Poder Público tem à sua disposição dois instrumentos jurídicos igualmente válidos, cuja opção deve ser expressamente exercida por ele ao celebrar o instrumento de concessão ou deve constar da lei ordinária, como forma, inclusive de segurança das relações jurídicas:

- a. a criação de uma tarifa a cargo do usuário e a ser cobrada diretamente pelo prestador; ou
- b. o atendimento da receita do particular com recursos orçamentários próprios.

Esta segunda forma, aliás, não é puramente cerebrina como pode parecer, pois no Estado de São Paulo, mais especificamente na Região Metropolitana da Grande São Paulo à data da elaboração deste parecer, existia a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. — cujo controle acionário pertencia em última análise ao Estado — e que apresentava essa característica. De fato, a lei paulista nº 1.492, de 13 de dezembro de 1977, que autorizou a criação da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. — EMTU/SP, em seu artigo 4º dispõe expressamente ser ela concessionária exclusiva dos serviços de transportes públicos de passageiros sobre trilhos (metrô, ferrovia de subúrbios e outros), sobre pneus, hidroviário e de pedestres operados nas áreas urbanas. Mais adiante, explicita a lei no parágrafo único desse artigo 4º, que a concessão tem o prazo de 50 (cinquenta) anos.

Ocorre que, pela sua estrutura operacional, esta empresa não se destinava — como forma normal e permanente — a explorar diretamente o serviço, com prestação ao usuário comum, mas se dirigia propriamente a ordenar o serviço de transporte público de passageiros na Região Metropolitana, seja pela utilização de prerrogativas próprias de quem detém participação acionária de outras empresas (como sucede com o Metrô), seja controlando e outorgando permissões a particulares. Em qualquer dos casos, porém, ela não tinha como fonte de receita a percepção direta de tarifas, posto que não se relaciona com o público em geral. De que vivia a empresa, então?

Dentre outras fontes, de recursos orçamentários do Estado tal como, aliás, vinha previsto na cláusula vigésima primeira do contrato de concessão celebrado em 06 de fevereiro de 1979 e publicado no Diário Oficial do Estado do dia 07 do mesmo mês.

Como se vê, o fato de uma concessionária de transporte coletivo urbano não cobrar tarifas, para com isto obter receita e, em contrapartida, depender de recursos orçamentários é circunstância que em nada desnatura sua essência de concessionária.

Portanto, a criação de uma tarifa para remunerar o serviço prestado não é imposição do regime da concessão, mas é opção do Poder Público para atender à sua responsabilidade quanto ao equilíbrio econômico e financeiro.

Por sua vez a criação da "tarifa" admite uma dupla possibilidade:

- a. ou a tarifa é arrecadada diretamente pelo prestador do serviço, fazendo dela a sua receita;
- b. ou o poder concedente a arrecada, com o que obterá recursos para fazer frente às necessidades orçamentárias geradas por um instrumento de concessão que entregasse aos cofres públicos esse ônus.

Neste último caso, o concessionário nada cobraria do usuário que pagaria a "tarifa" ao Poder Público. Por sua vez o prestador receberia do concedente, conforme os critérios estabelecidos no instrumento de concessão.

Esta forma, aliás, é um dos meios utilizáveis para a institucionalização de tarifas únicas em grandes centros urbanos em que o usuário, qualquer que fosse o trajeto ou sua dimensão, pagaria sempre o mesmo valor, cabendo ao Poder Público proceder o rateio da parcela devida a cada um dos prestadores.

Em suma, a instituição de uma "tarifa" a ser paga pelos usuários do serviço público não é essencial ao seu funcionamento, mas pura opção do Poder Público que assim o faz, como forma de atender à equação econômico-financeira resguardada constitucionalmente.

Identificadas estas circunstâncias, então é possível delinear as várias situações e posições assumidas pelas três partes envolvidas na prestação do serviço público;

a. o Poder Público

1. tem o direito, fundado na Constituição Federal, à prestação do serviço público, que se encontra fora do campo das atividades próprias das empresas privadas;
2. esse direito à prestação vai se apresentar, pois, como uma competência administrativa à sua execução;

3. essa competência — que, aliás, vem explicitada na Lei Orgânica dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro é uma entidade bifronte: enquanto perante os demais operadores das atividades econômicas ela é um **direito** do Poder Público, de outra parte, face à coletividade local, municipal, ela é um verdadeiro **dever** a ser atendido. Trata-se, portanto, de uma situação complexa, de **direito/dever**, fruto da conjugação de duas situações simples que são identificáveis, segundo as entidades subjetivas consideradas (outros operadores econômicos e coletividade interessada);

4. na medida em que o Poder Público decide não prestar diretamente o serviço, então, de cada uma dessas duas situações-base (direito e dever), brota um feixe de regras que alcançarão o prestador, instituindo combinações normativas múltiplas. De fato, enquanto o Poder Público presta o serviço, o direito à prestação age como uma fórmula excludente da ação das empresas privadas e, ao mesmo tempo, autorizadora da persecução de uma remuneração pelo seu desempenho.

De outro lado, o dever a ser atendido perante a coletividade servirá de parâmetro da qualidade, eficiência, rapidez etc. do mesmo;

5. ao executar o serviço, o Poder Público tem a faculdade de instituir ou não uma "tarifa" a ser paga pelos usuários, podendo, se assim o desejar, prestar serviços gratuitos que seriam atendidos pelos impostos arrecadados;

6. feita a transferência ao particular, então, do dever de prestar, — que lhe foi imposto pelo ordenamento jurídico positivo, e do qual não pode se furtar sob pena de subversão do sistema — defluiu a circunstância de que a empresa privada deverá atender a uma série de regras disciplinadoras do serviço em si, no que tange aos seus aspectos de qualidade, quantidade, condições de eficiência, higiene, segurança, etc. São as chamadas cláusulas regulamentares do serviço público;

7. de outro lado, na medida em que ele recebeu um direito por força de normas hierarquicamente superiores, não pode dele se despojar. Por esta razão, transfere ao particular unicamente o exercício do serviço e não a sua titularidade. Assim é, pois as normas editadas pelo Município não poderão contrariar normas pertencentes a um escalão mais alto;

8. porém, ao transferir ao particular o exercício do serviço ele está entregando a ele uma atividade que resultará em encargos e dispêndios de ordem econômico-financeira, e tendo em vista que a Constituição Federal consagra, além dos já mencionados, o princípio de que a propriedade privada não pode ser afetada por atos do Poder Público sem a respectiva recomposição do seu patrimônio, a empresa terá direito a uma remuneração que recomponha a situação econômica do particular pelo atendimento dos encargos assumidos. Isto, em última análise, vai configurar a chamada equação econômico-financeira da prestação do serviço, que visa garantir o equilíbrio entre encargo e remuneração.

b. o prestador

1. de seu lado, o prestador do serviço é alguém que, originariamente, não tem direito próprio à exploração do mesmo, o qual não se encontra no campo da livre iniciativa, mas reservado ao Poder Público;

2. ao aceitar assumir o exercício do serviço, por se tratar de atividade a ser realizada no cumprimento de um dever do Poder Público, o prestador sujeita-se ao complexo de normas que sejam por ele estabelecidas, de forma que atenda às necessidades da coletividade; o que vai implicar na imposição de **deveres** a ele;

3. porém, a este operador econômico — empresa privada prestadora de serviço público — a Constituição Federal assegura explicitamente o **direito** à obtenção da justa remuneração, expresso nos incisos II e III do seu artigo 167;

4. por fim, na medida em que esta atividade envolve dispêndios e é passível de remuneração pelo usuário, pode ser deferida ao prestador a cobrança das respectivas tarifas.

c. o usuário

1. é o destinatário da prestação do serviço que é um dever do Poder Público assumido pelo particular;

2. pode ser o responsável pelo pagamento de uma quantia em dinheiro, ao Poder Público, ou ao prestador diretamente, se assim o estabelecer a legislação municipal;

3. a "tarifa" paga pelo usuário será, via de regra, feita ao prestador, mas sempre em dimensão fixada pelo Poder Público;

4. o usuário — assim como o prestador — não tem qualquer poder de disposição quanto aos termos do serviço.

A partir destas considerações, podemos, então compreender que o fenômeno ora estudado é formado por três relações distintas:

a. primeira relação = Poder Público X usuário:

o Poder Público satisfaz os seus deveres para com a coletividade, montando um mecanismo em que o interesse dela é atendido;

impõe ao usuário o pagamento de uma "tarifa" que poderá sê-lo ao próprio Poder Público ou ao prestador, em valores cuja dimensão discutiremos *infra*.

b. segunda relação = Poder Público X prestador

. o primeiro impõe ao segundo as normas de execução do serviço que entender adequadas aos interesses da coletividade a ser servida;

. o Poder Público, para atender ao direito à justa remuneração garantida ao prestador pela Constituição Federal, utiliza-se de recursos próprios (obtidos pela arrecadação de impostos ou de "tarifas" cobradas dos usuários) ou atribui ao prestador a aptidão de perceber diretamente do usuário a tarifa;

c. terceira relação = prestador X usuário

. o segundo frui o serviço que lhe é prestado, e, se entender discordar das normas que o disciplinam ou da dimensão da tarifa, cabe-lhe dirigir-se diretamente ao Poder Público;

. o prestador tem o direito de cobrar a tarifa, que se apresenta como um direito instrumental, por ser através dele que será satisfeito o mandamento constitucional. De nada valeria o direito ao equilíbrio econômico e financeiro se não fosse possível cobrar as quantias necessárias.

Destas observações feitas até aqui, já é possível extrair algumas conclusões preliminares. A primeira é a de que, por existirem três relações jurídicas envolvendo partes distintas e com objetos próprios, apesar de concomitantes, nenhuma delas é absoluta e cada uma delas deve ser interpretada e compreendida de maneira que não acarrete distorções nas demais.

Dá dizermos que, justamente os aspectos econômico-financeiros da prestação do serviço público é que compõem a parte contratual da concessão. Toda a disciplina da economia da concessão (equação econômico financeira, fixação de tarifas, etc.) viria prevista no contrato celebrado entre concedente e prestador, cujas prestações devem ser perfeitas e claramente estabelecidas.

Esta é, por exemplo, a posição de André de Laubadère:

"La partie contractuelle comprend la durée de la concession (car la concession est toujours temporaire, l'État ne pouvant se dessaisir à titre perpétuel d'un service public entre les mains d'un particulier) et les avantages financiers que l'administration consent au concessionnaire (avances, prêts, garanties d'intérêt); elle comprend en outre, d'une manière générale, le droit au maintien d'un certain équilibre financier du contrat (notion dite de "l'équation financière" du contrat). Ces divers éléments étant contractuels, sont par la garantis pour l'avenir ou concessionnaire". ("Manuel de Droit Administratif", Paris, 1969, 9ª edição, pág. 223).

Mediante essa parte contratual querem as partes assegurar que o concessionário aufera rendimentos suficientes para socorrer suas despesas correntes, permitir o pagamento

dos investimentos feitos, assegurar o desenvolvimento do serviço, etc. Estas são algumas das finalidades que podem ser visadas pelos contratantes. Conforme se tratar de uma ou de outra, assim também variarão as prestações a cargo de cada um.

De seu lado, o Poder Público, concedente, ao celebrar o contrato, compromete-se a assegurar ao concessionário a percepção de um determinado quantum, por um mês ou por ano, calculado de modo a permitir a remuneração do capital investido, desenvolvimento do serviço, etc.

Dentro de sua liberdade contratual — pois, a nosso ver, este contrato é idêntico a qualquer outro, regendo-se pelos princípios gerais do direito das obrigações — pode o Estado, a fim de liberar-se desse encargo, optar por uma das soluções já mencionadas.

Por seu turno, os direitos e deveres do concessionário, que têm sua origem no contrato celebrado, são o reverso das obrigações e direitos do concedente. Isto é postulado da teoria geral do Direito, segundo o qual a cada direito corresponde uma obrigação, ou seja, a cada imputação de um dever a alguém, necessariamente corresponde imputação de direitos a outrem de exigir o cumprimento desse dever.

Destarte, tem o concessionário direito a perceber uma remuneração que fica a cargo do concedente. O direito do concessionário volta-se diretamente contra o concedente, pois foi este quem se comprometeu a assegurar a justa remuneração do capital, etc. Assim, o crédito do concessionário é relativamente à entidade político-constitucional titular do serviço concedido que lhe transferiu seu exercício.

Só indiretamente, e por via oblíqua, é que o concessionário terá seu crédito voltado para os usuários do serviço, como visto anteriormente.

Em razão disto, o poder de fixar tarifas, próprio do Poder Público, não é um poder ilimitado e incontestável, mas se encontra num contexto em que coexiste com o direito de obter a justa remuneração do capital, assegurada ao prestador.

Tal é a importância do equilíbrio econômico-financeiro da concessão e tanto ele prende-se ao contrato celebrado, que o ínclito Francisco Campos é levado a concluir incisivamente:

"A equação econômica constitui não somente para o Poder Público, como para o concessionário, uma condição para a outorga e para a aceitação da concessão. Como condição do ato, não pode, como de evidência elementar, ser alterada, modificada ou anulada por ato unilateral do Poder Público. Este pode alterar tão-somente a situação objetiva do serviço e do concessionário exigindo que este melhore as condições do serviço, aumente as instalações ou amplie a área de incidência do serviço. Todas as modificações, porém, que resultarem da alteração da situação objetiva do serviço, desde que aumentem os encargos do concessionário, implicam a obrigação para o Poder Público de al-

terar o outro termo da equação econômica, de modo a que se mantenha a mesma relação convencionada entre concedente e concessionário como condição do ato, unilateral ou contratual, da concessão. A equação econômica constitui o conteúdo da situação jurídica individual do concessionário, ou é, na nossa terminologia legal, um ato jurídico perfeito, ou um direito adquirido" ("Direito Constitucional", vol. I/126 e 127 (grifamos).

Em suma — e sobre isto voltaremos *infra* — a fixação da tarifa deve ser compreendida como uma disposição inserida no contrato de concessão e dimensionada à equação em que se insere, deixando de ser o resultado de pura conveniência administrativa para sujeitar-se também às regras da Teoria Geral do Direito que se aplicam aos contratos.

Além disso, na medida em que o direito do prestador se instrumentaliza por intermédio do direito de cobrar a tarifa (por força de opção do Poder Público, como expusemos *retro*) os atos que vierem impedir ou limitar o exercício do direito de cobrar a tarifa estarão, por via oblíqua, atingindo o próprio direito à justa remuneração que é garantido pelo Texto Federal, e por isso podem ser inquinados de inconstitucionais.

Este é o pano de fundo, a partir do qual deve ser equacionado o problema do passe escolar, por ser uma redução (ou uma fixação em dimensão inferior) de uma tarifa cobrada diretamente do usuário pelo prestador do serviço público de transporte coletivo urbano. Cumpre, agora, dissecar o problema concreto e, para tanto, mister se faz que dediquemos algumas linhas à discussão sobre a natureza jurídica da "tarifa".

NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA

Problema dos mais espinhosos que assalta aqueles que têm de enfrentar questões tarifárias, refere-se à natureza jurídica dessa figura. A colocação dominante em nossa doutrina e jurisprudência é no sentido de que o serviço público tanto pode ser remunerado por taxa como por "tarifa" (preço). Argumentam os defensores dessa corrente que a identificação de uma ou outra destas formas seria feita em função do caráter compulsório ou facultativo da utilização do serviço. Se a utilização fosse compulsória (como por exemplo ocorre com certas legislações que obrigam à ligação domiciliar de água e esgotos à rede de saneamento público), então o valor pago ao Poder Público teria natureza tributária. Porém, se a utilização fosse facultativa (e qualquer um ingressa num ônibus porque quer) então a remuneração teria o caráter de preço ou preço público.

Inobstante o prestígio e a acolhida que a colocação têm merecido junto à doutrina e jurisprudência pátrias (consagrada, inclusive, na Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal) ousamos discordar da mesma.

Com efeito, os fundamentos dessa corrente que encontramos consagrada em textos de insígnis juristas, como Aliomar Baleeiro e Hely Lopes Meirelles, dentre outros, estão diretamente ligados ao Texto Constitucional de 1946. De fato, este diploma previa no artigo 30, em sua redação que vigorou até a Emenda Constitucional nº 18 de 1965:

"Artigo 30 — Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar:

-
- II — taxa;
- III — quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens ou serviços".

Ora, perante este dispositivo, que nada esclarece quanto às características da taxa, a doutrina e a jurisprudência pátrias passaram a se socorrer das colocações de Ciência das Finanças que define a taxa como um tributo e, como tal, de caráter compulsório. Em contrapartida, os pagamentos que dependessem da decisão do usuário do serviço quanto à sua efetiva utilização, enquadrar-se-iam no item III do artigo 30, na categoria das "outras rendas".

Correta era esta impostação doutrinária à luz do texto Constitucional de 1946.

Ocorre que, sobrevivendo a Emenda Constitucional nº 18 de 1965, a disciplina normativa foi substancialmente alterada, até desembocarmos no texto vigente que reza:

"Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

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

....."

Ora, a definição financeira de taxa cobre exclusivamente a hipótese de utilização potencial do serviço ou posto à disposição do contribuinte, mas não explica a primeira hipótese, qual seja, a utilização efetiva dos serviços prestados ao contribuinte. Exatamente porque isto consistiria numa tarifa ou preço público.

Portanto, a alteração constitucional foi da maior repercussão, desaparecendo a referência às "outras rendas" pela utilização de serviços públicos, que foi absorvida pela menção do artigo 18, I.

Além disso, a propalada facultatividade da tarifa também não é decisiva para a tipificação de um instituto jurídico diferente do tributo, pois não se pode negar que ninguém é obrigado a ser comerciante ou industrial, e nem por isso o ICM ou o IPI deixaram de ser tributos. É irrelevante que a ocorrência da hipótese de incidência tributária dependa de comportamentos humanos. Para termos tributo, basta que a lei tome esse evento como um puro fato, cujas conseqüências normativas não serão alteradas pela circunstância de

ter havido manifestação de vontade ou não. Se o indivíduo quis ingressar no ônibus, foi carregado pela multidão ou se entrou no veículo errado, pois desejava utilizar-se de coletivo que trafegava em outra linha, isso é irrelevante; desde que o indivíduo esteja dentro do veículo, será transportado e deverá pagar o correspondente em dinheiro estabelecido pela legislação.

Por estas razões entendemos que, pela Constituição Federal vigente, o serviço público é sempre gerador de taxa, sendo a figura do preço público fórmula oriunda de visão fiscalista do problema que se adequava perfeitamente ao sistema normativo de 1946, mas não ao atual. A este propósito, aliás, deve-se recordar a Constituição de 1934 que estabelecia:

“Artigo 6º – Compete, também, privativamente à União:

.....
II – cobrar taxas telegráficas, postais e de outros serviços federais.

Artigo 8º – Também compete privativamente aos Estados:

.....
II – cobrar taxas de serviços estaduais

Artigo 13 – ...

§ 2º – ... pertencem aos Municípios:

.....
V – as taxas sobre serviços municipais”.

Posteriormente, a Carta Constitucional de 1937 repete disposições semelhantes em seus artigos 20, II e 28, IV. Em 1946 surgem essas “outras rendas” que desaparecem em 1965, com a Emenda nº 18 para retornar à fórmula anterior da remuneração do serviço público por intermédio de taxa, que é um tributo.

Embora estejamos convencidos da procedência da colocação que aqui propugnamos, a solução do problema concreto que nos foi trazido para exame não depende necessariamente de sua acolhida. De fato, mesmo que se entenda – como a maioria esmagadora da doutrina e jurisprudência nacionais – que a tarifa de transporte coletivo urbano não é um tributo, nem assim as conclusões para a hipótese concreta serão diferentes, como teremos oportunidade de expor *infra*.

O CASO CONCRETO

A situação de fato que nos é relatada pelas consulentes, por intermédio do seu ilustre advogado, é a seguinte: O Município de Volta Redonda, em diversas deliberações, leis e decretos, disciplina em várias facetas o serviço de transporte coletivo urbano repetindo em múltiplas oportunidades a referência à posição peculiar ocupada por estudantes e escoteiros. Quanto a eles, a legislação municipal estabelece que terão direito ao pagamento de uma tarifa reduzida.

Não são, porém, unicamente estes que, num ou noutro ato normativo municipal, recebem um tratamento diferenciado, pois a legislação local refere-se também a professoras (Lei Municipal nº 1.369/76), cegos, ex-combatentes e guardas de segurança pública e particular (Leis nºs 1.442/77 e 1.567/79).

Relatam-nos, ainda as consulentes, que a Prefeitura tem, sistematicamente, solicitado o pronunciamento do Conselho Interministerial de Preços que, em suas duas últimas decisões, não faz qualquer distinção quanto ao valor da “tarifa”, limitando-se a fixar um único montante, esclarecendo que nada tem a opor quanto à previsão de valores inferiores.

Além disso, as consulentes têm firmado com a Municipalidade um “Termo de Obrigação” no qual, ultimamente, tem constado ser obrigatório à empresa conceder um abatimento de 50% (cinquenta) aos estudantes do Município (*sic*).

Diante deste quadro, então, nos indagam sobre a constitucionalidade da pretendida redução da tarifa, ou sua fixação em montante diferenciado, em benefício de estudantes e escoteiros.

De plano respondemos que é nossa convicção tratar-se de prática que, no caso concreto, se apresenta como violadora dos ditames constitucionais.

As razões que nos levam a essa conclusão dependem da conjugação da exposição anterior a considerações referentes:

1. ao artigo 167 da Constituição Federal;
2. ao papel do Conselho Interministerial de Preços;
3. ao alcance da norma constitucional que resguarda a autonomia municipal no que respeita ao seu peculiar interesse.

Examinemos cada qual, separadamente.

O ARTIGO 167 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 167 que:

“Artigo 167 — A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

- I — obrigação de manter serviço adequado;**
- II — tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e**
- III — fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”.**

Este dispositivo contempla dois deveres e dois direitos do prestador do serviço público.

Deveres — O primeiro dever consiste em prestar um serviço adequado. Este é um dever que deflui da própria essência do serviço e forma da sua prestação. De fato, vimos que a prestação do serviço é um dever do Poder Público para com a coletividade. Assim, se ele opta pelo trespasse do exercício do serviço, isto não pode significar uma via indireta de descumprimento desse dever. Destarte, o serviço prestado deve atender a padrões que satisfaçam as expectativas da comunidade. Na medida em que a expressão dos anseios da coletividade se dá por intermédio de manifestações dos órgãos públicos, em especial o Legislativo, a eles caberá a fixação desses padrões de prestação do serviço. Porém, frise-se que o dever constitucionalmente explicitado refere-se a “serviço adequado”. Assim fazendo, está acentuando que o dever do prestador limita-se às qualidades do **serviço em si**. Por isso os padrões que o Poder Público estabelecer deverão ser puramente objetivos, ligados à atividade de prestação de utilidade material e não aos eventuais beneficiários da mesma. Quaisquer outras exigências que escapem aos critérios ligados ao serviço concedido **pade-cem** de falta de fundamento constitucional, não se apresentando como deveres desse nível. Em razão disso, deverão ceder passo a direitos constitucionais, quando com eles se de-frontarem.

O segundo dever imposto pela Constituição Federal ao concessionário de serviço público é corolário das regras já expostas. De fato, se o serviço é originariamente atribuído ao Poder Público como um dever que ele tem de atender face à coletividade, então se é institucionalizada a transferência nada mais lógico que a entidade pública possa exercer a fiscalização da atividade concretamente realizada, inclusive para verificar se o serviço está sendo adequadamente prestado. Porém, da mesma forma, e pela mesma razão que os critérios quanto à qualidade do serviço devem limitar-se à atividade em si, a fiscalização também se restringe ao exame e controle da atividade concretamente executada pelo concessionário e outras circunstâncias que diretamente a afetem. O poder de fiscalizar, portanto, não é uma aptidão ilimitada conferida ao Poder Público mas o é em dimensão apenas suficiente para assegurar a qualidade e eficiência do serviço. Aliás, não é por puro acaso que este dispositivo vem previsto no Título “Da Ordem Econômica e Social”. Com efeito, o concessionário como vimos é um agente econômico ao qual o Constituinte garantiu, no campo que lhe é próprio, a liberdade de iniciativa e a preferência na exploração e organi-

zação das atividades econômicas. Na medida em que este operador econômico se dispõe a assumir a responsabilidade pela prestação de um serviço que fora atribuído ao Poder Público, nada mais curial que a interferência deste se limite ao que se refira ao próprio serviço concedido. Outras ingerências dependeriam de competência constitucional própria, inserida ou no artigo 8º, ou nos artigos 13 e 15 do Texto Maior.

Direitos — Os direitos do concessionário de serviço público, seja ele federal, estadual ou municipal, cifram-se à tarifa (seja qual for a sua natureza jurídica). Os dois direitos garantidos constitucionalmente são, respectivamente, à dimensão da tarifa e à sua revisão periódica sempre que a equação assegurada não seja mais atendida pelo montante tarifário estabelecido. Considerando a relevância destes dois direitos, vamos examiná-los separadamente.

A DIMENSÃO DA TARIFA

Estabelece o artigo 167 da Constituição Federal que a tarifa deve ser em dimensão que permita:

- a. a justa remuneração do capital;
- b. o melhoramento e a expansão dos serviços; e
- c. assegure o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Três portanto são os requisitos a serem preenchidos pela tarifa que deve garantir a remuneração do investimento efetuado pelo concessionário, além do crescimento do serviço e seu aprimoramento, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio econômico e financeiro.

Fixemo-nos um instante sobre a idéia de justa remuneração do capital. Se compulsarmos as Constituições anteriores verificaremos uma nítida alteração do que é assegurado ao concessionário. Com efeito, a Constituição de 1934, em seu artigo 137, previa:

“Artigo 137 — A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital...” (grifamos)

Como se vê, a preocupação do Constituinte era limitar **os lucros dos concessionários** e não simplesmente garantir a remuneração do capital. Isto é de capital importância pois, enquanto existem padrões estimativos de remuneração do capital (no sentido de ser o equivalente ao que poderia ser obtido pelo concessionário que investisse o seu capital em operações normais, financeiras ou não), não há parâmetro para determinação do lucro, pois este varia exclusivamente com base em condições do mercado e de peculiaridades do custo incorrido.

A Constituição de 1937 não faz menção a lucro, limitando-se a usar a expressão "retribuição justa ou adequada" (artigo 147).

A idéia de lucro retorna na Constituição de 1946, no parágrafo único do seu artigo 151 que prevê:

"Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços..." (grifamos)

Por fim, é na Constituição de 1967, em sua redação original, que o artigo 160 faz desaparecer mais uma vez a idéia de lucro, para consagrar fórmula idêntica àquela contida no atual artigo 167.

Este breve exame da evolução sofrida pela disciplina da matéria em nossas Constituições demonstra que o regramento constitucional tem oscilado entre duas preocupações básicas: de um lado, a preocupação de que o serviço seja o mais barato possível, desde que atendidos os requisitos de qualidade etc., com o que se almeja reduzir o ônus econômico a cargo do usuário; de outro lado, a necessidade de retribuir convenientemente a empresa privada para tornar economicamente interessante para ela a exploração do serviço.

Daí a preocupação em controlar de alguma forma esses dois vetores (serviço barato e remuneração adequada). A propósito é interessante notar a evolução ocorrida. Na Constituição de 1934, o lucro era amplo, desde que não excedesse a justa retribuição do capital. Na Constituição de 1946, o lucro era em dimensão apenas suficiente para permitir a expansão e o melhoramento do serviço. E, por fim, em 1967 desaparece a idéia de lucro para ser substituída pela noção de serviço pelo custo (vide Celso Antonio Bandeira de Mello, "... Prestação de serviços públicos e administração indireta" pág. 48).

Portanto, o Constituinte brasileiro que inicialmente buscara um controle dos lucros do concessionário, preferiu hoje adotar um sistema de controle pelos custos da prestação do serviço público, a partir dos quais aferirá a real dimensão a ser assegurada na tarifa, bem como sua posterior revisão.

Nesse instante em que falamos em controle de custos então cabe questionar: a quem compete controlar a evolução dos custos de atividades de operadores econômicos cuja ação tem repercussão perante toda a coletividade?

Isto veremos mais adiante. Agora importa traçar o perfil do direito à revisão periódica das tarifas.

REVISÃO DAS TARIFAS E EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO

Vimos acima que as tarifas fixadas num determinado momento devem ser em dimensão tal que assegure as finalidades mencionadas. Desta forma, prevê o Constituinte Nacional que deve necessariamente existir uma proporcionalidade entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que ele obterá pelo exercício daquela atividade que fora originariamente conferida ao Poder Público. A esta proporcionalidade denomina-se equação econômico-financeira.

Considerando que esta equação é formada pelo binômio encargo/remuneração, a variação num deles acarreta *ipso facto* a necessidade de alteração do outro termo da equação para que a proporção se mantenha. Assim, se aumenta o encargo deve aumentar a remuneração. No item "encargo" incluem-se todos os dispêndios realizados pelo concessionário para atender a uma estimada demanda de serviço, calculada em função das peculiaridades de cada caso.

Nesse passo é relevante acentuar que, no cálculo dos custos do serviço de transporte urbano de passageiros — momento em que se computam as diversas espécies de dispêndios — não há possível diferenciação no custo de transporte de um homem ou uma criança, uma mulher ou uma professora, um escoteiro ou um ex-combatente, etc.

Com efeito, a unidade básica tomada para cálculo dos encargos do concessionário é "passageiro", ou seja **ser humano transportado**, independentemente das qualidades pessoais e subjetivas de que pode concretamente se revestir cada qual. A responsabilidade do prestador do serviço é, portanto, transportar "X" passageiros por mês ou dia em média. A partir deste cálculo, é fixado um termo de equação; o outro deflui com naturalidade, pois corresponde ao suficiente para atender a estes custos e assegurar as finalidades constitucionalmente previstas.

A este propósito, aliás, a legislação do Município de Volta Redonda é explícita no sentido de considerar, para fins de cômputo do custo, o passageiro transportado sem qualquer distinção. Com efeito, reza o artigo 41 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 303/68:

"Artigo 41 — As tarifas por passageiros — quilômetro de linha para os serviços de transporte coletivo por meio de auto-ônibus serão estabelecidas com base nos estudos que forem feitos pela Comissão de Transporte Coletivo de acordo com os dados fornecidos pela Divisão de Serviços Urbanos, devendo ser revistas sempre que a variação dos custos operacionais exceder de 15% (quinze) daqueles que houverem sido considerados para o estabelecimento das tarifas em vigor" (grifamos).

Apesar das modificações sofridas por esse Decreto com o correr do tempo, a sua lembrança é pertinente porque consagra as duas regras básicas que vimos sustentando neste estudo. Ou seja, a variação tarifária deflui do aumento dos custos operacionais e no

cômputo da mesma não são feitas distinções entre usuários (homens, crianças, professores, estudantes, etc.). Para o Decreto, a unidade de cálculo é "passageiro" sem qualificação nenhuma outra que não seja a circunstância de ser transportado.

Isto é altamente relevante, pois quando se chega ao montante monetário da tarifa, depois de seguir um raciocínio calcado nessas premissas, ela corresponde à remuneração uniforme a ser paga por todos aqueles que se utilizarem do serviço, sem distinções pessoais que não se refiram à própria atividade concreta de prestação do serviço de transporte. Por esta razão, se uma redução é concedida ou se a tarifa é fixada em dimensão reduzida que não seja o critério do "passageiro" e do "custo operacional", a equação econômico-financeira foi atingida e, por isso, é recomposta constitucionalmente, ou então o ato do Poder Público é inconstitucional.

Assim, quando uma tarifa é fixada, isto está diretamente vinculado ao cálculo de custos efetuado e à estimativa de usuários que gerarão os recursos necessários para satisfazer aos direitos constitucionalmente garantidos aos concessionários.

Esclarecedoras são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito:

"Há uma necessária relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então propiciado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma igualdade de equilíbrio. É este equilíbrio que o Estado não pode romper unilateralmente. Os termos da igualdade se alteram necessariamente toda vez que o Poder Público agravar os encargos.

Isto porque, a fim de manter a mesma proporcionalidade, correspondente à igualdade da equação, o Estado terá que recompor economicamente o concessionário quando modificar a grandeza de seus ônus. A expressão quantitativa pode se modificar por ato da autoridade pública, unilateralmente, e como exercício normal de um direito seu, mas precisa ser compensada correlatamente no outro extremo da relação.

Com efeito, se o Estado pudesse impor sobrecargas ao concessionário sem em contrapartida compensá-lo por elas, estaria, para reproduzir a sempre lembrada imagem da Latournerie nas conclusões do "affaire Compagnie des Scieries Africaines", no Conselho de Estado Francês, repetindo o gesto do guerreiro gaulês que atirou sua espada sobre um dos pratos da balança" (op. cit. pag. 43/44).

Neste sentido, haverá ato atentatório ao equilíbrio econômico e financeiro da concessão tanto com o aumento dos encargos por exigência do Poder Público, quanto com a redução da remuneração estimada pela adoção de fórmulas quaisquer que frustrem a expectativa de receita do concessionário.

Em ambas as hipóteses, ou o ato oficial que acarreta o desequilíbrio é acompanhado concomitantemente de medidas que neutralizem seu efeito desequilibrador, ou então o ato é inconstitucional por atingir um direito do concessionário garantido pelo artigo 167 da Constituição Federal.

Quanto à alterabilidade das tarifas, elas devem ser alteradas pelo Poder Público sempre que se der qualquer desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, ou seja, sempre que o seu montante (das tarifas) não corresponda à justa remuneração do capital, não permita o desenvolvimento do serviço, etc.

Por isso, no Brasil, não se pode mais falar que a concessão de serviço público é a exploração de um serviço pelo particular por sua conta e risco. É que este risco, no sistema vigente, corre integralmente a cargo do concedente, visto que a Carta Constitucional prevê a manutenção do equilíbrio financeiro a qualquer custo, da parte do concedente.

O equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em direito do concessionário e, como consequência, se ocorrer qualquer lesão a este direito, poderá ele socorrer-se dos remédios judiciais.

De outra parte, a alterabilidade das tarifas pode dar ensejo a discussões quanto à situação que ela ocupa na relação de concessão: se na parte regulamentar, se na parte contratual. Em outras palavras: muitos autores pretendem ver uma total incompatibilidade entre os termos "inalterabilidade contratual" e "flexibilidade das tarifas".

No nosso entender, não há a incompatibilidade referida, pois a fixação da tarifa tem por substrato um determinado valor. O que se quer assegurar que o concessionário receba é um certo valor proporcionado ao valor do investimento realizado, ao custo incorrido e ao prazo da concessão. Daí ser a tarifa única e exclusivamente a avaliação, num determinado momento, do número de unidades monetárias que, exatamente, representam esse valor que se quer transferir.

Destarte, sempre que houver disparidade entre o valor (verdadeiro conteúdo da prestação) e sua expressão monetária, a fim de que se mantenha a representação e correspondente integridade da prestação, impõe-se sua alteração, que não repugna aos princípios do direito das obrigações.

Este entendimento consubstancia a teoria das dívidas de valor, em oposição às dívidas de dinheiro, tão bem desenvolvida pelos autores mais modernos, principalmente alemães.

Dívida de valor é a que tem por objeto não a entrega de certa e determinada quantia em dinheiro; não tem o dinheiro, em si, por objeto, mas sim, outra coisa; este tipo de dívida consiste na prestação de algo ou de alguma coisa que, secundariamente, poderá ter seu valor calculado em unidades monetárias de cômputo.

"A dívida, assim... é representada... pelo valor... das utilidades de que a prestação idealmente se componha" (Paulo Barbosa de Campos Filho, "Obrigações de Pagamento em Dinheiro", pag. 21).

Esta é também a inteligência de Pontes de Miranda, que teve oportunidade de lecionar: "Dívidas de valor são as que se hão de adimplir mediante, não prestação de importe nominal, mas prestação de valor, que se há de determinar em dinheiro, ou em outro objeto, de algum objeto" (Tratado de Direito Privado", vol. XXVI/294).

Nesta hipótese, o que se tem como objeto da obrigação é uma determinada coisa (ou ação, ou prestação, ou serviço, ou inação, ou satisfação, etc.), a qual poderá ser avaliada em dinheiro, como poderia sê-lo em qualquer outra unidade de cômputo (quilos de gêneros alimentícios, metros de tecido, volume de líquido, metros quadrados de terreno, etc.).

É o que de igual forma ensina o saudoso Amílcar Araujo Falcão "A teoria das dívidas de valor ("adaptable debt"), "Wertschuld" ou "Geldwertschuld") distingue entre dívidas consistentes em uma quantia certa de dinheiro ("certae pecuniae") e dívidas que, embora expressas em moeda, têm, no entanto, por objeto proporcionar a obtenção ou recuperação de bens, objetos ou valores determinados ("A inflação e suas conseqüências sobre a ordem jurídica, "in RDP 1/54 e segs).

Nesta hipótese, o dinheiro surge como instrumento de troca, substituindo-se ao verdadeiro objeto da prestação, sendo válida tal substituição, desde que seu montante corresponda à coisa substituída para aquela época e naquele local.

Não se tem aqui o dinheiro, como objeto da obrigação, mas unicamente como meio de dar outra expressão à prestação devida. Constitui-se o dinheiro em instrumento de avaliação da coisa substituída e não na própria coisa devida. Em outras palavras: o dinheiro não é objeto da obrigação, nesta hipótese, mas simples meio de eventual fixação objetiva de seu valor.

Não é outro o ensinamento do mestre Ruy Cirne Lima, que assim se expressou: "...nas dívidas de valor ..o objeto imediato da prestação é o valor que, mediamente, por intermédio da moeda será prestado" ("Dívida de valor e dívida de dinheiro", in RDP 6/88.)

Por todo o exposto, pode-se concluir que o pagamento de dívida de valor, que se não fizer em espécie — substituindo-se por dinheiro de contado — só será válido e completo se a quantia entregue corresponder exatamente ao valor da prestação devida.

Este é o fundamento da alterabilidade das tarifas.

Este o perfil dos direitos dos concessionários de serviço público, dentre os quais sobreleva o de receber em dinheiro o equivalente ao serviço prestado, sendo que este não se altera pelo fato de o usuário possuir esta ou aquela qualidade pessoal.

Neste momento, em que já procuramos dar relevo aos elementos integrantes da equação econômico-financeira, dentre os quais tem realce o elemento "custo", volta à tona a preocupação em caracterizar o papel assumido pelo Conselho Interministerial de Preços nesse contexto, especialmente porque ele tem sido sistematicamente ouvido pela Municipalidade de Volta Redonda antes de se proceder ao reajuste tarifário.

Note-se, ademais, que os mencionados direitos do prestador se inserem no grupo daqueles mencionados no § 36 do artigo 153 do Texto Federal que dispõe:

"§ 36 — A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

Sendo assim, possuem idêntico status jurídico que os demais direitos arrolados no artigo 153 da Constituição. Isto é da máxima importância porque, sendo de nível constitucional, a circunstância de a empresa privada não ter se rebelado no passado contra atos do Poder Público que afetaram esses direitos, não significa que tenha havido qualquer forma de renúncia aos mesmos.

E iríamos mais adiante, até os direitos individuais constitucionais são verdadeiramente irrenunciáveis e se o favorecido se retrai e não reage a uma violação, o alcance desta sua conduta limita-se àquele instante e àquele fato.

Com efeito, se alguém sofre uma arbitrariedade que afeta o direito de ir e vir, mesmo que isso perdure no tempo, não significa que ele tenha renunciado à liberdade de trânsito. No mesmo sentido, se alguém, sistematicamente não leva ao Judiciário as lesões sofridas, isto não quer dizer que ele tenha aberto mão da garantia da plenitude de jurisdição.

Destarte, se um concessionário não se rebelou no passado contra atos do Poder Público que atingem o equilíbrio econômico e financeiro, isto não quer dizer que ele está inibido de fazê-lo. Pelo contrário, seu direito aí está, merecendo resguardo, pela utilização dos instrumentos judiciais cabíveis.

O PAPEL DO CONSELHO INTERMINISTERIAL DE PREÇOS

Informam-nos as consulentes que examinando as condições dos transportes coletivos urbanos do Município de Volta Redonda, o Conselho Interministerial de Preços — CIP, pronunciou-se no sentido de fixar a tarifa respectiva em Cr\$ 5,50 (cinco cruzeiros e cinquenta centavos), conforme decisão do dia 06 de fevereiro último. Esclarecem-nos, ainda, que o CIP não procedeu a qualquer subdivisão ou redução na tarifa para contemplar a hipótese dos estudantes e escoteiros, limitando-se a afirmar inexistirem restrições à fixação de valores tarifários inferiores ao teto aprovado.

Diante disto, perguntam se esta circunstância não seria o fundamento para a redução propugnada pela Municipalidade.

Esta não é uma questão de fácil deslinde, em razão da tríplice conjugação de relações jurídicas já anteriormente examinadas. Com efeito, o ato do CIP, apesar de uno, trará repercussões distintas conforme a situação jurídica afetada.

A compreensão destes efeitos depende do exame prévio de alguns aspectos atinentes à própria estrutura e poderes dessa entidade que é o CIP.

O Conselho Interministerial de Preços é um desses "órgãos" cuja existência é de difícil explicação jurídico-normativa, mas de incontestável importância na vida da economia nacional. Ele foi instituído pelo decreto federal nº 63.196, de 29 de agosto de 1968, com

"... a atribuição de fixar e fazer executar as medidas destinadas à implementação da sistemática reguladora de preços... observada a orientação geral da política econômica do Governo Federal".

De plano salta aos olhos a irregularidade do veículo jurídico adotado, pois é flagrante que um órgão a quem são conferidos poderes de tal amplitude (quaisquer medidas necessárias) nunca poderia ter sido instituído por um simples decreto.

Talvez cômico dessa circunstância, pouco mais de um ano após, o Governo edita o Decreto-lei nº 808, de 04 de setembro de 1969, com fundamento nos Atos Institucionais nº 5 e nº 12 que, em seu artigo 1º declara que o CIP:

"... é o órgão através do qual o Governo Federal fixará e fará executar a política de preços no mercado interno buscando sua harmonização com a política econômico-financeira global".

O simples cotejo destes dois dispositivos já demonstra uma diversidade de concepção do fenômeno do controle de preços. No Decreto nº 63.196 o CIP surge como uma entidade solta no ar a quem são conferidos alguns objetivos ligados à sistemática de regulação de preços.

Com o Decreto-lei nº 808, as idéias mestras assumem novos contornos para se dizer, em primeiro lugar, que o CIP é um instrumento da ação do Governo Federal. Isto se percebe na medida em que, antes, o CIP é que fixava e fazia executar as medidas destinadas à regulação de preços, enquanto a partir do Decreto-lei nº 808 é o Governo Federal que fixa e faz executar a política de preços. Assim, o CIP, de titular de um poder decisório sobre as providências a adotar, passa a ser um instrumento, um meio da ação do Poder Público federal.

Esta constatação não é uma superfetação do raciocínio, como pode parecer à primeira vista. Isto porque o Decreto-lei nº 808 trouxe à baila a noção de "política". De fa-

to, no primeiro diploma o CIP era um mero executor de medidas que deviam não contradizer a orientação geral da política econômica federal. Aqui, então, estávamos perante a conjugação de uma política global, de um lado, e de medidas concretas, de outro. Sendo assim, a ação do CIP, na medida que consistia em adotar medidas executivas de implementação de um sistema de controle de preços, assumia um papel nitidamente técnico, cingido a parâmetros científicos, e mensuráveis segundo padrões neutros.

Com o Decreto-lei, a situação se altera profundamente, pois o seu artigo 1º diz com todas as letras que o CIP é o **órgão executor de uma política de preços** estabelecida pelo Governo Federal que tende à harmonização com a política econômico-financeira global. Como se vê, a partir de então passam a se justaporem três conjuntos, consistentes em duas políticas (a global e a de preços) e as medidas necessárias à adequação desta àquela. Esta mudança traz sensíveis reflexos na concepção do próprio CIP que passa a ter sua ação informada por critérios e padrões que não são mais exclusivamente técnicos e frios, mas fluem de uma política para o setor.

Cabe aqui, antes de prosseguir, chamar a atenção para o fato de que nossa colocação está calcada em dois textos de Direito positivo, e se o texto normativo se utiliza de conceitos como os de "política", "controle de preços" e que tais, cabe ao intérprete explicá-los e não ignorá-los como se não existissem.

Sendo assim, forçoso é fixar um sentido que, no contexto, possui o vocábulo "política" que surge nos textos.

Para os textos examinados, entendemos que a palavra "política" significa um conjunto de prioridades definidas a partir de necessidades e interesses diagnosticados que, aferidos segundo critérios múltiplos, acarretam a identificação de providências às quais deve ser dada precedência no atendimento.

Vale dizer, tem-se uma "política" para um determinado setor quando alguém (a quem o ordenamento jurídico atribui essa função), examinando um determinado conjunto de fatos, constata a existência de problemas que, em si, implicam na identificação de necessidades já satisfeitas ou a serem atendidas, e de interesses positivos ou negativos à mudança dos fatos ou à sua manutenção. Diagnosticado o fenômeno em toda sua complexidade e verificados os problemas a serem resolvidos, cumpre cotejá-los ao conjunto de meios disponíveis em mãos do responsável pelo atendimento dos mesmos, e ao conjunto de objetivos e finalidades colimadas.

Neste instante, e isto é da essência da vida humana, alguns dos objetivos e resultados desejados não podem ser alcançados concomitantemente com todos os outros, seja pela possível incompatibilidade existente entre eles, seja pela insuficiência de meios à disposição.

Diante desse confronto entre objetivos, meios, necessidades e interesses, aquele que recebeu do ordenamento jurídico a incumbência de responder pela gestão e administra-

ção daquele setor ver-se-á na contingência de priorizar objetivos ou resultados, organizando e estruturando os meios disponíveis da melhor forma que, a seu juízo, venha a assegurar o atingimento do fim almejado. Com isto, se estabelece uma política para o setor que, a partir daí, orientará as medidas concretas a serem realizadas, segundo os padrões de prioridade fixados.

Nesse contexto, porém, não se pode deixar de lembrar que, fixada a política, somente parte dos objetivos será perseguida e, *ipso facto*, somente parte das necessidades e interesses envolvidos serão satisfeitos.

Fixadas estas balizas do raciocínio, então é mais fácil compreender o papel que o CIP passou a assumir, a partir do Decreto-lei nº 808. Ou seja, ele se tornou um instrumento das opções estruturais de uma política de preços informada pelos objetivos, finalidades e resultados perseguidos pelo Governo Federal porque — segundo ele — são aqueles que prioritariamente precisam ser atingidos por atenderem às necessidades e interesses mais relevantes para a coletividade nacional como um todo. É o que preleciona a doutrina:

“Le misure amministrative di disciplina economica costituiscono lo strumento per raggiungere lo scopo di costante adeguamento dell’attività industriale o commerciale alle esigenze della collettività: strumento rivolto a indirizzare la produzione o la distribuzione a risultati, di volta in volta espressi in termini di quantità, o di qualità, o di prezzo, o di condizioni della prestazione e dello scambio e vie dicendo. Tra queste misure le decisioni del CIP o dei suoi organi provinciali esprimono, in termini di prezzo, la realizzazione in via amministrativa degli interessi pubblici nel settore economico.

Atti di tal genere appaiono, per i loro intrinseci caratteri, rivolti alla cura di interessi concreti; e il loro impiego risponde particolarmente ai fini di una manovra pubblica dell’economia per la loro idoneità alla penetrazione in situazioni circoscritte in limiti di tempo, di luogo, di contenuto. A differenza dalla norma (a fattispecie solitamente astratta), gli atti in parola, pur regolando una serie indeterminata di casi omogenei (e in ciò è la loro essenza di atti generali) sono capaci di un contenuto dettagliato e concreto.

Determinando i prezzi e la tariffe di merci e servizi, il CIP non pone norme giuridiche, non integra nè modifica l’ordinamento vigente, ma si limita a dare concreta esecuzione a precedenti disposizioni. (Giuseppe Santaniello, “Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo”, pág. 129/130).

Portanto, o CIP perde seu caráter puramente técnico para ser um veículo de uma política mais ampla e um meio de intervenção da União na economia, através do qual pretende-se dirigir a conduta da coletividade de forma compatível com a política econômico-financeira global.

Esta conexão entre política de preços e política econômico-financeira global não é concepção só conhecida em nosso País, mas ocorre em outras Nações. A propósito se pronuncia Massimo Severo Giannini, fora de dúvida um dos mais prestigiados administrativistas italianos da atualidade:

“Il CIP si collega oggi al CIPE — Comitato interministeriale per la programmazione economica, recependone le direttive economiche generali o di settore, per cui, in astratto, il CIPE determina l’indirizzo economico, il CIP lo rende specifico per la materia dei prezzi”. (“Diritto pubblico dell’economia”), pág. 222).

Observe-se, aliás a semelhança que existe entre o CIP italiano e o brasileiro, e o CIPE italiano e o nosso CDE-Conselho de Desenvolvimento Econômico.

Situação semelhante, em termos de programação econômica, ocorre em outros Países, como por exemplo na Inglaterra, segundo informa Alberto Massera no seu texto “Una esperienza inglese di controllo dei prezzi e dei redditi: Il National Board for Prices and Incomes”, publicado no fascículo nº 3 do ano de 1975 da “Revista Trimestrale di Diritto Pubblico”, págs. 1.122 e segs. E os exemplos podiam ser multiplicados.

De todo o exposto, conclui-se, em síntese, que o CIP existe para servir à política de preços no mercado interno concebida pelo Governo Federal, sendo que, por força do artigo 3º do Decreto-lei nº 808, seu campo de atuação é ampliado para atingir não só os “preços” tecnicamente falando (expressão monetária de uma contraprestação contratual) mas também as “tarifas” (sem qualquer especificação quanto à sua natureza).

Destarte, deste quadro então uma dúvida nos assalta: constitucionalmente caberá à União essa atribuição?

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FIXAÇÃO DAS POLÍTICAS ECONÔMICO-FINANCEIRA GLOBAL E DE PREÇOS

A Constituição Federal não apresenta em nenhum de seus dispositivos a indicação direta e patente da competência federal para o estabelecimento da política econômico-financeira global, nem da política de preços que é um desdobramento daquela, e cujo fundamento jurídico decorre da fixação do fundamento constitucional da política global.

Examinando-se, contudo, algumas normas do Texto Federal, delas deflui com clareza a existência de um fundamento constitucional à ação do CIP.

Em primeiro lugar, encontramos o artigo 8º que, no seu inciso V, atribui à União a competência para planejar e promover o desenvolvimento nacional e por força do inciso XIV, estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento. Considerando que nestes passos a Constituição não qualifica o tipo de desenvolvimento a que está se referindo,

somos compelidos a entender que ele, aqui, abrange tanto o social como o econômico. Ora, "planejar o desenvolvimento" significa exatamente montar as estratégias de ação em função das necessidades, interesses, disponibilidades e prioridades verificadas.

Porém, as referências constitucionais não param aí. Outra menção de grande relevância temos num dispositivo que não tem merecido da doutrina o destaque necessário. É ele a letra c do inciso V do artigo 10 da Constituição Federal, que reza:

"Artigo 10 — A União não intervirá nos Estados, salvo para:

.....
V — reorganizar as finanças do Estado que:

.....
c. adotar medidas ou executar planos econômicos ou financeiros que contrariem as diretrizes estabelecidas em lei federal". (grifamos).

Note-se que a matéria disciplinada neste artigo da Constituição é a da intervenção federal nos Estados que, na unanimidade dos estudiosos do federalismo, é vista como assunto que atinge diretamente a essência da Federação e a autonomia dos Estados, devendo portanto ser vista como hipótese excepcional cabível em casos de inegável gravidade.

Ora, dentre as hipóteses que o Constituinte julgou configurarem condutas tão graves que devem ser reprimidas pela intervenção federal, inclui-se a divergência na execução das diretrizes federais em matéria econômica ou financeira.

Portanto, compete à União fixar essas diretrizes que se consubstanciarão na política global a que nos referimos. Isto vem corroborado, ainda, pelo disposto no artigo 43, que estabelece:

"Artigo 43 — Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

.....
IV — planos e programas nacionais e regionais de desenvolvimento".

Estes planos serão aqueles que contemplarão as diretrizes da política econômica e financeira global e serão veiculados por uma lei federal, tal como prevêem o artigo 43, IV, e o artigo 10, V, c, da Constituição Federal.

Estes planos, aprovados por lei, são os Planos Nacionais de Desenvolvimento — PND e os Planos Setoriais.

Ora, quando encontramos, por exemplo, num PND a previsão da necessidade de controlar a inflação ou reduzir as importações de petróleo ou o comércio de seus derivados, etc., não estaremos perante puras declarações de princípios, mas sim diante de opções políticas assumidas e revestidas do respaldo jurídico de uma lei que se vocaciona a ser atendida, como qualquer outra. Por isso, uma conduta que se oponha, por exemplo, ao objetivo de redução do consumo de derivados de petróleo não é uma simples conduta que não se coaduna com os objetivos do Governo Federal. É mais do que isso: é uma ação que viola uma norma jurídica de princípio (como a chamaria José Afonso da Silva).

Aqui está o fundamento teórico para a colocação que nos foi exposta pelo ilustre colega e patrono das consulentes quanto à vinculação do problema concreto às diretrizes da política nacional de viação, que é um dos aspectos, ou uma das facetas do desenvolvimento, e como tal, inserido nos permissivos constitucionais examinados. Isto implica em competência de grande amplitude, como explica M.S. Giannini:

"Il potere d'indirizzo di politica economica dello Stato è preminente per il suo contenuto, coinvolgendo l'intera collettività generale e tutti i pubblici poteri e i gruppi operanti nell'interno della collettività medesima". ("Diritto pubblico dell'economia", pág. 285).

Mas, apesar de identificado o fundamento constitucional da competência federal para, fixando diretrizes, planos e programas econômico-financeiros nacionais, dirigir a economia, em especial pelo controle de preço, que é um de seus aspectos, poder-se-ia argüir que, no Texto Federal, não existiria menção expressa à extensão dessa competência em termos tarifários.

Porém existe!

De fato, se volvermos ao artigo 167 da Constituição veremos que ele prevê que a lei disporá sobre o regime das concessionárias, estabelecendo tarifas que permitam justa remuneração, etc.

Pesquisando os textos constitucionais anteriores, verifica-se que nas Constituições de 1934 e 1937 falava-se em lei federal, mas não se mencionavam serviços federais, estaduais e municipais. Com a Constituição de 1946 invertem-se as qualificações de forma que fala-se em lei, e acrescida a referência a serviços públicos federais, estaduais e municipais. Assim, esta "lei" será uma lei de caráter nacional, aplicável a todos os serviços concedidos, independentemente da sua amplitude ou esfera de governo a que se reportem, disciplinadora — não de cada uma das tarifas concretas a serem cobradas, pois isto seria exigir milhares de leis, mas — dos critérios gerais a serem atendidos na sua fixação e reajustamento.

Aliás, ao comentar essa mesma norma, o saudoso Pontes de Miranda diz incisivamente:

"Lei FEDERAL, E NÃO ESTADUAL OU MUNICIPAL — Só a lei federal pode alterar tarifas ou permitir que se lhes mude o critério". ("Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969" tomo VI, pág. 269").

Ou seja, caberá à lei federal fixar um critério de aferição da equação econômico-financeira e do seu desequilíbrio, ensejador de revisão tarifária que, no entanto, não pode se converter em fonte de lucro excessivo para o concessionário.

Ora, no Decreto-lei nº 808, temos uma "lei" federal (por ter sido editado com fundamento em Ato Institucional) que disciplina alguns dos aspectos da alteração tarifária. Portanto, enquanto não existir uma ampla lei federal que regule em seus vários aspectos as concessões de serviços públicos, o Decreto-lei nº 808 supre de regramento algumas matérias.

Isto, porém, não significa que o CIP fixará tarifas. Aliás, nem é isso o que preceitua o decreto-lei mencionado, pois em seu artigo 3º ele se limita a prever que o CIP opinará sobre as tarifas, mas não as estabelecerá.

Nisto acompanhamos, mais uma vez, o ínclito Pontes de Miranda, que assevera:

"A lei federal não pode atribuir a autoridades federais a fiscalização ou a revisão das tarifas dos serviços estaduais ou municipais nem às autoridades estaduais a fiscalização ou a revisão das tarifas municipais, ou vice-versa; reiterar aos Estados-membros ou aos Municípios o que se inclua no seu poder de legislar sobre os seus contratos (direito público estadual ou municipal), uma vez que só se lhes pode impor regras jurídicas sobre fiscalização e revisão das tarifas. (op. cit. pág. 275).

Em suma, a fixação das tarifas caberá sempre ao Poder Concedente, porém os critérios para essa fixação poderão ser indicados na lei federal que poderá autorizar a previsão de tetos máximos ou pisos mínimos que servirão de parâmetro para a exata indicação pelo Poder Público, que, no entanto, deverá atentar para os direitos subjetivos dos concessionários.

O ATO DO CIP

Relatam-nos as consulentes que o CIP fixou a tarifa de transporte coletivo urbano em Cr\$ 5,50 (cinco cruzeiros e cinquenta centavos) e não se opôs à fixação em valores inferiores. Qual o sentido dessa manifestação?

Uma vez que já compreendemos a posição do CIP como um órgão que serve de instrumento de uma política federal, pode-se entender que seus atos serão:

a. **administrativos**, quanto à função que é exercida e quanto à estrutura organizacional em que se insere o órgão; e

b. **políticos**, quanto ao poder cujo exercício resulta na produção de qualquer desses atos.

Quanto à sua natureza administrativa é expressa a doutrina:

"La natura formalmente e sostanzialmente amministrativa delle funzioni e degli atti del CIP emerge evidente:

a) **dall'ampia discrezionalità del potere e dalla varietà e molteplicità dei compiti ad esso assegnati in materia di disciplina dei prezzi: potere e compiti non suscettibili di preventiva e stabile regolamentazione, dovendo esercitarsi, in relazione ai diversi settori produttivi e alle varie fasi di scambio, con riguardo alle contingenze concrete e variabili, e perciò non prevedibili, della situazione economica ed adeguarsi al continuo mutamento di questa;**

b) **dalla continuità e permanenza di detto potere, che, a differenza della potestà legislativa delegata, non si esaurisce nella emanazione di un unico atto;**

c) **dalla natura e speciale composizione dell'organo, costituito dai Ministri preposti ai ministeri finanziari ed economici e da tre esperti: organo tecnico, quindi, distinto e diverso da quello (Consiglio dei Ministri), cui l'ordinamento costituzionale prevvisorio vigente all'epoca in cui il CIP fu istituito (DDL nº 151 del 1954 e nº 98 del 1946 e, per la parte non abrogata, legge nº 100 del 1926) riconosceva la potestà di deliberare atti di legislazione delegata o regolamenti delegati.** ("G. Santianiello, op. cit. pág. 131").

A respeito do seu caráter político, cristalino é Giorgio Cugurra que, ao estudar os atos expressivos de uma função administrativa, e editados a nível de exercício de um poder político, expõe:

"Al riguardo ci si limita ad indicare come provvedimenti amministrativi liberi nel fine le direttive di programmazione economica, le direttive cioè deliberate dal (Comitato di ministri per la programmazione economica..." (L'attività di alta amministrazione", pág. 51).

Neste aspecto, se recordarmos que o "fim" é, no caso, a persecução de um objetivo dentre vários possíveis, fica claro o caráter de opção política ínsito à situação estudada. Quanto a este poder que é político na sua essência, mas jurídico em sua disciplina, é o próprio Cugurra que assim o explica:

"Il terzo aspetto della fattispecie procedimentale che assume evidenza in questa sede è dato dall'ipotesi che la determinazione del contenuto della componente strutturale che indica la finalità perseguita mediante l'esplicazione della funzione sia demandata all'intervento di fattori esterni alla norma. In

questo caso il potere giuridico relativo assume la denominazione di potere politico e la dottrina ne indica sinteticamente il connotato saliente definendolo come potere libero nel fine, con espressione che attribuisce al potere una caratteristica che è tipica della funzione alla quale esso inerisce. (op. cit. pág. 39).

Embora estejamos perante um ato administrativo de cunho político, tal como exposto, nem por isto ele estará alheio a critérios de aferição de sua legalidade. Neste aspecto ele está jungido a requisitos e a circunstâncias que obrigatoriamente devem ser levados em consideração.

Aliás, é o Decreto nº 63.196 que estabelece como princípio fundamental da ação do CIP, o da "compatibilização entre a evolução de preços e a correspondente variação de custos" (artigo 5º). Mais adiante esse decreto prevê que o CIP manterá um acompanhamento da evolução de preços e custos de serviços, elaborando os respectivos índices por setor (artigo 7º). E por fim, reza que esses índices setoriais se "destinarão a fundamentar a avaliação dos níveis de reajustamento de preços". (artigo 7º, parágrafo único).

Em suma, estas normas conjugadas significam que o CIP deverá setorializar seus parâmetros em função das peculiaridades de cada ramo e sua rentabilidade, e que a variação do preço e da tarifa serão decorrentes da correspondente variação dos custos. Portanto, variando os custos, variarão os preços autorizados pelo CIP, ou por ele limitados. Por sua vez estes limites, ou tetos, são parâmetros que servem para gizar a própria amplitude de opção das partes na fixação do conteúdo concreto daquela relação. Aliás, é isto que ensina M.S. Giannini:

"Le determinazioni del CIP sono provvedimenti ablatori del potere delle parti contratanti (e contraenti) di determinazione consensuale del prezzo, o, più esattamente, del corrispettivo contrattuale; l'ablazione è totale nell'ipotesi di fissazione del prezzo in termini assoluti; è parziale quando invece si fissano prezzi massimi o minimi, con ciò peraltro introducendosi un limite insuperabile dalle parti. (op. cit. pág. 223).

Considerando que a tarifa na concessão de serviços públicos está diretamente ligada à equação econômico-financeira, apresentando-se como um instrumento assecuratório do seu equilíbrio, devendo ser revista sempre que for tipificada uma desproporção entre encargo e remuneração; considerando que os reajustes tarifários, segundo os critérios normativamente impostos ao CIP, devem cingir-se à variação dos custos incorridos, havendo aumento no custo, automaticamente (por força do direito garantido pelo artigo 167 da Constituição Federal), dar-se-á a revisão tarifária para recompor o equilíbrio perdido.

Por isso, havendo uma expressa manifestação do CIP que, em si é um ato administrativo — revestido, portanto, da presunção da legalidade que resguarda todos os atos administrativos — no sentido de que o valor adequado da tarifa é de Cr\$ 5,50 (cinco cruzei-

ros e cinqüenta centavos), isto significa que o CIP reconheceu formalmente que os custos da prestação do serviço, mais a justa remuneração do capital, somente serão adequadamente recompostos, se este for o valor pago pelos usuários, sem qualquer distinção. Portanto, se a Municipalidade pretende obrigar o prestador do serviço a receber valores inferiores (quando o custo pelo transporte não é menor pelo fato de o passageiro ser estudante ou escoteiro) estará "jogando a espada num dos braços da balança" e violando a garantia constitucional do equilíbrio econômico e financeiro da concessão. Estará, pois, praticando ato inconstitucional.

Se, porventura, a Municipalidade tiver argumentos que demonstrem a irregularidade do cálculo feito pelo CIP que os apresente a esse órgão, ou que os demonstre cabalmente por intermédio de órgãos técnicos do Município, adrede preparados para tanto. Porém, a redução não é algo automático e obrigatório para o prestador. A redução poderá haver ou na hipótese de prova cabal que derrube a presunção de legalidade do ato administrativo do CIP, ou por aceitação do prestador. Neste último caso, a aceitação será caso a caso, período a período, pois se trata de não exercício de um direito de dignidade constitucional, insuscetível de renúncia, da mesma forma que não é possível "renunciar" à liberdade de expressão, de ir e vir, de reunião, etc., todos direitos de nível constitucional. Portanto, se inexistente prova prévia da Municipalidade quanto à eventual ilegalidade ou irregularidade do ato do CIP, qualquer exigência de redução na tarifa é inconstitucional e, por isso, ensejadora das medidas jurídicas pertinentes pois, no caso, o direito líquido e certo violado é patente.

Em síntese, e aplicando a exposição até aqui feita às três pessoas que participam da prestação do serviço público por concessão, temos que o ato do CIP é:

- a. para o concedente o limite máximo da legalidade do ato fixador da tarifa. Valores superiores serão ilegais; valores inferiores serão legais, porém não poderão violar direitos constitucionais;
- b. para o usuário o parâmetro quanto ao máximo que lhe pode ser exigido; e
- c. para o prestador, a expressão da manifestação de um órgão oficial (revestido da presunção de legalidade) de que o valor que remunera o seu custo de prestação do serviço é aquele da tarifa estabelecida.

Quer dizer, o poder de fixação de tarifas, titularizado pelo Poder Concedente fica adstrito a um limite máximo que tem por contrapartida o direito do usuário de pagar exclusivamente o equivalente a uma dívida de valor normativamente estimada; e de outro lado, a um limite mínimo que é o correspondente ao montante que atende aos preceitos do artigo 167 da Constituição Federal, assecuratórios da equação econômico-financeira a favor do prestador. Este valor mínimo poderá ser inferior àquele estabelecido pelo CIP sempre que a Municipalidade puder comprovar, em concreto, a inadequação do cálculo a que chegou o CIP. Este é o sentido da expressão "não há restrições quanto à fixação de valores inferiores ao teto aprovado". De fato, o CIP nada tem a opor quanto a valores inferio-

res. Quem tem restrições a fazer, e com base na Constituição Federal, são os prestadores do serviço, lesados em seus direitos, com a pretendida redução.

Porém, se por quaisquer razões o Poder concedente não quiser cobrar do usuário o total autorizado pelo CIP em função de conveniência política ou social ou de qualquer outra ordem, poderá fazê-lo. Contudo, concomitantemente, (e não em futuro hipotético) deverá cobrir a diferença, eventualmente existente entre o que a Municipalidade fixar a título de tarifa e o valor estabelecido pelo CIP.

Vale dizer, se por razões de conveniência, a Municipalidade não quiser que alguém pague Cr\$ 5,50 (cinco cruzeiros e cinquenta centavos) por passagem, pode instituir a redução que beneficiará essa classe de pessoas. No entanto, em nenhum instante poderá existir, com isto, prejuízo ao prestador, ou redução em sua arrecadação tarifária, o que obriga o Poder Público a criar mecanismos que se destinem exatamente a essa finalidade. Assim, é perfeitamente possível imaginar a hipótese de uma Municipalidade que venda diretamente os "passes" aos estudantes pela metade do preço normal da passagem, mas que paga ao prestador do serviço o valor integral quando ele apresenta o "passe" para resgate. O que não pode ocorrer é o prejuízo do prestador pela não percepção dos valores a que tem direito.

Neste passo, porém, alguém poderia alegar que o ato da Municipalidade não corresponderia propriamente a uma redução de tarifa, mas à fixação de uma tarifa nova em valor inferior, aplicável unicamente ao grupo de pessoas consistente de estudantes e escoteiros. A refutação desta colocação nos obriga a uma pequena digressão quanto às diferenças destas figuras e à circunstância de podermos tratar a tarifa seja entendendo que ela possui natureza tributária, seja natureza de preço (contratual, portanto).

TARIFA: REDUÇÃO OU FIXAÇÃO EM DIMENSÃO REDUZIDA

Vimos em outra parte deste estudo que a tarifa tem sido estudada pela doutrina, ora como um tributo e ora como um preço. Considerando essa divisão na doutrina e tendo em vista que a figura do passe escolar pode ser vista tanto como uma obrigação de dar um desconto, sejam uma fixação do seu montante em dimensão reduzida, cumpre agora, brevemente que seja, ver as conseqüências das possíveis combinações desses dois conjuntos de noções.

Raciocinemos inicialmente a partir dessas duas noções:

- a. obrigação de dar desconto; e
- b. fixação de tarifa reduzida.

a. A obrigação de dar desconto se apresenta como uma situação jurídica passiva instituída para o prestador, no sentido que ele tem o direito de cobrar o valor integral porém é compelido a despojar-se de uma parte desse direito quando ocorrem certas circunstâncias concretas: estar perante um estudante ou escoteiro, etc.

Tratando-se de uma situação jurídica passiva do prestador em confronto com o Poder Público, somente a este é deferida a exigibilidade da conduta prescrita. Vale dizer, por ser um dever do prestador (de dar o desconto) e não um direito do usuário de pagar uma tarifa fixada originariamente em dimensão menor, o passageiro não pode se recusar ao pagamento do valor integral da passagem, se assim lhe for exigido pelo prestador. Unicamente, neste caso, terá havido uma infração do concessionário aos termos da regulamentação do serviço público.

b. Em situação oposta, se se tratar de fixação de tarifa reduzida, estaremos perante um benefício direto do usuário de quem o concessionário não poderá cobrar nada além do fixado, cabendo àquele opor-se a qualquer exigência que supere o estabelecido.

Esta distinção é pertinente, pois na legislação municipal e nos termos de obrigação firmados pelas consulentes, em certas oportunidades é feita menção à fixação reduzida e outras à obrigação de dar desconto. Porém, esta indefinição não é relevante pois, conforme veremos, qualquer que seja a hipótese, as conseqüências serão sempre as mesmas.

De fato:

Admitindo-se que tarifa é preço:

1. não cabe a obrigação de dar desconto, pois estaríamos perante vínculo de natureza voluntária celebrado entre as partes (preço é o correspondente de uma prestação contratual) e o desconto seria pura liberalidade da empresa que poderia deixar de oferecê-lo quando bem entendesse;

2. também não teria sentido falar em fixação reduzida do preço, pois em sendo um preço sua fixação ou competiria ao CIP (na sistemática do preço autoritativo) ou então ficaria entregue à livre convenção das partes. E na hipótese nenhuma das alternativas se aperfeiçoou.

Admitindo-se que tarifa é taxa:

1. não caberia falar em obrigação de dar desconto, pois seria integralmente aplicável o regime da estrita legalidade da tributação, e o prestador do serviço não poderia ser compelido a transigir (dar desconto) na arrecadação do tributo.

2. também não teria sentido falar, no caso concreto, em taxa diferenciada, pois estar-se-ia perante a violação do princípio da estrita legalidade e do princípio da isonomia.

Com efeito, sendo um tributo, seu valor não poderia ter sido estabelecido por um decreto, posto que tanto a Constituição Federal (artigo 19, I e 153, § 29) quanto o Código Tributário Nacional exigem lei formal para tanto. A admissibilidade do decreto em matéria tributária, e mais especificamente no que atine à dimensão da exação, limita-se à hi-

pótese de atualização monetária da sua base de cálculo. Assim, se a lei municipal já estabelecesse de modo inequívoco e exaustivo todos os elementos integrantes do cálculo tarifário, então, nesse caso, poder-se-ia admitir em tese a atualização por decreto do Chefe do Executivo. Porém, a legislação local não prevê minuciosamente os critérios e padrões de apuração do montante tarifário cingindo-se a referências genéricas e não redutíveis, por si, a dados numéricos. Aliás, a legislação local não se preocupou com estes aspectos, exatamente porque na prática ficava entregue ao CIP essa função. Ora, é sabido que o CIP se orienta por um complexo de critérios que envolvem desde prioridades políticas, até eventos conjunturais e peculiares do mercado interno. Portanto, o novo valor da tarifa não é uma simples atualização monetária do anterior e, por isso, não poderia ser veiculado por decreto por se tratar de matéria reservada à lei.

Ademais, teria ocorrido uma violação ao princípio da isonomia insculpido no parágrafo primeiro do artigo 153 da Constituição Federal. Com efeito, na prestação do serviço as distinções cabíveis serão aquelas que se vinculem ao próprio serviço prestado e a características objetivas do mesmo, como por exemplo, distância, rapidez, custo, risco, etc. Havendo diferenças objetivas tais como as referidas é possível que a tarifa não seja uniforme, variando conforme as peculiares das diversas hipóteses. Isto é assim pois o serviço público é oferecido em igualdade de condições para uma coletividade considerada como um todo. Trata-se de uma oferta padronizada e feita para toda a comunidade indistintamente. Na prestação do serviço público todos que se apresentem para fruir do mesmo, são **passageiros** e como entidades objetivas devem ser tratados. A previsão de tarifas reduzidas em função de **qualidades subjetivas** dos usuários foge ao parâmetro da igualdade. No caso, estaria a Municipalidade instituindo uma **categoria privilegiada** de indivíduos em razão de características dos indivíduos e não baseada em diferenciações objetivas da própria prestação de utilidade material oferecida.

Aliás, não é outra a lição do ínclito Francisco Campos:

"O alcance do princípio de igualdade perante a lei há de ser, portanto, interpretado na maior latitude dos seus termos, ou como envolvendo não só a hipótese de que, embora não havendo existido, venha, entretanto, a se criar no país o regime de classes, como toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção. O princípio não tem, portanto, como foco de incidência um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem políti-

ca, a ordem econômica e a ordem jurídica". ("Igualdade perante a Lei", estudo inserido no volume I do seu "Direito Constitucional", pág. 15).

A criação de distinções próprias de uma classe, mas que não guardem congruência lógica com a matéria à qual se reportam é, também, fulminada por Celso Antonio Bandeira de Mello:

"A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada". ("O conteúdo jurídico do princípio da igualdade", pág. 50).

Ora, a "categoria diferenciada" a que se refere Celso Antonio Bandeira é a categoria dos **passageiros** que se utilizam do serviço de transporte coletivo urbano e nessa categoria não há uma adequação racional que diferencie dos "passageiros" aqueles que sejam estudantes ou escoteiros. Estas qualidades são totalmente alheias à prestação do serviço público e independentes dele, tanto assim que subsistem mesmo depois de extinta a relação instaurada com base no transporte. Diferenças entre passageiros, com as devidas repercussões tarifárias, devem ser diferenças quanto à própria forma, dimensão, extensão e tipo de fruição. Devem ser qualidades cuja vida se ligue capilarmente ao serviço prestado e não qualidades constantes, independentes da prestação do serviço de transportes.

Por todas estas razões expostas, verifica-se que, seja qual for a natureza da tarifa que se aceite (taxa ou preço) e seja qual for a essência jurídica do passe escolar (obrigação de dar desconto ou fixação de tarifa reduzida) a conclusão é uma só: o regime de passes escolares e para escoteiros no Município de Volta Redonda não atende aos parâmetros normativos pertinentes e, por isso, padece de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o caso.

Chegando a este ponto, poderia alguém alegar que, mesmo assim, a Municipalidade poderia livremente conceder o passe escolar, pois estaria resguardada pela cláusula do peculiar interesse municipal. Dedicemos algumas linhas a esta matéria.

A AUTONOMIA MUNICIPAL

Não vamos neste passo proceder a uma teorização sobre a autonomia municipal, mais pertinente num estudo específico sobre o tema. Aqui vamos nos limitar a acenar alguns aspectos desse tormentoso assunto já versado pelos mais abalizados estudiosos.

A primeira observação a fazer é a de que a autonomia municipal vem assegurada pela Constituição Federal, em especial pelo seu artigo 15. Considerando que se trata de uma norma constitucional, não se pode perder de vista o fato de que não existe hierarquia dentro do próprio Texto Constitucional. Isto quer dizer que, se a autonomia é garantida, nem

por isso se apresenta como um valor absoluto e incontestável. De fato, ela é uma garantia assegurada aos Municípios, cujo alcance e amplitude não é pré-definida antes da exegese das demais normas constitucionais mas deflui exatamente da interpretação sistemática de todas as disposições constantes da Carta Magna.

Ou seja, o alcance e significado da autonomia municipal é obtido pelo confronto com os demais direitos, garantias e competências também assegurados pelo Constituinte a outras pessoas públicas, ou aos indivíduos em geral.

Assim, o recurso à cláusula da autonomia municipal não pode levar à violação de outros direitos constitucionais, nem à supremacia jurídica do Município sobre Estado e União. E vice-versa. Os direitos constitucionais não se anulam mutuamente, nem há hierarquia entre pessoas políticas de dignidade constitucional.

Isto é de particular importância para o tema deste estudo, pois o alcance da autonomia municipal deverá levar em conta, e sofrer as refrações das garantias que o artigo 167 do Texto Federal prevê em benefício dos concessionários de serviço público. Quer dizer, se é fato que o Município pode organizar os serviços públicos locais, também é fato que as tarifas devem ser justas e permitir a melhoria e expansão dos serviços, etc. Portanto, o recurso à cláusula da autonomia, que legitimaria o passe escolar em valor diferenciado, não pode acarretar redução da remuneração a que tem direito o concessionário pelo encargo assumido.

Além disso, é preciso ter presente que a cláusula da autonomia municipal funda-se na noção de "peculiar interesse". Ora, interesse é a posição de alguém perante uma necessidade que se quer ver satisfeita ou cuja satisfação não se quer ver perturbada. Assim, se a discriminação constitucional utiliza por critérios de repartição de competências a noção de interesse, implicitamente está preocupada com necessidades de âmbito estritamente locais que se quer ver atendidas (interesse positivo) ou cujo atendimento não deve ser turbado (interesse negativo).

Destarte, serão objeto da competência municipal aquelas necessidades e interesses que se esgotem nos limites territoriais da entidade política. Porém, essa identificação concreta do que vem a ser peculiar interesse não é algo para o qual existam estereótipos prontos e imutáveis, mas decorre da evolução da sociedade como um todo e das concepções político-sociais vigentes em determinado local e em certa época; o que leva à relatividade da noção. Aliás, não é outra a lição de J.H. Meirelles Teixeira, grande defensor do municipalismo no Brasil:

"O princípio da autonomia local, segundo exaustivamente demonstramos em recente trabalho, mede-se pelo "peculiar interesse", na fraseologia tradicional das nossas Constituições e por esse peculiar interesse, de acordo com a lição corrente da ciência política e da doutrina jurídica, devem-se entender aqueles interesses predominantemente locais, aqueles assuntos de caráter prevalente-

mente municipal, de acordo com a evolução histórica, as lições da experiência, a prática legislativa, e o incessante evoluir daquelas necessidades político-sociais que constituem não somente o substrato, mas a própria razão de ser da organização estatal e dos ordenamentos jurídicos.

É bem verdade que a caracterização do peculiar interesse suscita, na prática, não pequenas dificuldades, sendo impossível determinar-se, "a priori", até onde deva estender-se o limite da competência municipal, ou qual seja, exatamente, o raio de ação autônoma dos entes locais, onde se deva precisamente situar a linha demarcatória entre as questões de interesse geral e os negócios peculiares ao Município. ("A competência municipal na regulamentação dos serviços públicos concedidos", pág. 4).

Ora, na ordem prática, uma certa atividade concretamente desenvolvida nem sempre se reporta a necessidades ou suscita interesses que se esgotam no âmbito municipal. Pelo contrário, a mesma atividade, conforme o ângulo do qual é examinada repercute em distintos interesses e, por isso, em esferas de competência resguardadas a diferentes pessoas públicas. Esta circunstância vai se apresentar como uma limitação à competência municipal que deixa de ser plena para então se conjugar com a norma própria do Estado ou da União, conforme o caso, e que procurarão atender aos interesses estaduais e nacionais envolvidos. A propósito, são esclarecedoras as palavras de Meirelles Teixeira:

"Dessas conclusões — e aqui se nos depara a segunda limitação à competência municipal para regulamentação dos serviços de interesse local —, deve-se excetuar, como aliás o faz o autor, determinados serviços ou certos aspectos de determinados serviços, que, como já verificamos, pela excepcional importância de que se revestem para o país, deixem de apresentar interesse meramente local, para assumirem caráter e relevo nacionais, tal como justamente ocorre com os serviços de produção e, eventualmente, com o de distribuição de energia elétrica" ("op. cit. pág. 24").

Aliás é o que ocorre com o serviço de transporte coletivo urbano que, apesar de ser um serviço que fisicamente se restringe às linhas territoriais do Município, envolve aspectos com repercussão em interesses nacionais como o consumo de derivados de petróleo, apresentando reflexos no processo inflacionário, sujeito a controle federal.

O fato de uma atividade concreta suscitar reflexos pertinentes à esfera de competência de diferentes pessoas políticas leva à intersecção de normas, à coexistência de controles e à necessária compatibilidade de regramentos, nada sendo de estranhar que alguns aspectos figurem resguardados a uma entidade pública e outros, a outra. Daí a importância de distinguir, no caso, entre regulação especial (a cargo do Município) e regulação geral (a cargo da União) e de compreender a necessidade de sua compatibilidade. Isto já fora denunciado pela doutrina ao explicitar:

"... não ser possível confundir-se a regulamentação específica dos serviços públicos, exercida pelo poder concedente, com a regulamentação geral, exercida pelos entes públicos na esfera de sua competência, resultante do chamado poder de polícia, e à qual se acham submetidas todas as atividades públicas ou particulares, inclusive as concessões" (Meirelles Teixeira, op. cit. pág. 37).

Por estas razões, concluímos que a impossibilidade de o Município livremente dispor sobre a dimensão tarifária não fere a autonomia municipal, mas simplesmente decorre da incidência concomitante de outras normas constitucionais assecuratórias de direitos individuais economicamente mensuráveis e atributivas de competências privativas a outras pessoas jurídicas públicas.

UM ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Representação nº 1.001 do Estado da Paraíba, teve oportunidade de proferir acórdão que versa matéria pertinente ao caso concreto ora examinado (publicado na R.T.J., vol. 91, pág. 25 e segs.).

De fato, discutindo a possibilidade de o Estado editar Decreto concedendo abatimento nas passagens cobradas pelo serviço de transporte coletivo urbano, entendeu o Supremo Tribunal Federal que essa norma violaria a autonomia municipal, sendo portanto inconstitucional. Manifestou-se ainda o Tribunal, no sentido que essa mesma redução, se se referisse a serviço público de competência estadual, seria constitucional.

Extraír de plano a ilação de que este acórdão seria aplicável ao caso concreto em estudo, além de ser uma colocação pedestre e superficial, corre o risco de implicar em extensão temerária, pois o relevante é definir quais os argumentos utilizados pelo Tribunal para apontar a essa conclusão.

A Representação nº 1.001-PB objetivava obter a declaração de inconstitucionalidade de Decreto estadual que concedia indiscriminadamente a redução tarifária para transportes locais e intermunicipais.

O relator, Ministro Cordeiro Guerra acolheu a Representação para entender que a inconstitucionalidade se estendia a ambas as hipóteses (transportes municipais e intermunicipais).

Por sua vez, a maioria do Tribunal houve por bem considerar inconstitucional o decreto estadual, unicamente na parte referente ao serviço de transporte municipal, posto que teria havido ingerência do Estado em âmbito municipal. Quanto ao serviço de transporte intermunicipal não se julgou pela inconstitucionalidade. Mas, por quê?

Vejamos algumas das razões expendidas nos votos vencedores e que resultaram na manutenção do Decreto do Estado da Paraíba.

A respeito afirmou o Ministro Décio Miranda:

"Realmente, em relação aos serviços de que é concedente o próprio Estado-Membro, pode este incluir a combatida cláusula do desconto na tarifa a favor de certos usuários, porquanto nessa concessão está implícita a obrigação de estabelecer a contrapartida tarifária, correspondente ao desfalque de renda, que a medida acarreta".

Ora, este pronunciamento está a dizer que o desconto é possível quando, concomitante à redução, for assegurada uma suplementação tarifária que compense a perda de receita sofrida pelo prestador do serviço. Ocorre que, na legislação de Volta Redonda não se faz menção a esse acréscimo tarifário, na tarifa normal, que recomporia o equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, para este Ministro, a admissibilidade da redução da tarifa depende da contrapartida assegurada. E no caso concreto nada indica que essa contrapartida existe.

Aliás, esta fora, em certa medida, a posição assumida pelo relator, Ministro Cordeiro Guerra ao dizer:

"Possível será, de futuro, estabelecer-se uma tarifa especial para os estudantes, na oportunidade legal da revisão de tarifas, pois, então, o ônus correspondente poderá ser calculado e distribuído pelos demais passageiros gerando novos níveis tarifários, que permitirão às empresas preencher as suas finalidades sociais, na forma prevista na Constituição".

Por sua vez, o Ministro Rafael Mayer afirma:

"Assim, se a concessão feita pelo Estado alterou a justa remuneração do capital das empresas concessionárias, ou afetou o equilíbrio do contrato, ou se é um fator absorvido naquelas cláusulas, é verdade de fato, que não se sabe, nem está nos autos por qualquer dado, e data vênua, não se colocaria no plano do debate sobre a inconstitucionalidade da lei em tese".

Este Ministro já apresenta outra linha de raciocínio, basicamente orientada por duas idéias força. A primeira é a de que os limites do processo de Representação não permitem a produção de provas quanto à possível violação do artigo 167 da Constituição Federal. Existissem essas provas ou chegassem aos autos quaisquer dados (como por exemplo a concreta fixação da tarifa pelo CIP sem distinção de dimensões) então talvez o julgamento fosse outro. Este voto, portanto não contradiz a tese defendida neste parecer, simplesmente ressalta que ela deve ser acompanhada de provas ou de algum dado (que, no caso concreto, existe).

Por fim, o Ministro Cunha Peixoto, mesmo não votando pela inconstitucionalidade do Decreto na parte referente ao serviço intermunicipal, reconhece que a medida pode estar viciada de ilegalidade.

Como se vê, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal não vem infirmar os argumentos aqui expostos, pelo contrário, reforça-os na medida em que reafirma a necessidade de contrapartida ao prestador, sob pena de inconstitucionalidade da redução tarifária. Por isso, entendemos que a matéria carece de outras manifestações do Supremo Tribunal Federal que possam indicar qual a corrente jurisprudencial que poderá vir a prevalecer.

CONCLUSÃO

Examinadas as características do caso concreto, a legislação aplicável e as colocações doutrinárias pertinentes somos do parecer que a pretendida redução tarifária ou obrigatoriedade da concessão de desconto a favor de estudantes e escoteiros que se utilizem do serviço de transporte público de passageiros no Município de Volta Redonda fere o equilíbrio econômico e financeiro da concessão, além de violar o princípio da isonomia, pelo que padece de inconstitucionalidade, contra a qual as consulentes podem se insurgir por intermédio dos instrumentos jurídicos assecuratórios da proteção a direitos líquidos e certos.

É o parecer, s.m.j.

TRABALHOS FORENSES

PENSÃO PARA VIÚVA DE POLICIAL-MILITAR CONTESTAÇÃO

SILVIA OPITZ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA
VARA DA FAZENDA ESTADUAL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua procuradora infra-assinada, nos autos da ação ordinária que lhe movem SUELI AGUIAR MATTOS e ANA MARIA DIACUI MATTOS, vem, respeitosamente, contestando a presente ação, dizer e requerer o seguinte:

PRELIMINARMENTE

O Estado, em preliminar, argúi a PRESCRIÇÃO da ação para o reconhecimento do direito à pensão, bem como do direito à promoção 'post-mortem'.

O marido e pai das Autoras, ex-PM, foi reformado em 16 de junho de 1951. A promoção para cabo, com base no art. 109 do Decreto-lei nº 848/45, encontra-se prescrita, pois, nos termos do art. 53 do Decreto-lei nº 830/45, deveria, se fosse o caso, ter sido efetivada na mesma ocasião em que o ex-PM foi reformado por incapacidade física. Quanto à promoção com base na Lei Praieira — Lei nº 2.558, de 20 de dezembro de 1954, também está prescrita, uma vez que o extinto PM deveria ter reclamado seu direito em juízo dentro do quinquênio seguinte ao advento dessa lei.

Conseqüência do acima exposto, prescrito está o direito às pensões, pois decorre do direito à anulação do ato: prescrita a ação em relação a este, não prescrevem apenas as prestações, porque prescrita está a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações.

Quanto à pensão com base no art. 105 da Lei nº 1.753/52, sob o argumento de que a causa da morte foi conseqüência do serviço policial, tendo o óbito ocorrido em 1957, também já ocorreu a prescrição, pois não foi reconhecido esse direito:

“Não se pode falar em prestação periódica de um direito que ainda não foi esclarecido, solicitado, postulado e reclamado. Nesse caso, todo e qualquer direito, pretensão e ação contra a pessoa jurídica de direito público prescrevem em 5 anos.” (Emb. Infr. 19.955 — 1º Grupo de Câmaras Cíveis — P.A., in RJTJRS, vol. 45/121 a 124).

NO MÉRITO

O PEDIDO: Pretendem as Autoras, viúva e filha maior do ex-PM CIRINO MATTOS, falecido em 1957, promoção 'post-mortem' à graduação de cabo e após a de 3º Sargento PM, e a pensão correspondente aos vencimentos integrais de 3º Sargento PM, com base no Decreto-lei nº 848/45, Lei nº 1.753/52, Lei nº 2.558/54 e Estatutos da BM de 1971 e 1978, sob a alegação de que o ex-PM contraiu tuberculose pulmonar em consequência do serviço policial-militar, moléstia que foi causa de sua reforma, em 16 de junho de 1951 e de sua morte, em 29 de agosto de 1957, com a idade de 31 anos. Relatam as condições insalubres em que o extinto PM teria desempenhado o serviço policial-militar, que seriam causa suficiente para adquirir a doença que o incapacitou e o matou. Requer a condenação, ainda, ao pagamento acrescido de juros e correção monetária, respeitada a prescrição quinquenal das prestações vencidas. É o pedido.

OS FATOS: Não merece acolhida a pretensão das Autoras, pois destituída de amparo legal, como se verá.

Alegam as Autoras, que a tuberculose pulmonar foi adquirida no exercício do serviço policial-militar, relatando as condições em que era executado, mas não juntaram a menor prova, apenas enfatizando que "o fato", que se quer demonstrar e provar, para os fins de direito, pé o de que a referida doença, causa da morte, foi adquirida em serviço pelas péssimas condições de insalubridade pertinentes às tarefas que executava o extinto cônjuge e pai das Autoras". (fls. 3). Sustenta a "sucessão de causa e efeito entre o exercício de tal atividade e sua morte" (fls. 4), após descrever essas condições, sem, repita-se, prová-las, conclui que o trabalho sob chuva, tendo como resguardo "tão-somente duas mudas de 'macacões' e um par de botinas de couro" (fls. 4) causou a tuberculose pulmonar do ex-PM. As Autoras juntam um Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em que a tuberculose pulmonar foi considerada como moléstia decorrente do serviço da BM, pretendendo se trate de caso análogo ao da presente ação.

Pelo exame dos documentos anexos aos autos, ressaltam dois elementos: a cor preta (fls. 13) e a idade do extinto PM, quando da reforma — 25 anos (fls. 11 e 15) e da morte — 31 anos (fls. 13). Mas, perguntar-se-á, o que tem isso a ver com o caso 'sub judice'? Tem muito, como se demonstrará, através do estudo da tuberculose pulmonar, matéria estranha ao Direito.

Definição:

"A tuberculose é uma infecção bacteriana necrotizante, com manifestações clínicas as mais variadas, e ampla distribuição. O pulmão é o órgão mais comumente afetado (...). Existem dois estágios nos quais a infecção pode causar doença clínica: 1) tuberculose primária, na qual o bacilo tuberculoso invade um hospedeiro sem imunidade específica, nessa fase, a doença mais comumente tem cicatrização espontânea (...); 2) tuberculose pós-primária, ou adul-

ta (freqüentemente chamada, do modo errôneo, "tuberculose de reinfeção"), que é o resultado da progressão da infecção anos depois, apesar da imunidade específica." ("TUBERCULOSE", WILLIAM W. STEAD, in HARRISON MEDICINA INTERNA, 7ª Ed., 1977, pág. 790).

Histórico:

"Durante muitos anos a forma crônica (então freqüentemente chamada 'phthisis' ou doença consuntiva)" — continua WILLIAM STEAD —, "foi considerada como uma doença degenerativa ou hereditária, bem separada da forma de tuberculose primária que ocorria na infância e que, obviamente, era infecciosa; LAENNEC (1882) foi o primeiro a reconhecer a forma crônica como um mero desenvolvimento tardio da mesma infecção. Em 1882, KOCH identificou o germe causal. A taxa da mortalidade da tuberculose começou então a cair por volta de 1900, coincidindo com a melhora dos padrões nutricionais e gerais de vida. Entretanto, para o paciente com tuberculose ativa, o acontecimento mais importante ocorreu em 1944, com a descoberta da estreptomicina. Com a introdução do ácido paraminosalicílico (PAS) em 1947, a isoniazida em 1952, o etambutol (EMB) em 1967 e a rifampicina (RFN) em 1971, o tratamento específico tornou-se excelente e fácil de administrar." (Loc. cit.)

Imunidade:

"Resistência Natural. As raças caucasianas e mongólicas possuem nítida resistência natural à tuberculose, que se traduz na capacidade de desenvolver uma resposta imunológica à infecção, permitindo a recuperação frente a uma infecção primária. Neles, a infecção primária geralmente desaparece de modo espontâneo; se há reativação tardia, pode produzir-se a doença crônica, caracterizada por cavitação e cicatrização."

"Os africanos, os índios americanos e os esquimós não apresentavam a infecção até o início de seu maior contato com membros da raça branca, nos quais a tuberculose crônica era comum. Como têm uma capacidade menor de desenvolver resposta imunológica eficaz contra a infecção primária, neles a infecção tende a progredir mais rapidamente." (Idem, pág. 791).

Transmissão:

"A maioria das tuberculosas de contágio entre os adultos se desenvolve devido a uma recrudescência tardia de uma infecção latente, sem história de exposição recente (...)."

"Num hospedeiro susceptível, a infecção pode advir da inalação de bacilos tuberculosos através de gotículas frescas exaladas de uma pessoa com tuberculose cavitária (...)"

"Duas cepas de *M. tuberculosis* afetam o homem: a humana e a bovina. (...) Os bacilos das aves são muito pouco invasivos para o homem."

"Os bacilos tuberculosos no leite são rapidamente mortos pela fervura ou pela pasteurização. Nos países em que a tuberculose bovina ainda é prevalente, a pasteurização é de particular importância, uma vez que o leite de uma vaca tuberculosa freqüentemente contém milhões de bacilos por mm³ quando o úbero está afetado." (Idem, pág. 790).

Com respeito à tuberculose primária, W. STEAD salienta que não produz uma doença clínica específica, se não complicada. Quanto aos sintomas (febre leve, mal-estar), desaparecem sem um tratamento específico, devido ao aparecimento de uma imunidade específica adequada, a infecção, entretanto, progride, tanto no pulmão quanto por disseminação pela corrente sanguínea. A disseminação ematológica maciça é mais comum entre as crianças pequenas, até aproximadamente três anos.

"Nas crianças mais velhas "diz ele", é raro a infecção primária evoluir para uma forma fatal e amiúde ela passa completamente despercebida. O principal perigo surge mais tarde na adolescência ou no começo da fase adulta quando a infecção pode iniciar sua progressão tardia." (Idem, pág. 792).

Pelo que foi dito acima e os elementos em confronto, é perfeitamente aceitável que o extinto PM já fosse portador da tuberculose que ocasionou a sua reforma e sua morte. Esteve ele a serviço da BM entre abril de 1945 e junho de 1951, dos 19 aos 25 anos de idade, tendo servido durante seis anos. As alegadas condições em que o serviço era executado não valem, por si sós, para provar que a tuberculose foi adquirida em consequência do serviço policial-militar. Sendo a tuberculose uma doença contagiosa, o ex-PM poderia tê-la contraído de alguma pessoa da família ou mesmo do leite, em razão da época. "Em geral, "salienta W. STEAD", a fonte de infecção é um adulto com tuberculose cavitária". (Op. cit., pág. 792).

O acórdão trazido pelas AA, não serve de paradigma à espécie, pois lá as provas indicavam que o ex-PM era servidor do Hospital da Brigada Militar, em serviço no gabinete de radiologia (fls. 18). Lê-se no voto do Desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

"O essencial é saber se ele contraiu a moléstia durante o tempo em que estava a serviço do Estado e tendo como causa, ou concausa, a natureza do serviço prestado." (fls. 25). Depois salienta: "Fica em contato com tuberculosos, pois trabalha em serviço destinado à verificação dessa moléstia. Sai três anos depois doente de tuberculose (...). Creio que, pelo menos como concausa da moléstia, não se poderá excluir a atividade profissional exercida pelo "de cujus" (...) porque, em última análise, estamos diante de uma legislação com características de infortunistica". (fls. 26).

Na presente ação, pela leitura dos assentamentos do ex-PM CIRINO MATTOS, vê-se que ele serviu como condutor de carroções entre 03 de maio e 10 de julho de 1948, pouco mais de dois meses. Consta, ainda, dos assentamentos, que ele possuía um manto de lã (extraviou um em janeiro de 1947, sem motivo justificado); portanto, não possuía apenas dois macacões, como alegaram as AA, na inicial. Além disso, naquela época já existia o impermeável e o guarda-chuva; todas as pessoas que trabalham, e isso até hoje, estão sujeitas a tomar chuva, estejam ou não preparadas para ela.

Não se pode, pois, considerar como causa da tuberculose pulmonar do ex-PM, o serviço de conduzir os carroções, mesmo que se admita tenha chovido todo o tempo.

Quando os tribunais, inclusive o nosso, pelo aresto trazido aos autos, invocam a lei infortunistica, não quer isso dizer que estejam considerando qualquer doença adquirida no trabalho, como doença do trabalho. Aliás, todas as pessoas adoecem no trabalho, isto é, ninguém espera estar desempregado para adoecer, mas não significa doença do trabalho, senão quando, pelas condições especiais em que é executado, pode-se invocar a infortunistica e considerá-la como doença do trabalho (art. 2º, § 3º da Lei nº 6.367/76), desde que exista prova suficiente da relação de causa e efeito entre a doença e as condições do ambiente de trabalho.

Por isso, "não se deve esquecer o fator tempo, na caracterização das doenças do trabalho, previstas no parágrafo 3º do art. 2º da Lei nº 6.367/76, pois não é crível que, em poucos dias de trabalho, num ambiente hostil, se possa manifestar uma doença grave que se possa incluir entre as do trabalho, pelas condições especiais ou excepcionais em que se realiza a atividade do operário. Mesmo nos casos em que o trabalho se desenvolve ao ar livre, como das pedreiras, o decurso de tempo deve ser muito longo, para produzir uma silicose, que predisponha uma tuberculose. (ACIDENTES DO TRABALHO, OSWALDO e SILVIA OPITZ Ed. Saraiva, 1977, pág. 53).

E mais:

"Essa — a tuberculose — é a doença que evolui por surtos, isto é, por períodos de acalmia e de exacerbação, que podem ou não coincidir com o exercício do trabalho. Os períodos de acalmia inicialmente são mais longos, via de regra, do que os de exacerbação, situação que se vai invertendo com o progredir da doença, daí a importância das condições individuais do operário, antes de se apresentar como portador de uma doença do trabalho, quando o tempo de contrato for pequeno." (Loc. cit.)

Não vale o argumento de que o ex-PM era submetido a exame, pois, "tanto os dados clínicos, quanto os radiológicos e laboratoriais refletem estes períodos de alternância com resultados, mesmo na evolução espontânea, que podem até simular cura. Na evolução sob terapêutica tal simulação se encontra mais freqüentemente e o abandono precoce da medicação acaba se traduzindo por novo agravamento em tempo variável. Os dados radioló-

gicos não passam de constatação de sombra e transparência com características que são conhecidas e interpretadas. Porém, uma sombra ou uma claridade, verificada num filme radiológico, não expressa, em absoluto, se subsiste ou não o elemento infectante causal — em tuberculose, o bacilo de Koch. E muito menos se está morto ou definitivamente encasurado pelos processos normais de cura. A permanência nas mesmas condições de qualidade e quantidade de uma lesão, durante tempo suficientemente longo, permite estabelecer critério de cura. O contrário também é verdadeiro: uma lesão que cresce radiologicamente é uma lesão em atividade (exacerbação); uma lesão que diminui radiologicamente é uma lesão que ainda tem atividade, mas está em fase de regressão.”

“Em tese, o diagnóstico de tuberculose deve ter sempre a ‘assinatura do laboratório’, isto é, ser positiva à baciloscopia no exame de escarro. Esta afirmativa básica tem suas exceções ou interpretações que bem podem ser resumidas da seguinte forma: nem todo o doente de tuberculose elimina bacilos, nem todo bacilo de Koch eliminado no escarro é proveniente de doença tuberculosa. Com efeito, um indivíduo portador da lesão inicial — ainda não aberta — ou de lesão em cura, mas ainda não curada — pode abrigar bacilos em suas lesões, porém não eliminá-los em condições tais que possam ser evidenciados à baciloscopia direta. Embora haja, em tais eventualidades, doença tuberculosa e ativa, a baciloscopia pode ser, em determinado momento, negativa.” (Op. cit., págs. 53/54).

“Toda dificuldade, pois, reside em distinguir as fases inicial e de cura, bem como os períodos de acalmia e exacerbação. Não é fácil, como se vê, desde logo atribuir às condições especiais em que o trabalho se exerce, como a causadora dessa doença do trabalho.” (Op. cit. pág. 55).

Não foram, portanto, as condições de trabalho as causadoras da tuberculose de CIRINO MATTOS, senão suas próprias condições antropológicas e, provavelmente, seu descuido no tratamento da doença.

O DIREITO

Não tendo sido a tuberculose pulmonar adquirida em razão do serviço, não sendo, por isso, possível considerá-la como **moléstia decorrente**, não se aplica à espécie a norma contida nos artigos 109 do Decreto-lei nº 848/45 e 105 da Lei nº 1.753/52, bem como de qualquer lei posterior, porque a relação de causa e efeito com o serviço policial é “**conditio sine qua non**” para a percepção da pensão pleiteada.

Não cabe condenação em correção monetária, por não haver lei que a autorize.

Espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL seja acolhida a preliminar suscitada; se não, no mérito, julgada improcedente a presente ação. Requer a juntada desta aos autos, bem como dos documentos anexos.

PEDE DEFERIMENTO.

PORTO ALEGRE, 1º de abril de 1980.

FAZENDA SARANDI

MEMORIAL

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

RÉUS — SUCESSÃO DE LIU YEN SUN E OUTROS.

I — A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 5.865/69

Após longo e exaustivo histórico, os apelantes arguem a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.865/69 que dá suporte e fundamento às alienações de terras públicas estaduais para fins agrícolas.

“Conclui-se ser flagrantemente inconstitucional, e ilegal o projeto de Reforma Agrária do Estado do Rio Grande do Sul, da Cemapa — na Fazenda Sarandi, com base na Lei nº 5.865/69, por isso também inconstitucional, sem a participação da União, mediante convênios com o INCRA (...).”

Sendo a lei inconstitucional, “o seria também o ato normativo do governo do Estado executado pela CEMAPA, não podendo, por tal motivo, prosperar a ação de reintegração de posse, por ser ‘ilícita e injurídica’ ”.

PRINCÍPIO FEDERATIVO

Do princípio federativo de governo consagrado no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 1/69, que constitui verdadeiro alicerce da Constituição Federal, decorre a autonomia dos Estados-membros, os quais se organizam e regem pelas constituições estaduais e leis que adotarem, sendo-lhes conferidos todos os poderes que explícita ou implicitamente não lhes sejam vedados pela Constituição Federal (art. 13, caput e seu parágrafo 1º).

A técnica constitucional de repartição de competências estabelece em campos privados e estancos, a competência legislativa das pessoas constitucionais.

Paralelamente, podem os Estados-membros legislar supletivamente em relação às atribuições constantes do parágrafo único do artigo 8º da Constituição Federal.

Mas, no caso, é de competência residual que se trata: Inexiste qualquer vedação no texto constitucional a que os Estados regulem atos que importem em gestão de seu patri-

mônio, alienando-o, gravando-o, dele dispondo a qualquer título, sendo esta matéria tipicamente de Direito Administrativo.

Como já foi sublinhado os Estados-membros são autônomos (autonomia, cuja observância é obrigatória para a União) e se organizam e regem pelas Constituições e leis que adotarem (art. 13, *caput*, C.F.). Dentro desta ordem de raciocínio, compulsando a Constituição Estadual de 1970, em pleno vigor, encontramos o art. 165, § 3º que prevê:

"O Estado facilitará a fixação do homem à terra, estabelecendo planos de colonização ou de instalação de granjas cooperativas, com o aproveitamento de terras públicas ou mediante desapropriação de terras particulares, na forma da legislação federal."

Portanto, é legítima e legal a competência do Estado-membro em administrar e destinar bens públicos pertencentes a seus territórios, na forma prevista e regulamentada por leis estaduais.

A leitura correta e não tendenciosa da Lei Maior conduz necessariamente a este entendimento, pois, de nenhum de seus dispositivos se há de inferir que o Estado não possa alienar terras de seu patrimônio na forma que estatuir. No permissivo constitucional (art. 13, parágrafo 1º, C.F.) que assegura-lhe a competência residual está, fundamentalmente, assente a constitucionalidade do diploma estadual em questão: em matéria de Direito Administrativo o Estado tem ampla competência para legislar.

Impedir o Estado-membro da prática de atos pertinentes à administração relativamente a tudo o que diga respeito a seu peculiar interesse, editando normas neste sentido, legítimas porque situadas dentro de seu âmbito de validade, sob a alegação de que são conflitantes com legislação federal, constitui tentativa de violação do princípio federativo e, via de consequência, da igualdade jurídica em que se encontram as pessoas políticas face ao texto constitucional.

CONSEQÜÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ISONOMIA

Ao analisar o princípio de isonomia das pessoas constitucionais, conclui o Professor SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária, Ed. Universidade Católica de São Paulo, pág. 14 e seguintes) pela inexistência de hierarquia entre leis ordinárias da União, Estados-membros e Municípios:

"A relação de hierarquia implica em que uma norma retire sua validade da conformação com outra norma. Diz-se, então, que a primeira é uma norma subordinada ou de grau inferior, e a segunda subordinante ou de grau superior."

Esta, pois, a relação de hierarquia, consistente em vínculo de supra e subordinação, em que normas jurídicas determinam a criação de outras normas jurídicas.

Segundo SOUTO MAIOR, este pressuposto inexistente no sistema federativo brasileiro. Não há desnivelamento entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais, "o que representa um corolário, desdobramento ou inferência do princípio de isonomia das pessoas constitucionais". "À conclusão decorre do modo de atuação do mecanismo de repartição de competências legislativas". As competências se exercem em campos privados e suas áreas respectivas não podem ser interpenetradas pelas pessoas constitucionais.

Considerando que os poderes legislativos, federal, estadual e municipal retiram suas competências diretamente da Constituição Federal: será inconstitucional a lei que discipline matéria extravasante da área que lhe é própria.

Dentro desta ordem de raciocínio, é válida a Lei do Estado do Rio Grande do Sul; contrastada com a Constituição, verifica-se que não ultrapassa seu âmbito material de validade ali fixado, estando em harmonia com a Lei Maior.

Daí ser pueril a tese dos apelantes de que a Lei nº 5.685/69, porque desconforme com a legislação federal vigente, seria inconstitucional.

Em síntese, a regra é a seguinte: descabe qualquer tentativa de comparação entre lei estadual e federal com o objetivo de assentar a invalidade da primeira.

Segundo os recorrentes, a regência da situação jurídica em foco, caberia às Leis Federais nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), e a Lei nº 4.947/66, que dispõe sobre normas de Direito Agrário, e seus Regulamentos.

Ambas estabeleceriam a obrigatoriedade de "convênios com o INCRA para a realização de reforma agrária e colonização em zonas prioritárias, sendo aquele o órgão competente para promover e coordenar a execução dessa reforma", em um e em outro caso.

As objeções não têm cabimento na hipótese.

Em primeiro lugar, porque a simples leitura do art. 2º da Lei nº 4.947/66 conduz obrigatoriamente à conclusão de que aqui se procura regular um projeto amplo de implantação de reforma agrária em todo o país. O Estado do Rio Grande do Sul, ao invés, não planeja a implantação de uma reforma agrária a nível estadual, pretende, simplesmente, destinar terras de seu patrimônio a número significativo de trabalhadores rurais sem condições de promover a própria subsistência, e de sua família, tal como prevê, o art. 1º da Lei nº 5.865/69.

Em segundo lugar, porque os dispositivos do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504) que tratam de Acordos e Convênios (arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto da Terra) são todos redigidos sob a forma de facultativos, não se constituindo em "jus cogens" aos Estados, na medida em que estão assim enunciados:

"Artigo 6º — A União, Estados, Distrito Federal e os Municípios poderão unir seus esforços e recursos mediante acordo (...)."

"Artigo 7º — Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões de suas autoridades (...)."

Os acordos com o INCRA dar-se-ão, portanto, tão-somente quando o Estado entender necessários, segundo a faculdade prevista em lei. Não têm aqueles caráter cogente, o que emerge da simples leitura dos dispositivos em foco.

E, finalmente, porque conforme já foi sublinhado, as pessoas constitucionais têm toda a sua competência fixada na própria Constituição que lhes reserva campos privativos de legislação, insuscetíveis de penetração por atividades governamentais alheias.

Dentro desta ordem de raciocínio vimos que a norma estadual (5.865/69) está situada dentro da reserva de competência constitucionalmente fixada, integrada com princípio emergente do art. 13, caput, parágrafo 1º, em relação ao qual não se contrapõe.

A lei estadual inquinada não extravasou o seu âmbito material de validade, não invadiu esferas de atribuições da União; ela extrai sua validade da sua própria circunscrição ao campo legislativo que lhe é constitucionalmente reservado.

Da lei do Estado do Rio Grande do Sul, competente para dispor sobre alienação de terras, decorre a competência dos órgãos da administração para fracioná-las, aliená-las a agricultores sem terra na forma prescrita em lei.

EM CONCLUSÃO: Inexistindo hierarquia entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais, conseqüência do princípio de isonomia que emerge da forma federativa de governo e da técnica constitucional de repartição de competências, não se pode falar em inconstitucionalidade de lei editada pelo Estado-membro dentro, e rigorosamente, de sua área específica de competência.

II — DESAPROPRIAÇÃO: SEUS EFEITOS

O GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em novembro de 1962 expediu Decreto expropriatório declarando de interesse social a FAZENDA SARANDI. A desapropriação resolveu-se, no que concerne à indenização devida aos expropriados, em convenção amigável, representada por escritura pública lavrada em 30 de setembro de 1964.

O recorrido, em razão da cláusula 13ª da aludida convenção, imitiu-se na posse da área:

"As despesas judiciais resultantes dessa desapropriação e os desta escritura de convenção amigável de desapropriação, correrão por conta das desapropriadas, as quais confirmam o Estado na posse das frações descritas neste instrumento."

À época, os expropriados arrendavam, na Fazenda Sarandi, grande parte da área de campo e de mata. Não obstante, por força do ato expropriatório romperam-se os contratos de arrendamento: eis que a desapropriação tem o condão de extinguir o domínio, todos os seus desmembramentos, e ainda os direitos pessoais resultantes do respectivo exercício.

Alguns arrendatários, porém, permaneceram na posse da terra após 1964, já agora na condição de permissórios de uso de bem público. Entre estes, encontrava-se o chinês LIU YEN SUN, proprietário da Granja Brilhante, a quem os ora recorrentes sucederam na posse de 1.670 ha do imóvel.

RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO — PERMISSÃO DE USO

Em virtude do ato expropriatório, como foi sublinhado, ocorreu mutação na natureza da posse em questão, que passou a justificar-se em razão do vínculo ao poder público através de relação de Direito Administrativo.

A nova situação jurídica criada com a permanência do ocupante na área desapropriada se insere no âmbito das autorizações ou permissões sobre o domínio público, as quais constituem delegação de poder: uma delegação de uso de bem do domínio patrimonial, por essa mesma delegação convertido em uso privativo em favor do particular.

A permissão é ato unilateral, discricionário, que importa, por sua própria natureza, restrição à exclusão da regra geral da utilização do bem público pelo particular permissório. Outro traço típico dessa figura de direito público é a revogabilidade. E, também, a precariedade.

HELLY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 4ª Edição, pág. 478) menciona precisamente estes requisitos:

"Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração quando o interesse público o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público."

Também JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (Dos Bens no Direito Administrativo, Ed. Forense, pág. 78) surpreende a existência de idênticos caracteres encontráveis na permissão, ao defini-la como sendo uma tolerância administrativa, necessariamente revogável, tão logo o exija o interesse público.

Da permissão de uso cogitou outro administrativista, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (Curso de Direito Administrativo, pág. 261, Ed. Forense, 1974).

Colocando-a entre os atos administrativos negociais, entende que o interesse público, que deve existir sempre nessa utilização, é que justifica o ato. Assim, pode a qualquer momento a administração:

"(...) como ato administrativo discricionário, considerar diferentemente a oportunidade e conveniência da aquiescência dada e revogá-la; não será mais que um novo reconhecimento da redução ou do desaparecimento do interesse público na manutenção da permissão, já que o mero ou exclusivo interesse privado não bastam para mantê-la".

III – REVOGAÇÃO

A revogabilidade é o traço fundamental das autorizações e permissões de uso.

O ato administrativo de revogação da permissão de uso outorgada significa a retirada do ato anterior por razões de conveniência e oportunidade.

Segundo CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, em sua obra "Elementos de Direito Administrativo", a revogação "tem lugar quando uma autoridade, no exercício de sua competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-lo a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas". (Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 76).

Na hipótese, ora tema central deste memorial, o ato revocatório (que repousa na competência discricionária que tem a autoridade administrativa em apagar situação ou relação jurídica anteriormente regida) extinguiu a relação jurídica que o vinculava a LIU YEN SUN através de missiva enviada pela CEMAPA (órgão administrativo promovente do parcelamento das terras) em abril de 1973.

O agente administrativo agiu discricionariamente, no exercício de sua competência, e considerando-se que o ato anteriormente expedido era ato administrativo discricionário e não vinculado, tinha ele efetivamente poder jurídico para redecidir a mesma questão.

MOTIVO DA REVOGAÇÃO

Fundada em razões de conveniência e oportunidade do ato, e importando em uma reapreciação sobre determinada situação jurídica que se conclui inadequada ao interesse público, a revogação resulta de "um juízo feito hoje sobre o que foi produzido ontem, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos". CELSO A. BANDEIRA DE MELLO (pág. 81, obra citada) observa, ainda, que "se o agente ao editar o ato inicial fez uma opção exercendo competência discricio-

nária, produziu aquele que era, à época, o interesse que a lei acobertava como sendo o interesse público". Poderá, portanto, no exercício da mesma competência desconstituí-lo, face ao surgimento de circunstâncias novas que o levam a decidir-se a favor de interesse público preponderante.

No caso, havia clara motivação: dar efetivamente à terra finalidade mais adequada ao interesse público, representado na necessidade urgente e coletiva de reassentar colonos e trabalhadores rurais em imóvel desapropriado para tal finalidade.

IV – A NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA

A partir dos conceitos ora expostos, caracterizada a natureza jurídica da posse, explicada através da autorização ou permissão de uso; analisada a legalidade do ato revocatório, efetivado por autoridade detentora de poder jurídico para proceder a revogação segundo critérios de conveniência e oportunidade, é fácil concluir que a notificação administrativa era o instrumento hábil para desconstituir o ato anterior.

Ao ocorrer o desaparecimento do interesse público na manutenção da permissão, com o surgimento de agricultores sem terra na região, egressos, à época, das áreas inundadas de Ronda Alta, coube ao agente administrativo comunicar aos possuidores a intenção de "implantar o nucleamento restante da gleba de campo do referido núcleo onde Vossas Senhorias ocupam uma parcela".

Claros e expressos os demais termos da missiva firmada pelo então superintendente da CEMAPA, datada de 18 de abril de 1973, e que ratifica comunicação verbal feita em 10 de abril do mesmo ano, em reunião realizada no NÚCLEO ESTADUAL FAZENDA SARANDI:

"A contar do dia 10 do corrente não deverão realizar trabalho de lavoura de qualquer natureza ou outros serviços que prejudicassem o remanejamento das ocupações sob pena de os perderem totalmente."

Daí ser sem sentido e irrelevante a arguição dos apelantes quanto a ineficácia da notificação judicial procedida posteriormente por cautela e demasia.

V – O ESBULHO E A PROPOSITURA DA AÇÃO

É certo que a propositura da ação ocorreu logo após a consumação do esbulho possessório decorrente da não-desocupação da gleba após a revogação proclamada na carta administrativa de 18 de abril de 1973.

A revogação, ao atingir efeitos de um ato eficaz, encerra seu prosseguimento. "Faz com que termine o ciclo de conseqüências jurídicas próprias da relação criada pelo ato. Finaliza a seqüência de efeitos por ele produzida. Põe um paradeiro neles ao encerrar aquela relação jurídica".

São palavras de CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, na obra citada, pág. 82, esclarecendo o alcance dos efeitos do ato revogador, supressivo e eliminador do provimento anterior.

A partir da comunicação a LIU YEN SUN no ano de 1973, romperam-se os vínculos permissionários de sua posse: Cabia-lhe, tão-somente, proceder a desocupação, preservados os direitos às colheitas pendentes que não lhe foram negados.

As cartas de anuência dirigidas a estabelecimentos bancários destinavam-se, exclusivamente, a assegurar aos apelantes obtenção de créditos e financiamentos, não a limitar ou fixar prazo às ocupações.

Após a revogação, em razão da recusa de LIU em abandonar a posse, consumou-se o esbulho. É que a má-fé se instala a partir do momento em que o possuidor não ignora que possui indevidamente, face à presunção nascida das circunstâncias (art. 491, Código Civil).

Já em outubro de 1972, os DALMOLIN adquiriram metade da "Granja Brilhante", consoante documento registrado em 31 de julho de 1973 no Cartório de Registros Especiais de Passo Fundo, e posteriormente à morte do chinês, a outra metade através de cessão de direitos hereditários.

A posse, naturalmente, transmite-se a herdeiros e sucessores com os mesmos vícios que a maculam "sem alteração ou solução de continuidade". (art. 495, Código Civil).

Daí porque correta a propositura da ação no ano de 1973 exclusivamente contra a sucessão de LIU. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ignorava os negócios jurídicos protagonizados pelos DALMOLIN e não anuiu com sua realização. Igualmente, irrepreensível a integração à lide dos últimos, na qualidade de litisconsortes passivos.

A questão do litisconsórcio passivo, aliás, constitui matéria superada, decidida pelo saneador e acórdão da Câmara Cível Especial que negou provimento ao agravo de instrumento, como bem, aliás, acentuou a sentença recorrida.

VI – BENFEITORIAS. PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO

O despacho saneador proferido nos autos da possessória indeferiu a realização de prova pericial requerida pelos recorrentes com a finalidade de apurar o valor das benfeitorias existentes no imóvel ocupado:

"Indefiro o pedido de prova pericial, eis que nos termos das cláusulas 10ª e 11ª da convenção amigável de desapropriação (fl. 109) ficou vedada qualquer possibilidade de pedido indenizatório."

O agravo de instrumento interposto da decisão interlocutória foi desprovido, por entender a Câmara Cível Especial do Tribunal de Alçada que:

"(...) quanto às benfeitorias anteriores ao ato expropriatório, são indenizáveis (cláusula X e XI da 'convenção amigável', (fl. 140); bens móveis e portanto removíveis constituem as posteriores".

E, finalmente, decidiu a Colenda 5ª Turma do Supremo Tribunal Federal não conhecer do Recurso Extraordinário (nº 91.464) interposto do acórdão citado, que, assim, constitui decisão trãnsita em julgado.

Isto significa que se encontra superada a pretensão dos apelantes à indenização de benfeitorias quando da restituição do imóvel ao legítimo proprietário, por força da coisa julgada material.

PORTO ALEGRE, 30 de julho de 1980.

ACÓRDÃO

Arguição de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.865/69 e dos atos dela derivados. Não conheceram.

Desapropriação de terras pelo Estado, antes da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Inexiste qualquer vedação no texto constitucional a que os Estados regulem atos que importem em gestão de seu patrimônio, alienando-o, gravando-o, dele dispondo a qualquer título, sendo esta matéria tipicamente de Direito Administrativo.

DE MERITIS

Continuidade da posse, como **permissão de uso, remunerada, a título precário, inoocorrendo compra e venda, sequer arrendamento.**

Natureza da posse (precária). Eficácia jurídica da notificação administrativa, tendo o réu, com a resposta, se negado a devolver o imóvel, configurando-se **esbulho**, a partir da data da notificação e não do último prazo referido na carta de anuência, eis que esta não vincula o Estado à instituição financeira, criando-lhe obrigações.

Benfeitorias — antes da desapropriação, não indenizáveis, por convenção amigável. As posteriores, de boa-fé, removíveis, com autorização da Câmara.

Negaram provimento à primeira apelação.

Deram provimento à segunda, reformando, em parte, a sentença. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 22.997

ESPÓLIO DE LIU YEN SUN, representa-
do pelo inventariante WEIEN CHANG
LIU, ARGENTINO ANTONIO DAL MO-
LIN e ARY DIONÍSIO DAL MOLIN, li-
tiscosortes passivos,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
OS MESMOS,

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

SARANDI

1ºs Apelantes;
2º Apelante;
Apelados.

ACÓRDÃO

Acordam os Juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada, à unanimidade, não conhecer da arguição de inconstitucionalidade, negar provimento à primeira apelação, dar provimento à segunda e, em julgamento de duplo grau de jurisdição, reformar, em parte, a sentença.

Custas na forma da lei.

1. O Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação contra a sucessão de LIU YEN SUN visando à reintegração de posse de uma área de 1.710,40 hectares, situada dentro da chamada Fazenda Sarandi, no município de Ronda Alta. Alega o autor que, com a desapropriação da Fazenda Sarandi, ocorrida em 1964, os anteriores arrendatários, dentre os quais estava o falecido LIU YEN SUN, passaram a ocupar a terra a título de permissão remunerada de uso, sendo que Liu Yen Sun foi notificado para desocupar a terra em abril de 1973, através da via administrativa, e judicialmente, em março de 1974. Alega ainda a peça inicial que, com a morte de Liu (brasileiro naturalizado), seus herdeiros — todos estrangeiros — estariam impedidos de ocupar a área, por estar a mesma situada na faixa de fronteira e por não terem eles autorização do Conselho de Segurança Nacional, nos termos do art. 89, IV, "a", da Constituição Federal. Requereu a reintegração na posse e a condenação do réu em perdas e danos. Foram juntados à inicial os seguintes documentos: portaria de designação do defensor do Estado, certidão da notificação judicial, cópias de procurações, notificação administrativa com a resposta de Liu e mapa da área. Sem a audiência do réu, foi deferida a reintegração liminar, do que foi interposto agravo de instrumento pelo réu. O próprio Juiz revogou o despacho agravado cassando a liminar por entender nula a notificação judicial. O autor expressamente concordou com a decisão e o réu ofereceu contestação, arguindo as seguintes preliminares: ilegitimidade passiva da viúva de Liu, Wey En Chang Liu, que foi citada; nulidade da notificação judicial, efetivada, após a morte de Liu, na pessoa dos advogados que não tinham poderes; ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo e falta de condições à ação, tudo em razão da nulidade da notificação judicial; ilegitimidade passiva de parte, eis que Liu e seus sucessores cederam a posse da terra a ARI DIONÍSIO DAL MOLIN e a ARGENTINO ANTONIO DAL MOLIN. No tocante ao mérito, o contestante relata a presença do faleci-

do Liu na área e alega que não houve desapropriação mas sim compra e venda; que o Estado forneceu carta de anuência em 08 de março de 1971, com o prazo de cinco anos, para que Liu obtivesse financiamentos no Banco do Brasil; que existe vigência do arrendamento efetuado com os antigos proprietários, sendo que o réu continuou a pagar arrendamento ao Estado; que há incompetência do Estado para realizar reforma agrária nos termos dos arts. 157, § 1º, da Constituição Federal de 1967, 161 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e 16 da Lei Federal nº 4504, de 30 de novembro de 1964; que existe direito de preferência do réu à terra ocupada, no caso de Reforma Agrária (art. 95, XIII, da Lei nº 4504, e art. 13, II, da Lei Estadual nº 5865) e que existe ainda direito às benfeitorias. O réu juntou farta documentação: instrumento de mandato da inventariante dos bens de Liu Yen Sun, atos de cessão a Ari e Argentino Dal Molin, contrato de arrendamento com os antigos proprietários, escritura de desapropriação amigável, recibos das quantias pagas ao Estado, cartas de anuência, mapa e certidões de outros processos. Foi determinada a intimação dos cessionários Ari e Argentino Dal Molin, que vieram aos autos alegando inaplicabilidade do art. 42, I, II do C.P.C., por não haverem adquirido coisa litigiosa, e erro "in eligendo" do autor na propositura da ação. Juntaram procuração e documentos relativos à cessão. A requerimento do autor, os cessionários foram citados e contestaram, alegando a impossibilidade de o autor trocar de réu no meio do processo. O M.P. manifestou-se requerendo o prosseguimento do feito e o depoimento das partes. O autor requereu o depoimento de Ari e de Argentino Dal Molin. A sucessão de Liu Yen Sun requereu a realização de perícias sobre as benfeitorias e sobre a distribuição de terras pelo Estado, bem como a produção de prova testemunhal. O saneador repeliu a preliminar de ilegitimidade da viúva de Liu, admitiu a intervenção de Ari e Argentino Dal Molin como litiscosortes necessários, indeferiu as perícias e designou a audiência. Foi interposto agravo de instrumento, recebido com efeito suspensivo. O processo permaneceu paralisado até que o autor voltou aos autos para requerer o julgamento antecipado da lide ou a reconsideração do despacho que cassou a liminar. Veio então cópia do acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento, do qual houve recurso extraordinário. O M.P. requereu a concessão de liminar nova de reintegração e os réus argüiram a existência de coisa julgada quanto à liminar. Em decisão de fls. 287 a 291 foi indeferida a reintegração liminar do Estado e designada audiência de instrução e julgamento. O autor juntou ainda publicações do D.O.U., nas quais se vê que o Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso extraordinário e rejeitou a arguição de relevância. Em audiência, frustrada a conciliação, foi colhido o depoimento do diretor da Cemapa e foram ouvidas as três testemunhas arroladas pelos réus, ocorrendo a desistência do depoimento pessoal de Ari e de Argentino Dal Molin. Oferecendo razões, o procurador do autor alegou o seguinte: legitimidade passiva da sucessão de Liu Yen Sun e dos Irmãos Dal Molin; existência de matéria decidida quanto à indenização pelas benfeitorias; existência de decisão também a respeito da incompatibilidade de Leis Estaduais com Leis Federais, o que foi feito pelo S.T.F. na apreciação da arguição de relevância; existência de permissão remunerada de uso de bem público, e não de arrendamento; vencimento do prazo das cartas de anuência em meio ao processo. Requereu fosse julgada procedente a ação. Por sua vez, o procurador dos réus argüiu: incompetência do Estado para reforma agrária; distribuição de terras, pelo Estado, sem sentido social, ocorrendo verdadeiras transações imobiliárias; direito de preferência dos réus na aqui-

sição das terras; arrendamento primitivo sem solução de continuidade e posse sem caráter de precariedade. Requereu o exercício do direito de preferência na fração que tocou a todos os antigos possuidores de terras e a improcedência da ação. O representante do M.P., por seu turno, também requereu a procedência da ação, sob o fundamento de que o Estado é proprietário das terras em face da desapropriação, que rompeu os vínculos existentes entre os ocupantes e os antigos proprietários; alegou ainda a validade da notificação administrativa, o vencimento do prazo das cartas de anuência e o fato de não interessarem à causa a questão da incompetência do Estado para a Reforma Agrária e o invocado direito de preferência.

Ao final, o MM. Juiz de Direito, Dr. Antônio Guilherme Tanger Jardim, proferiu bem fundamentada sentença, julgando procedente a ação, determinando a reintegração do Estado na posse do imóvel, condenando os réus a indenizar o autor pelas perdas e danos sofridos a partir do momento em que se tornaram possuidores de má-fé, ou seja, a partir de **08.03.76**, e ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor a ser apurado em liquidação de sentença (fls. 317 a 320).

Não se conformando, apelaram os réus tempestivamente, ratificando suas anteriores alegações, arguindo, em preliminar, declaração de inconstitucionalidade e pedindo, no mérito, a reforma da decisão de primeiro grau (fls. 324/356).

Recebida a apelação em seu duplo efeito, requereu o autor reconsideração do despacho que conferiu suspensividade ao recurso, bem como a expedição de mandado de reintegração de posse em prol do Estado, para que se procedesse à execução provisória da sentença (fls. 359/371).

Mantido o despacho (fls. 360), impetrou o Estado mandado de segurança (fls. 380/395), em que foi concedida a liminar para que a apelação fosse recebida apenas em seu efeito devolutivo (fls. 373/379).

Foi, então, recebida a apelação com efeito meramente devolutivo e expedido o mandado de reintegração de posse em favor do Estado (fls. 374/377). Este apelou adesivamente quanto à parte em que se caracterizou o esbulho a partir de **08.03.76** — termo final da carta de anuência — quando deveria ter sido fixada em **1B.04.73**, data em que foi revogada a permissão de uso, através de ofício (fls. 413/41B).

Manifestou-se a fls. 419/422 em resposta à Declaração de Inconstitucionalidade, dizendo não poder prosperar tal argumento por não ter embasamento legal, apresentando suas contra-razões na Apelação interposta pela sucessão de Liu Yen Sun e outros, a fls. 423/437, pedindo a manutenção da sentença, por seus jurídicos fundamentos.

Os réus ofereceram contra-razões à apelação interposta pelo Estado, dizendo não ter fundamento a fixação do termo inicial da posse de má-fé em **1B.04.73**, uma vez que a carta de anuência, irrevogável, lhes garantia a permanência no imóvel até **08.03.76** (fls. 451/453).

O Ministério Público, por seu representante na primeira instância, manifestou-se pelo improvimento da apelação dos réus, e pelo provimento ao recurso interposto pelo Estado, para que a r. sentença seja corrigida quanto ao termo inicial da posse de má-fé, assegurando-se o direito do autor às perdas e danos, bem como à restituição dos frutos colhidos no período em que se caracterizou o esbulho (fls. 470/474).

Preparo efetuado legalmente (fls. 491).

Nesta instância, o representante do Ministério Público emitiu parecer, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade, e reportando-se, no mérito, à manifestação de seu colega de primeiro grau, para pedir seja improvido o recurso dos réus e dado provimento ao recurso do Estado (fls. 503/505).

Produziu sustentação oral, de parte dos primeiros apelantes, o ilustre professor e advogado, Dr. Adjadil de Lemos; o Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio de suas procuradoras, Beis. Rejane Brasil Filippi e Silvia La Porta de Castro, apresentou judicioso e bem fundamentado memorial, tendo também feito sustentação oral a Bel. Rejane Brasil Filippi.

2 — Quanto à arguição de inconstitucionalidade.

Pretendem os primeiros apelantes que se declare inconstitucional a Lei nº 5.865 e os atos dela derivados, quais sejam os da presente ação.

Sustentam que “somente o Governo Federal poderia proceder à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, e fazê-la”. Com essa tese, procuraram impugnar a validade da Lei nº 5.865, de 02 de dezembro de 1969, promulgada na gestão do Governador WALTER PERACCHI BARCELLOS, reportando-se aos fatos (fls. 348/352), “à inconstitucionalidade da motivação do Estado”, destacando a Lei nº 4.504, de 30.11.1964 (Estatuto da Terra, art. 16, parágrafo único); as Constituições de 1967 e 1969 e o Decreto nº 554, de 25.04.1969, que dispõe “sobre desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária”, referindo-se às entidades encarregadas dessa reforma: IBRA, INDA e agora o INCRA.

Afirmaram que, “em 1973, embora em vigor o Estatuto da Terra, a Constituição de 1967, revigorada na matéria pela Emenda Constitucional nº 1 e o Decreto nº 554/69, o Estado do Rio Grande do Sul resolveu reativar a sua reforma agrária local, às custas das terras arrendadas pelos Requerentes e pela MACALI S/A., na ‘Fazenda Sarandí’”.

Repeliram a alegação do Estado do Rio Grande do Sul de que, como as terras objeto da lide já estavam desapropriadas, era um direito adquirido pelo Estado proceder à reforma agrária em ditas terras, o que foi admitido na r. sentença de primeiro grau, pois “na espécie, o ‘direito adquirido’ está condicionado, no seu exercício, à vontade maior das leis federais e da Constituição”.

Não está com a boa causa, evidentemente, o ilustre e culto patrono dos apelantes, Bel. MURILO C. ANNES, nem o digno professor e advogado Bel. AJADIL DE LEMOS, que honrou esta Câmara com uma brilhante sustentação oral.

Não se nega, não se pode negar que, hoje, a competência para tratar da chamada reforma agrária é da União. Está insito na Constituição Federal (arts. 161 e 171). Aliás, o nosso Colendo Tribunal de Justiça, em matéria de desapropriação por interesse social e por utilidade pública (conceitos que não raro coincidem nos casos concretos), já tratou da espinhosa matéria, desde o julgado da várzea do "Capané", no Estado, que mereceu exaustivo e bem fundamentado voto do eminente Desembargador LOURENÇO MÁRIO PRUNES, hoje aposentado, inserto em seu livro "Votos de um Juiz" (págs. 13 a 69), até recentes julgados (Mandado de Segurança nº 22.261 – Tribunal Pleno – Porto Alegre, Relator o eminente Des. ANTONIO V. AMARAL BRAGA, in "RJ-TJ-RS, 50/119; Apelação Cível nº 30.354 – Cruz Alta, 3ª Câmara Cível – Relator o eminente Des. NEY OA GAMA AHRENDTS, in RJ-TJ-RS, 73/565).

No caso, é de se rejeitar, de plano, a segunda parte da preliminar, no que se refere "aos atos derivados da Lei nº 5.865", quais sejam os da presente ação. É óbvio que, se declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 5.865, a reintegratória não teria sentido algum.

Em que pese a exposição feita pelo ilustre patrono dos primeiros apelantes, em razões escritas, é de se reconhecer que o Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio de sua Procuradoria, melhor equacionou o problema, não ocorrendo qualquer conflito entre a Lei número 5.865, que autoriza a alienação de terras patrimoniais do Estado para fins agrícolas, e a Constituição Federal.

A interpretação dos primeiros Apelantes de que somente à União compete proceder à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, não se coaduna com o caso concreto.

O problema da terra e do homem é muito mais sério, nos dias atuais, do que se pensa, pois já se fala até que não apenas no Brasil o homem passa fome; o mundo inteiro está sofrendo porque a terra não produz o suficiente para alimentar toda a população deste planeta. Isso não é apenas grave, é triste.

O insigne OSWALDO OPITZ, cita frase do grande mestre RUY CIRNE LIMA (in "Contratos no Direito Agrário", ed. Síntese): "O homem e não a terra deve ser a base de toda a reforma agrária". O imortal AUGUSTO SEVERO DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, em sessão da Câmara dos Deputados Federais, em 17 de julho de 1901, ao saudar feito do "Pai da Aviação", nos céus de Paris, embora firmando (o que era verdade) que não estava ainda resolvido, à época, o problema da Navegação Aérea, queria que o fosse, por DUMONT ou qualquer outro brasileiro; disse então: "E O BRASIL, AMPLIANDO A FRASE DE MONROE, 'A AMÉRICA PARA OS AMERICANOS', DIRÁ 'A TERRA PARA A HUMANIDADE'".

O problema da terra é um problema que envolve o bem estar social. "Quem tem terra defende-a com todas as forças, mata e se deixa matar por um palmo de gleba" (LOURENÇO MÁRIO PRUNES, ob. cit., pág. 49/69). Todo homem quer ter algo, especialmente os que lutam para sobreviver. Ainda recentemente o Papa João Paulo II, em catequese pelo Brasil, afirmava que "a terra pertence ao homem".

Os agricultores sem terra vieram do nada, e não se condene um Estado que autoriza a alienação de terras patrimoniais para fins agrícolas.

Ainda recentemente, o Pretório Excelso, no Recurso Extraordinário nº 90.872, de São Paulo (Primeira Turma), sendo Relator o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, decidiu que, "em desapropriação por utilidade pública de imóvel rural destinado à implantação de distrito industrial, não compromete sua legitimidade a circunstância de se deverem vender a particulares, que neles hajam de levantar estabelecimentos industriais, lotes extraídos de área expropriada".

No caso de Sarandi, trata-se de desapropriação, por interesse social, de 1.740 hectares, para futura alienação a famílias de colonos, vindos das terras inundadas de Ronda Alta, nos idos de 1962. Corretíssima a fundamentação do Estado do Rio Grande do Sul (Memorial) quando afirma que "do princípio federativo de governo consagrado no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 1/69, decorre a autonomia dos Estados-membros, os quais se organizam e regem-se pelas constituições estaduais e leis que adotarem, sendo-lhes conferidos todos os poderes que explícita ou implicitamente não lhes sejam vedados pela Constituição Federal" (art. 13, caput, e seu parágrafo 1º).

A lei estadual inquinada (Lei nº 5.865) não extrapolou o seu âmbito material de validade, não invadiu esferas de atribuições da União; ela extrai sua validade da sua própria circunscrição ao campo legislativo que lhe é constitucionalmente reservado. Da lei do Estado do Rio Grande do Sul, competente para dispor sobre alienação de terras, decorre a competência dos órgãos da administração para fracioná-las, aliená-las a agricultores sem terra, na forma prescrita em lei. É o Estado, em sua autonomia, protegendo o homem, alienando terras para fins agrícolas, evitando, assim, convulsões sociais.

"O Estado facilitará a fixação do homem à terra, estabelecendo planos de colonização ou de instalação de granjas cooperativas, com o aproveitamento de terras públicas ou mediante desapropriação de terras particulares, na forma da legislação federal"; é o que diz o art. 165, § 3º, da Constituição Estadual, que está em consonância com os arts. 13, § 1º, e 160, II, da Carta Magna.

Impedir o Estado-membro da prática de atos pertinentes à administração, relativamente a tudo o que diga respeito a seu peculiar interesse, editando normas neste sentido, legítimas porque situadas dentro de seu âmbito de validade, sob a alegação de que são conflitantes com a legislação federal, constitui tentativa de violação do princípio federativo e, via de consequência, da igualdade jurídica em que se encontram as pessoas políticas face ao texto constitucional.

Quando se consumou o ato desapropriatório, não haviam sido editados os diplomas legais que restringiram à União a competência para realizar a Reforma Agrária, razão por que, pelos fundamentos esposados, não se conhece da argüição de inconstitucionalidade da Lei nº 5.865/69, por não ser pertinente, nem razoável.

3. Quanto à primeira apelação.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL propôs ação de reintegração de posse porque, forte nos Decretos nºs 14.366, de 22 de novembro de 1962, e 14.598, de 26 de dezembro do mesmo ano, adquiriu uma gleba de terras, através de desapropriação, por utilidade pública, que, à época, constituía a "FAZENDA SARANDI", pertencente às firmas uruguaias Agropecuária Lucema S.C.A., Ganadera Horácio Mailhos S.A. e Estância Júlio Mailhos S.A., cujo pagamento efetivou-se em 30 de setembro de 1964, através da convenção amigável, conforme se vê da prova documental de fls. 109/125.

A desapropriação objetivava a reforma agrária, ainda da competência do Estado, quando do ato desapropriatório. A seguir, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL implantou seu projeto em parte da gleba, não o conseguindo no que se refere às terras ocupadas pelos réus, na chamada "Granja Brilhante", objeto da presente lide e as ocupadas pela empresa MACALI S/A., também motivo de outro procedimento judicial, já conhecido por este Egrégio Tribunal de Alçada.

No caso em exame, trata-se da posse de 1.710,40 ha.

O MM. Juiz de Direito, DR. ANTÔNIO GUILHERME TANGER JARDIM, em fundamentada sentença (fls. 317/320, 2º vol.) julgou procedente a ação, para determinar a reintegração do Estado na terra ocupada pela "Granja Brilhante", bem como condenando os réus a indenizar o autor pelas perdas e danos sofridos a partir do momento em que se tornaram possuidores de má-fé, isto é, a partir de 08 de março de 1976 (data em que se venceu a última carta de anuência), cujo valor será apurado em liquidação de sentença.

Apelaram os réus para verem reformada a sentença e apelou o autor porque entende ser a data do esbulho anterior ao termo fixado na sentença. Ao invés de 08.03.1976, quer o Estado direitos indenizatórios a partir de 18.04.1973, data da notificação administrativa de fls. 144.

No desenvolvimento processual foram argüidas as mais diversas teses, principalmente pelos réus, com o fim de se perpetuarem na terra. Daí porque, com propriedade, a r. sentença recorrida abordou todas elas, dando a dimensão própria de cada uma.

Assim, destaca o zeloso Promotor Público, DR. ANTONIO CARLOS PAIVA HORNUNG, em sua manifestação de fls. 470/474, 3º vol. que, quanto à natureza jurídica da posse, Sua Excelência entendeu precária porque houve efetivamente **desapropriação**. Esta rompeu os vínculos existentes entre expropriados e sucessores a qualquer título. Portanto,

não há vinculação entre estes e o Estado, reduzindo-se a permanência dos réus na terra a mera permissão de uso do Poder Público.

Os réus querem que a convenção amigável de fls. 109 e seguintes tenha transformado a desapropriação em negócio de compra e venda, para, com isso, verem válidos os seus direitos oriundos do negócio feito com os expropriados, em termos meramente privados.

Não lhes assiste razão.

A convenção amigável foi a forma de pagamento do justo preço constitucional. Este, via de regra, é apurado em processo judicial. Mas, nada impede que o expropriado aceite o preço oferecido pelo expropriante em convenção extrajudicial. Seria mesmo *sui generis* que, no caso, o Estado resolvesse "comercializar" a gleba de terra com os réus, efetivando-se uma compra e venda, ou arrendamento, sem Edital de Concorrência

Ainda, como ressalta-se a fls. 472, as desapropriações feitas no Nordeste, para implantação dos projetos da SUDENE, foram, em grande parte, liquidadas por acordo, os quais tiveram disciplinação por lei (nº 4.519/64 e 6.160/74), sem que, com isso, se alterasse o instituto desapropriatório.

Outro enfoque apresentado pelos réus é o de que houve desvio de finalidade, a persistir o entendimento de desapropriação. Para os réus, tanto na compra e venda como na desapropriação com desvio de poder, cabe-lhes o direito à posse em razão de arrendamento.

Mesmo que os recibos dados por funcionários (fls. 126/136, 1º vol.) se refiram a "arrendamento", deste não se pode falar. Falta-lhes o instrumento, cercado de todas as formalidades dos atos em que o Estado figure como um dos pólos da relação. A natureza da ocupação da gleba de terra era **permissão de uso**, remunerada, a título precário (conforme documentos de fls. 15 e 139).

Assim colocada a natureza da posse (precária) perde sentido a questão da notificação dos réus para desocupação do imóvel como pressuposto para a propositura da ação. Tem ela relevância tão-somente para a fixação do termo inicial do esbulho e da responsabilidade indenizatória dos réus.

A r. sentença entendeu que a notificação administrativa de fls. 13 e 14 produziu amplos efeitos para tornar os Irmãos Dal Molin como partes passivas legítimas no feito. Pois, quando adquiriram a "Granja Brilhante" de LIU YEN SUN, este já havia recebido e respondido à notificação. A partir desta notificação, a posse se tornou esbulhatória.

Descabem os argumentos dos réus quanto à falta de notificação. Houve a notificação administrativa, e, até mesmo, a judicial, embora esta fosse considerada nula por ter sido dirigida aos procuradores dos réus que não possuíam poderes para tal.

Insistem na afirmativa de que a relação entre eles e o Estado é de arrendamento, para tornar indispensável a notificação judicial e constituí-los em mora para, só então, ser possível o ajuizamento da ação.

As cartas de anuência não têm força para criar vínculo obrigacional entre o Estado e os réus. Não há título algum que socorra a posição dos mesmos. Da mesma forma, a pretensão dos réus de se verem indenizados das benfeitorias teve desacolhimento na r. sentença e já era matéria resolvida quando do Agravo de Instrumento nº 17.238, interposto do despacho saneador que indeferira a perícia (c. Acórdão de fls. 239/243, 2º vol). As benfeitorias posteriores podem ser retiradas.

Observe-se, finalmente, que a ação vem dos idos de 1974 e ainda hoje os réus, com denodado esforço de seus ilustres patronos, lutam para impor na Justiça um direito de que já não mais são possuidores, esquecendo-se de que: "O Estado moderno, que não pode estar divorciado da sociedade de hoje, tem evidentemente um objetivo mais elevado do que o antigo, devendo, pois, assegurar à comunidade o máximo de bem-estar e de prosperidade" (RJTJ-RS, 50/119).

Nestas condições, nega-se provimento à primeira apelação, do Espólio de LIU YEN SUN, representado pelo inventariante WEI EN CHANG LIU, ARGENTINO ANTÔNIO DAL MOLIN e ARY DIONÍSIO DAL MOLIN, litisconsortes passivos.

4. Quanto à apelação do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

O digno Magistrado reconheceu força, para legitimar a posse, nas cartas de anuência, pois considerou a posse de má-fé somente a partir do dia do vencimento da última carta de anuência, ou seja, 08 de março de 1976.

Não foi feliz o culto Magistrado ao dar essa interpretação. O esbulho se caracterizou quando da negativa de LIU em restituir a gleba (24.04.73, fls. 35), o que se impunha o fizesse, uma vez que a desapropriação rescindira todas as relações obrigações até então existentes (fls. 238). Obviamente que tal assertiva parte do pressuposto de que as cartas de anuência não têm força de legitimar a posse de quem a detinha de forma esbulhatória. É, evidente, a melhor interpretação (fls. 474, 3º vol.).

Nestas condições, dá-se provimento à apelação do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, para reformar-se a r. sentença quanto ao termo inicial da posse de má-fé, para a data de 24.04.1973 e, via de consequência, reconhecer-se o direito do autor nas perdas e danos a partir dessa data, indenização a ser apurada em liquidação de sentença.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Juiz de Alçada Dr. LUIZ MELÍBIO UIRACABA MACHADO.

Porto Alegre, 28 de agosto de 1980.

MANOEL CELESTE DOS SANTOS
PRESIDENTE

ANTÔNIO AUGUSTO FERNANDES
RELATOR

VOCAÇÃO INDUSTRIAL

ACÓRDÃO

Desapropriação.

O valor da indenização deve ser fixado tendo em vista a situação atual do imóvel desapropriado e levando-se em conta dados reais e existentes no momento da peritagem.

Não é possível considerar-se eventual valorização da coisa em função das obras realizadas futuramente pelo desapropriante e nem cogitar-se de vocação industrial onde inexistem quaisquer obras ou simples projetos de industrialização.

Recurso voluntário provido, em parte.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 35.618

DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA
DA COMARCA DE MONTENEGRO,
ETELVINO GARCIA DA CRUZ e s/m.
ELISABETA MEURER DA CRUZ,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
OS APELANTES,

4ª CÂMARA CÍVEL
MONTENEGRO

APRESENTANTE;

1ºs APELANTES;
2º APELANTE;
APELADOS.

ACÓRDÃO

ACORDAM, em Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, dar provimento, em parte, à segunda apelação e negá-lo à primeira, reformando, em parte, a sentença remetida, de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmº Sr. Des. OSCAR GOMES NUNES.

PORTO ALEGRE, 03 de setembro de 1980.

DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA, Presidente e Relator

DES. BONORINO BÜTTELLI

RELATÓRIO

O DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — RELATOR — Trata-se de ação de desapropriação proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul contra Etelvino Garcia da Cruz e s/mulher, tendo por objeto oito áreas de terras descritas no item 3, letras a, b, c, d, e, f, g, h da inicial, declaradas de utilidade pública pelo Decreto Estadual nº 24.133 de 10 de outubro de 1975 e destinadas à implantação do Pólo Petroquímico.

Ofereceu a importância de Cr\$ 3.333.308,62, compreendido neste valor a terra nua, as benfeitorias e as culturas ali situadas e requereu imissão provisória na posse.

Os réus ofereceram contestação alegando que deveria ser paga uma indenização que lhes propiciasse a aquisição de área equivalente. O preço das transações que se realizam na região superam em muito ao oferecido pelo expropriante e, além disso, não foi computado o valor da indenização pelos lucros cessantes, já que os expropriados são agricultores e tinham a sua atividade e única fonte de renda na exploração e utilização agrícola do imóvel e na criação. Por fim, o laudo prévio desconsiderou o valor das construções e culturas e omitiu bens de significação econômica, mostrando-se incompleto e deficiente.

As partes indicaram assistentes técnicos, formularam quesitos e manifestaram-se sobre os laudos oferecidos.

Saneado o feito, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, substituído o debate oral por memoriais.

Conclusos os autos, o magistrado proferiu sentença julgando procedente, em parte, a ação para fixar o justo valor da terra nua em Cr\$ 21.608.256,60 e o das culturas e benfeitorias em Cr\$ 1.063.875,60. Condenou o Estado no pagamento de juros compensatórios de 12% ao ano, a contar da data da imissão na posse, assim como no pagamento de juros moratórios no mesmo percentual e momento de cálculo, além das custas processuais, honorários do perito oficial arbitrados em 2% sobre o valor da avaliação e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da diferença entre a importância oferecida e a final fixada.

Apelaram os expropriados, asseverando que o laudo do perito oficial, acolhido pelo julgador para fundamentar sua decisão, embora calcado no método comparativo, peca pela incoerência, pois ao admitir que o imóvel possui vocação industrial, deveria ter baseado o preço da terra nua nas transações efetuadas com finalidades industriais. Pedem seja adotado o laudo de seu assistente técnico, que atribuiu o valor de Cr\$ 58.689.978,42 para a terra nua; Cr\$ 381.424,00 para as culturas e Cr\$ 657.379,42 para as benfeitorias, importando o total da indenização em Cr\$ 59.764.781,88.

Entendem que a verba honorária não remunera condignamente o trabalho do profissional e pedem seja elevada para 20% sobre o valor da diferença entre o valor oferecido e o arbitrado.

Apelou também o Estado, tecendo considerações em torno do laudo do perito oficial e afirmando que nele se constata uma série de irregularidades nos cálculos matemáticos, nos critérios adotados para obtenção do valor da terra nua e, principalmente, na pesquisa de mercado. Pedem o provimento da apelação, fixando-se o preço justo da área expropriada com base no laudo de seu assistente técnico, que encontrou o valor total da indenização de Cr\$ 5.448.668,08. Pedem também a redução dos honorários advocatícios e os do perito, bem como seja corrigido o valor inicialmente depositado e, caso haja fixação de juros moratórios, seja considerado "dies a quo" o do trânsito em julgado da sentença.

Os recursos foram recebidos e respondidos.

Neste grau de jurisdição emitiu parecer o Dr. Procurador da Justiça pelo não provimento das apelações, confirmando-se a sentença em reexame.

É o relatório.

VOTO

O DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA (RELATOR) — Como se viu do relatório, trata-se na espécie de ação de desapropriação intentada pelo Estado do Rio Grande do Sul, visando a desapropriação, para fins de implantação do III Pólo Petroquímico, das áreas descritas na petição inicial.

O Estado ofereceu a importância de Cr\$ 3.333.308,62, compreendendo a terra nua com benfeitorias e construções, e foi imitado na posse do imóvel.

Os réus, contestando, alegam que o valor das transações efetivadas na região superam de muito o preço oferecido e que não foram computados os lucros cessantes, construções, culturas e outros bens.

Realizadas as perícias, os expertos ofereceram os seus laudos, os quais, ao invés de serem juntados aos autos, foram apensados, constituindo cada qual um volume à parte, dada a sua extensão e documentação que os instruem.

O laudo do perito oficial avaliou a terra nua em Cr\$ 21.608.256,00, assim discriminada: área a — Cr\$ 4.800.000,00; área b — Cr\$ 2.960.000,00; e área c — Cr\$ 3.484.256,00. Avaliou separadamente cada uma dessas áreas, sendo que uma a Cr\$ 240.000,00 o ha; outra a Cr\$ 216.000,00 o ha; e outra a Cr\$ 254.000,00 o ha. Benfeitorias avaliou em Cr\$ 1.063.875,60, totalizando a indenização o valor de Cr\$ 22.672.131,00, que a sentença aceitou e no qual se baseou para fixar a indenização.

Já o perito do Estado avaliou a terra nua em Cr\$ 4.283.320,85. Dividiu em duas áreas: uma de 47 ha e outra de 48 ha, 726 m², totalizando 95 ha, 7266 m², mais ou menos — Cr\$ 48.000,00 o ha. As benfeitorias propriamente ditas avaliou em Cr\$ 657.779,42;

culturas, Cr\$ 381.424,00, totalizando as benfeitorias em Cr\$ 1.039.203,42. Total da indenização: Cr\$ 6.487.871,50.

O perito dos réus avaliou a terra nua em Cr\$ 58.689.978,46, ou seja, Cr\$ 242.900,56 o ha; culturas avaliou em Cr\$ 381.424,00, aliás, coincide com o do perito do Estado; cobertura vegetal avaliou separadamente em Cr\$ 36.000,00; as construções, em Cr\$ 157.379,42, totalizando assim as benfeitorias, com solo, etc., Cr\$ 1.074.800,42. Indenização total: Cr\$ 59.764.771,81.

Cumpra, primeiramente, referir que os três laudos, embora a discrepância dos seus valores, adotaram o mesmo método comparativo, sendo que o dos réus adotou, além do método comparativo, mais o da vocação industrial do imóvel. Tal critério, a meu ver, não pode ser aceito, como aliás, já decidiu esta Câmara, na última sessão, na Apelação nº 35.024, também oriunda da comarca de Montenegro e referente a uma área de terra situada na mesma região.

Considero que o valor da indenização deve ser calculado com base em dados objetivos e não levar em conta uma futura e hipotética destinação industrial do imóvel. Somente é possível fixar-se ou ter-se em vista o que realmente existe na época da avaliação e da exploração econômica que nesse momento realiza o proprietário.

Ora, no caso o imóvel é rural — os peritos concordam, aliás, nesse aspecto — e os réus nele exploravam apenas pecuária e algumas culturas agrícolas. Inexiste, pois, qualquer princípio ou projeto de industrialização. Tampouco se poderá levar em conta a possível valorização que o imóvel venha a ter em virtude da destinação que lhe der o expropriante. Assim decidiu também esta mesma Câmara na Apelação Cível nº 34.783, de que foi Relator o eminente Colega Des. Oscar e julgada em março do corrente ano. A ementa desse acórdão sintetiza perfeitamente o conteúdo do julgado e tem o seguinte teor: "Desapropriação. O valor da indenização deve ser calculado com base em dados de ordem objetiva, considerado o que vale o imóvel no momento, sem jogar com dados hipotéticos, nem com a possível valorização da coisa em função da destinação que lhe dará o expropriante".

Assim, pois, não merece acolhida o laudo do perito dos réus, tendo em vista o critério que adotou e que importou numa supervalorização do imóvel, que, se aceito, equivaleria a um verdadeiro enriquecimento injusto dos expropriados em detrimento dos cofres públicos. Tão exagerado se apresenta que até mesmo a "cobertura vegetal", que é nativa, eis que não se fez referência a pastagens outras cultivadas ou artificiais, o experto avaliou em separado da terra, o que é de todo inaceitável.

A sentença, todavia, não adotou esse laudo e sim o do perito oficial, o qual considerou mais criterioso e técnico. A meu ver, entretanto, esse laudo, embora tenha adotado o método comparativo, não pode também ser aceito, eis que adota como base para as comparações que fez imóveis situados em zonas dissemelhantes, algumas delas até situadas no Município de Canoas, sabidamente zona industrializada e economicamente mais valori-

zada. No quadro comparativo que anexou existem oito transações ou negócios referentes a imóveis situados neste último município; e dos imóveis situados em Montenegro nenhum obteve o valor dado pelo perito — Cr\$ 240.000,00 o hectare. O valor mais elevado que ali consta é de Cr\$ 90.000,00, corrigido para Cr\$ 94.000,00, fazendo aplicação das ORTNs, preço esse referente a uma compra e venda realizada em 06.09.78, ou seja, em época coincidente com a da feitura do laudo do perito oficial desta ação, que é de novembro de 1978.

Outro defeito desse laudo e que verifico é quanto à existência na região de sistema viário e à implantação de outras infra-estruturas, tais como hidrovias e ferrovias; pretende que a proximidade com os grandes centros teria permitido a ocupação gradativa da região "com instalações industriais, áreas de lazer, etc.". Todavia, não menciona a existência real, no momento, de qualquer indústria ou de estabelecimento comercial, nem tampouco de uma área de lazer. Ficou só na referência, a qual, porém, em absoluto corresponde à realidade dos fatos. Aí não existe nada disso. Trata-se de área, como já mencionei, puramente rural, embora servida de um lado — uma das áreas — pelo Rio dos Sinos e de outro lado pela estrada Tabai-Canoas. São duas áreas distintas e até separadas uma da outra, como se vê da planta de fls., que mostrei aos eminentes Colegas.

Ademais, para o cálculo que adotou, o perito oficial, como disse, levou em conta transações efetivadas as mais díspares, como ele mesmo admite. Daí porque estabeleceu uma média, para o hectare, da quantia de Cr\$ 236.000,00 para as três áreas em que dividiu o imóvel.

Essa fixação, porém, como já mencionei, não corresponde aos valores relativos a outros negócios realizados em terras próximas e adjacentes à área desapropriada.

Esta Câmara, na sessão anterior, relativamente a uma área contígua e até lindeira, de que se trata no caso, fixou o valor do hectare em Cr\$ 110.000,00, processo em que eram expropriados Osmar de Araújo Garcia e sua mulher. No caso, trata-se de imóvel com a mesma situação e características, apenas com a diferença de que uma das glebas faz frente à estrada Tabai-Canoas, e a outra ao Rio dos Sinos.

Estaria inclinado, assim, a adotar como base de preço aquele que foi fixado na apelação anterior, aumentando um pouco o valor em virtude da situação no caso dos imóveis desapropriados e que referi. Naquele caso se fixou Cr\$ 110.000,00 o hectare. Aqui, proponho se fixar em Cr\$ 120.000,00 por hectare. Quanto às benfeitorias e culturas mantendo o valor constante da sentença, o qual, de resto, não difere do que foi atribuído pelos outros dois peritos.

No atinente aos juros de mora, estes só podem fluir após o trânsito em julgado da sentença e quando houver atraso no pagamento da indenização, consoante se tem decidido. Como se estabelecer tais juros antes de se saber o valor exato da indenização?

Quanto aos honorários advocatícios, estaria inclinado a reduzi-los para 6%, tendo em vista o alto valor da causa e o trabalho do procurador dos réus, que não foi de grande intensidade. Os honorários do perito oficial fixaria em 1,5% sobre aquele valor.

O meu voto é, pois, no sentido de dar provimento, em parte, à apelação do Estado e negar provimento à apelação dos réus, reformando a sentença nos pontos que mencionei.

O DES. BONORINO BUTTELLI — Revisei os autos e, do que tive oportunidade de examinar com referência aos laudos e à decisão da sentença, chego à mesma conclusão de V. Ex.^a, Sr. Presidente. Realmente é de se reduzir o valor por hectare para Cr\$ 120.000,00, reduzindo-se a verba honorária para 6%. Os juros moratórios só fluirão do trânsito em julgado da sentença. Quanto aos honorários do perito, também de acordo com sua redução para 1,5%. Assim, também dou provimento em parte à apelação do Estado e reformo em parte a sentença, tal como V. Ex.^a, negando provimento à apelação dos expropriados.

O DES. OSCAR GOMES NUNES — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA) — Apelação Cível nº 35.618, de Montenegro — “Deram provimento, em parte, à apelação do segundo apelante e negaram-no à do primeiro apelante, reformando, em parte, a sentença remetida”.

DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO FISCAL EMBARGOS

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

UNIDADE DE CONSULTORIA E PROCURADORIA PARA ASSUNTOS FISCAIS

EGRÉGIO PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES.

EMBARGANTE — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMBARGADO — FRIGORÍFICO RENNER S.A. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

OBJETO: O prazo de prescrição das ações contra a Fazenda Pública é de cinco anos; Art. 1º do Decreto nº 20.910 de 1932. O prazo para o contribuinte pedir a repetição do indébito tributário, também é de cinco anos, e de decadência: art. 168 CTN. Assim sendo, seja ou não seja tributo, a correção monetária incidente sobre imposto pago e que não era devido, não tem mais direito de ação o contribuinte que pretende cobrá-la, vencido aquele prazo. Jurisprudência do TJRS e do STF.

MERITÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES

O voto vencido que enseja a subida do presente recurso, ao julgamento de Vossas Excelências, está fundamentado no pressuposto de que o pedido de correção monetária, incidente sobre repetição de indébito fiscal, está subordinado ao prazo do art. 168 CTN para ser exercido:

“O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I — nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

II —

Os votos vencedores, ao contrário, entenderam que correção monetária não é tributo, e, como tal, para ela seria indiferente o prazo estabelecido por aquela disposição do CTN. Foram além: enfrentaram, também, a questão relativa à possível prescrição do direi-

to de ação, que a apelação invocara, com fundamento no artigo 162 do Código Civil e acórdão do STF (fls. 116 e seguintes), desprezando, também, essa defesa do ora embargante.

Sintetizada, assim, a "matéria objeto da divergência" (art. 530-CPC), propõe-se este recurso ver reformado o acórdão da Egrégia 2ª Câmara, pelas seguintes razões:

1) Não era objeto da apelação negar o direito de o contribuinte receber pagamento de correção monetária sobre indébito tributário, e sim que tal direito já não era mais exercitável, fosse pela decadência, fosse pela prescrição.

Os votos vencedores, que negaram provimento à apelação do ora embargante, enfatizaram a mais do que pacífica orientação atual da Jurisprudência, no sentido de que incide correção monetária sobre o indébito tributário, quando a mesma é reclamada pelo contribuinte.

Com a vênua devida, o recurso do ora embargante não subira para discutir esse fato. Todo o seu arrazoado está contido entre as exceções dilatória (litispendência — correção monetária sobre pagamento de imposto cuja legalidade ou não está sendo discutida noutro processo) e peremptória (decorso do prazo fatal para o exercício do direito, seja o da decadência seja o da prescrição).

Assim, o objeto mesmo da apelação sintetizado à fl. 103, somente mereceu dos votos vencedores análise marginal, sufocada no exame da ação, sem muito cuidado com as exceções.

Com efeito, disse o Eminentíssimo Relator, Dr. JULIO M. PORTO:

"Quanto à alegada prescrição ou decadência da correção monetária é opinião unânime e sufragada em decisões — de que destina-se a corrigir o valor da moeda, quando do pagamento — não é tributo — é apenas uma maneira de corrigir a moeda para efeito de pagamento, tendo em vista a situação inflacionária. Assim sendo, não é tributo e não está sujeita à decadência nem à prescrição." (fl. 174 — grifos do embargante).

Do mesmo sentir, o Eminentíssimo vogal, Dr. BARISON, à fl. 176:

"Com isso, afastado as exceções de decadência e de prescrição."

Seria imprescritível, então, o direito de o contribuinte pedir o pagamento da correção monetária sobre indébito tributário?

Pelo menos na opinião dos Tribunais, não, conforme abaixo se vê.

II) A posição do TJRS e do STF a respeito.

Quer pela afinidade com a matéria em debate, quer pela possibilidade de invocação da prescrição ou decadência, que permite, mesmo em segundo grau de jurisdição, quando envolvida na causa a Fazenda Pública, um acórdão do STF, foi ele submetido ao douto exame da Câmara julgadora da apelação, pelo ora embargante. (fl. 117).

Agora, faz-se juntada da íntegra deste acórdão, aos autos, pois, com a vênua devida aos ilustrados votos vencedores, trate-se a correção monetária do indébito fiscal como tributo ou não, o certo é que esse venerando decisório submete o exercício dessa ação ao prazo do art. 168, I, do CTN.

Alegará o embargado, como fez o acórdão objeto do recurso: A correção não é tributo. Seja — mas a ação visa a repetir o indevido não visa? Essa correção monetária não deriva dum imposto, cuja legalidade de pagamento — se devida ou não, está sendo discutida noutro processo?

A resposta para tais perguntas, reclamada pelo ora embargante desde a apelação, inclusive com a invocação da litispendência, não foi até aqui respondida satisfatoriamente, nem pelo embargado, nem pelo venerando acórdão.

Por que, onde está a diferença, para os efeitos pleiteados pelo ora embargante? Se a correção monetária não é tributo, está sendo pleiteada, da mesma forma, pelo contribuinte, e então não há como fugir à aplicação do art. 1º do Decreto nº 20.910 de 1932:

"As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem." (grifos do embargante).

Todo e qualquer direito, seja qual for a sua natureza. Assim, não interessa para a lei, se a correção monetária de tributo não for tributo, como afirma peremptoriamente o acórdão de que se recorre; nesse caso, a única conclusão válida seria a de que ela, então, poderia escapar da disciplina do art. 168 CTN, mas, em hipótese alguma, fugiria do comando contido neste Decreto, de 1932.

Essa chamada "prescrição quinquenal" somente comporta, ainda, alguma sobra de dúvida, a favor dos contribuintes, naqueles casos em que as Fazendas tenham reconhecido o direito do interessado, em via de prescrição ou decadência, na esfera administrativa, ou, também, em alguns casos que envolvem direito a prestações periódicas, devidas pelas Fazendas. Aí, entendem alguns julgados, que as prestações devidas e não pagas, com atraso de até cinco anos, devem ser pagas.

Fora disso não. O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em vários acórdãos, quer de suas Câmaras isoladas, quer de grupos de Câmaras, tem enfrentado o problema de maneira exaustiva, como comprovam as cópias de várias decisões prolatadas, aqui, sobre a matéria, e ora juntadas a essas razões.

Veja-se, por exemplo, o acórdão prolatado pela 2ª Câmara Cível especial desse Tribunal, relator Dr. TULIO MEDINA MARTINS, sobre a apelação nº 23.810, em 12 de junho de 1975, transcrito às páginas 285 e seguintes do volume nº 4 (quatro) do compêndio "Jurisprudência Brasileira", Curitiba, Ed. Juruá, 1976, páginas 285 e seguintes, cuja cópia é, aqui, juntada na íntegra, com as demais decisões:

"Com exceção das reais, e quando não houver "prazo menor", especial, prescrevem em cinco anos todas as ações contra o Estado. Aplicação do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Voto vencido."

À simples leitura desta ementa, não se deduz toda a análise que o venerando decisor faz da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo, existente sobre a matéria. CÂMARA LEAL, CIRNE LIMA, PONTES DE MIRANDA, votos dos ministros JOÃO LEITÃO DE ABREU, DJACI FALCÃO, citação de vários acórdãos tanto do STF como do Tribunal de Justiça do nosso Estado, são examinados, ali, com rigorosa mensuração de efeitos para causas do tipo da presente.

À fl. 293, do mesmo repertório acima referido (cópia do acórdão também junta) vê-se que o Egrégio 2º Grupo de Câmaras Cíveis desse Tribunal também já sufragou a tese aqui defendida pelo embargante.

Naquela oportunidade, o Eminentíssimo revisor, Desembargador ANTONIO V. DO AMARAL BRAGA, fez constar de seu voto uma discriminação entre as ações de cobrança de dívidas do Fisco e outras, não somente no sentido de sublinhar o quanto é pacífica a submissão das primeiras ao Decreto nº 20.910, mas também no sentido de reconhecer as demais dívidas como lá enquadráveis:

"O Diploma em apreço, Decreto nº 20.910, obviamente, não se referiu, apenas à prescrição de ações de cobrança de dívida do Fisco, mas, ao contrário, dada a amplitude que deriva de sua redação, estipulou a prescrição quinquenal para as demandas ajuizadas contra a União, Estado ou Município."

Mais recentemente, ainda, em 15 de julho de 1977, o Egrégio 2º Grupo de Câmaras Cíveis, também do Tribunal de Justiça do Estado, no julgamento dos embargos infringentes 24.822, obteve consenso unânime, em torno do voto do Desembargador Hermann Homem de Carvalho Roenick, segundo o qual, conforme se lê em parte da ementa publicada no volume nº 66 da "Revista de Jurisprudência do TJRS", tornou-se pacífica, tanto para o Tribunal local, como para o Supremo, a tese aqui defendida pelo ora embargante:

"Prescrição quinquenal. O Decreto Federal nº 20.910, de 6.1.32, estabelece que prescreve em cinco anos o direito de acionar a Fazenda Pública, e tal disposição abrange não só as prestações, mas o próprio fundo de direito, **excepcionando-se, apenas, as ações reais e as de natureza alimentar**. Embargos acolhidos." (grifos do embargante).

Note esse Colendo Grupo que o embargante enfrenta, até aqui, toda a questão, nos termos em que os votos vencedores a colocaram, justamente para demonstrar que, ao contrário do que eles proclamam, não encontram apoio em outras decisões do TJRS e do próprio STF.

Em apoio do voto vencido, porém, além dos acórdãos cuja orientação é pregada neste recurso, antigos ensinamentos dos doutos já apontam, há muito tempo, que a própria distinção entre decadência e prescrição pode se tornar irrelevante, em casos como o da presente pretensão de repetição, justamente pelo fato de o "dies a quo", da contagem dos prazos, tanto da prescrição, como da decadência, ser o mesmo, quer para uma, quer para outra, ou, ainda que não seja o mesmo, esteja tão recuado no tempo que já tenha marcado o início dos efeitos fatais para o reconhecimento tanto do fim do direito como do fim da ação:

"É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição. (CÂMARA LEAL, "Da prescrição e da decadência", 1ª Ed. págs. 133 e 134)" (Agnelo Amorim Filho, in *Revista Forense*, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, vol. 193, p. 31).

III) A prova de que o contribuinte, ora embargado, já decaíra ou tivera prescrito o seu direito de agir contra o embargante, quando do ajuizamento da ação, é documental, e está nos autos:

A petição inicial, da ação ajuizada pelo embargado, está datada de 16 de maio de 1977.

Segundo revela a própria inicial, ainda, a correção monetária que aqui se pretende cobrar, deve incidir, primeiramente, sobre um indébito de trezentos e dezoito mil e poucos cruzeiros, pagos no período compreendido entre janeiro e agosto de 1970. (fl. 17 — documento juntado com a inicial).

Em segundo lugar, dita correção deve incidir sobre um indébito de setecentos e setenta e dois mil e poucos cruzeiros, pagos de março de 1967 a outubro de 1969. (fl. 4).

Aliás, não omite o autor da ação, na inicial, que quarenta e quatro mil e poucos cruzeiros, reclamados como indevidos nessa segunda repetição, já tinham tido o seu direito de repetição considerado prescrito pelo relator da apelação que, então, subira por iniciativa do mesmo ora embargante.

E o último comprovou, junto às suas razões da apelação que subiu, no presente processo, (fl. 133) que o tal voto pela decadência dessa parte do indébito reclamado, já fora acolhido em embargos infringentes por ele, também, interpostos.

Isso quer dizer que, conforme o embargante vem tentando mostrar desde a sua apelação, o presente processo pode desembocar num absurdo igual ao de considerar devida uma correção monetária sobre um indébito fiscal cuja prescrição já foi, pelo menos parcialmente, decretada. Nem essa parte da defesa do embargante foi reconhecida, quer pela sentença de primeiro grau, quer pela apelação objeto dos presentes embargos, embora a contradição seja manifesta.

Basta, entretanto, a comparação das datas acima referidas, para se concluir que, quando do ajuizamento desta ação, há muito decorrerá o prazo para a cobrança pleiteada, considere-se esse prazo o da decadência (art. 16B CTN), considere-se o da prescrição (Decreto nº 20.910, de 1932), pois ambos são de cinco anos.

IV) Ainda a questão dos honorários.

Desde a apelação que o ora embargante se insurge contra a fixação dos honorários. Não teria sentido, realmente, a disposição do § 4º, do art. 20 CPC, se fosse para manter os mesmos níveis do § 3º. A apreciação equitativa, ali colocada, parece não poder ser vista pelos julgadores, como despicienda, inútil, mero conselho que se segue ou não se segue; a lei não possui palavras inúteis.

Obtenha o presente recurso o resultado que obtiver, espera e pede o ora Embargante elimine-se ou diminua-se a percentagem de honorários atribuída ao embargado.

V) CONCLUSÃO

O acolhimento dos embargos infringentes que ora sobe ao julgamento de Vossas Excelências, pelo que acima se expôs, e pelo mais que dos autos consta restabelecerá a uniformidade de jurisprudência desse Egrégio Tribunal, além de adequar seu comando à égide do Colendo Supremo Tribunal Federal. O embargante pede e espera, assim, sejam estes embargos acolhidos, para o fim de se verem reconhecidas as exceções que o recurso de apelação do Estado invoca, decretando-se a extinção do feito, com julgamento do mérito, seja pelo decurso do prazo de decadência, seja pelo decurso do prazo de prescrição, ambos impeditivos do exercício de ação do embargado.

PORTO ALEGRE, 14 de dezembro de 1978.

ACORDAO

EMBARGOS INFRINGENTES.

CORREÇÃO MONETÁRIA. Ação postulando correção monetária de repetição de indébito tributário anteriormente pleiteada e obtida judicialmente. Prescrição quinquenária pronunciada. Natureza da correção monetária. Entendimento de que, na espécie, operara-se coisa julgada contra a parte vencedora. Embargos acolhidos.

EMBARGOS INFRINGENTES. A divergência deve ser aferida pelas conclusões da maioria e do voto vencido; os julgadores não ficam impedidos de modificar os fundamentos dos votos proferidos no julgamento da apelação. Votos vencidos. Embargos acolhidos.

EMBARGOS INFRINGENTES
Nº 30.271
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
FRIGORÍFICO RENNER S.A. —
PRODUTOS ALIMENTÍCIOS,

1º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS
PORTO ALEGRE
EMBARGANTE;
EMBARGADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os juízes do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, vencidos os Des. Christiano Graeff Jr. e Milton dos Santos Martins, em acolher os embargos infringentes interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul, o que decidem pelos fundamentos e nos termos expostos nas notas taquigráficas, em anexo, que incorporam ao presente aresto.

Custas, pelo embargado.

Participaram, também, do julgamento os eminentes Desembargadores Athos Gusmão Carneiro, Cristovam Daiello Moreira, Carlos Ignacio Sant'Anna e Ruy Ruben Ruschel.

PORTO ALEGRE, 06 de junho de 1980.

DES. PAULO BECK MACHADO, Presidente.

DES. TÚLIO MEDINA MARTINS, Relator.

DES. CHRISTIANO GRAEFF JÚNIOR, vencido.

DES. MÍLTON DOS SANTOS MARTINS, vencido.

RELATOR: DES. TÚLIO MEDINA MARTINS

RELATÓRIO

O DES. TÚLIO MEDINA MARTINS (RELATOR) — FRIGORÍFICO RENNER S.A. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ajuizou ação ordinária contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, objetivando haver-lhe correção monetária sobre quantias de que se diz credor, relativas a imposto sobre circulação de mercadorias e acessórios, que fora compelido a pagar e que, posteriormente, através de duas demandas judiciais, em que postulava repetição de indébito, lograra ganho de causa; nessas ações, embora lhe fosse lícito pedir a correção monetária, não a havia postulado, pelo que, agora, em ação própria, pretendia a correção monetária daquilo que era objeto das duas ações aludidas.

O Estado, em contestação, disse que, considerando a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, nada tinha a opor à incidência de correção monetária na repetição do indébito tributário, definitivamente constituído, condição essa que não se tinha cumprido relativamente a uma das ações, que dependia do julgamento de embargos infringentes opostos pelo Estado; por isso pleiteou que se negasse a correção monetária na ação que não fora julgada definitivamente e, ainda, que se reduzisse a verba honorária pretendida pelo A. a 2% do pedido, tendo em vista a simplicidade de que a causa passava a se revestir face aos termos da contestação.

A sentença deu pela inteira procedência da ação.

O Estado interpôs apelação pleiteando a extinção do processo, sem julgamento do mérito, porque a ação fora proposta quando uma das demandas em que se discutia o indébito não fora julgada em caráter definitivo, e ainda porque, quando da interposição do apelo, essa mesma ação pendia de julgamento de recurso extraordinário, suscitando mais a extinção do direito do A. pela decadência, conforme o art. 168 do Código Tributário Nacional e ainda pela prescrição; manifestou-se inconformado com o percentual de honorários advocatícios. O apelo foi exaustivamente respondido.

A 2ª Câmara Cível, apreciando o recurso, por maioria de votos negou-lhe provimento, restando vencido o Dr. Pio Fiori de Azevedo, que lhe dava provimento para julgar extinto o processo, com julgamento de mérito, pronunciando a decadência.

Inconformado, tempestivamente, o Estado do Rio Grande do Sul opôs recurso de embargos infringentes. Alega a decadência do art. 168 do C.T.N. e a prescrição a que se refere o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, voltando a focar a questão dos honorários de advogado. Impugnando os embargos, o embargado alega inexistir decadência porque a correção monetária não constitui tributo, e ainda não terem ocorrido nem a decadência nem a prescrição porque os respectivos prazos só poderiam ter começado a fluir a partir do momento em que o A. teve reconhecido seu direito à restituição do indébito, isto é, com a sentença de primeiro ou de segundo grau.

É o relatório.

VOTO

O DES. TÚLIO MEDINA MARTINS (RELATOR) — Sr. Presidente. O embargado, Frigorífico Renner S/A, na petição inicial, diz o seguinte: "Os valores do ICM, que por exigência do fisco sul-riograndense indebitamente recolheu no momento da exportação, foram os seguintes: a) no período de 16.3.67 a 2.10.69, o montante alcançou a Cr\$ 772.688,70; b) no período de 10.1.70 a 10.8.70, o total foi de Cr\$ 318.355,22. Induvidoso sendo seu direito de repetição do tributo indevidamente recolhido aos cofres públicos, o autor promoveu contra o Estado do Rio Grande do Sul, sucessivamente, duas ações ordinárias para haver o retorno daquelas quantias. A primeira ação ordinária, processada na 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública, sob nº 62.989, referia-se ao período de 10.1.70 a 10.8.70 e era no valor de Cr\$ 318.355,22. Vitorioso o autor em primeira instância, também o foi em segunda, conforme Apelação nº 18.404, da egrégia 2ª CC. Na execução do julgado, foi expedido o respectivo precatório, já cumprido aos 3.8.73. A segunda ação ordinária de repetição cobriu período anterior, de 16.03.67 a 02.10.69, pelo valor de Cr\$ 772.688,70. Julgada integralmente procedente em primeira instância, também o foi em segunda, conforme Apelação nº 27.005, da egrégia 3ª Câmara Cível.

Note-se, pois, que a repetição do indébito diz respeito a tributos que foram recolhidos no período que vai de 16.03.67 a 02.10.69 e no período que vai de 02.01.70 a 10.08.70. Tal é o que ainda melhor se patenteia pelas petições iniciais das duas ações precedentes, que se encontram por cópia a fls. 13/18 e 56/63 dos autos da ação em exame, trazidas pelo próprio embargado. A petição inicial da primeira ação proposta data de 30.12.70; refere-se ao recolhimento de Cr\$ 318.335,22, ocorrido no período de 10.01.70 a 10.08.70. A petição inicial da segunda ação proposta, datada de 21.12.72, refere-se ao recolhimento de Cr\$ 772.688,70, ocorrido no período que vai de 16.03.67 a 02.10.69.

Às datas dessas petições iniciais, o embargado poderia ter pedido a correção monetária. É ele próprio quem o reconhece na petição inicial da ação ora em julgamento, a fls. 5, quando diz: "Com efeito, ao formular o pedido nas duas demandas acima mencionadas, o autor omitiu o pedido que lhe era lícito formular, pois deixou de pleitear a correção monetária sobre os valores que o Estado seria, como foi, condenado a restituir". Mais adiante ainda diz: "O objeto, pois, desta demanda é alcançar a condenação do Estado ao pagamento de correção monetária sobre os valores do ICM repetidos em favor do autor nas demandas antes referidas, não postulada por mera omissão do autor, posto que inteiramente cabível."

Vou mais longe. O autor ora recorrido, desde que efetuados os pagamentos indevidos, poderia pleitear a restituição deles e da respectiva correção monetária, pois desde o pagamento nasceu o direito do embargado à ação de restituição e, por conseguinte, o direito à correção monetária do pagamento indébito.

Assim posta a questão, vê-se que, quando a ação ora em exame foi proposta, a 17.05.77, data do despacho ordenatório da citação, de há muito fluíra o prazo da prescrição quinquenária, pois o mais moderno dos pagamentos que o embargado efetuara à Fazenda do embargante data de agosto de 1970. Incide, portanto, o Decreto nº 20.910, 06.01.32, art. 1º, cujo teor é o seguinte: "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem."

Qualquer que seja a natureza da correção monetária, é certo que o direito a ela não constitui direito real que não se extinga pela prescrição quinquenária. Não se conhecendo prazo especial, menor do que o da chamada prescrição quinquenária, esta incide.

O Ministro Leitão de Abreu, em trabalho denominado "Da Prescrição em Direito Administrativo", publicado na "Revista da Consultoria-Geral do Estado", vol. 6º, págs. 15 e seguintes, a certa altura, à pág. 29, diz: "Não distingue, pois, a nossa ordem jurídica, nas pretensões, direitos e ações pessoais contra as entidades públicas, os de natureza patrimonial e os de objeto não patrimonial, para submetê-los, no primeiro caso à prescrição quinquenária, e, no segundo, à vintenária, tal como se daria, se essa distinção de houvera feito. Todos os direitos e ações pessoais, qualquer que seja a sua natureza, contra as pessoas jurídicas de direito público, incorrem na quinquenária ou nas prescrições de menor prazo previstas em lei especial".

Sustenta o embargado, na impugnação aos embargos, a fls. 212/213, o seguinte: "É de ver que a ação de restituição de indébito é uma ação constitutiva com forte carga de constitutividade negativa e condenatória. Com a prestação jurisdicional definitivamente prestada desconstituiu-se o ato administrativo do qual resultou o recolhimento de tributo indevido, bem como foi condenada a Fazenda a repetir o que assim indevidamente recebeu. Certo é, portanto, que o direito da autora nasceu com a sentença de primeiro ou de segundo grau, embora tenha esta eficácia retrooperante até a data em que foram efetuados os pagamentos indevidos. Somente, pois, ao nascer o direito da autora à restituição é que, simultaneamente "et pour causé", nasceu o direito a receber o pagamento atualizado pela correção monetária, segundo a jurisprudência dominante, cuja análise foi desenvolvida na petição inicial. De qualquer forma, é evidente e insuscetível de qualquer dúvida que o prazo decadencial ou o prazo prescricional, conforme o caso, teria como termo a quo a data do nascimento do direito." Vale dizer, o embargado entende que o nascimento do direito à correção monetária teria o seu termo a quo no trânsito em julgado das sentenças que julgaram os pedidos de repetição do indébito.

"Data venia", entendo que assim não é, Sr. Presidente. O direito à restituição do indébito — e por conseqüência, o direito de pedir correção monetária desse indébito a ser restituído — nasceu com o pagamento do tributo indevido, nasceu na mesma data em que se efetivou o pagamento da obrigação tributária indevida, não no momento em que o Poder Judiciário condenou o Estado a efetuar a restituição. O direito à ação para pedir essa

correção monetária nasceu com o direito à ação a restituição do indébito, isto é, com o pagamento injustificado, e não quando o Estado, por sentença, foi condenado a restituir o tributo. Aliás, o prazo prescricional, de regra começa quando o titular do direito pode exercer a ação.

A "Revista de Jurisprudência Brasileira", vol. 4º, contém repetidos julgados nesse sentido. Assim, do STF: "A prescrição só começa a correr do momento em que, violado o direito subjetivo, nasce para seu titular a pretensão" (pág. 133). Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "O prazo prescricional de 5 anos se inicia na data em que a ação poderia ser proposta contra o extinto Estado da Guanabara" (pág. 240). Do tribunal de Justiça de São Paulo: "O momento inicial do prazo prescricional é aquele em que o direito à ação nasceu e se encontra apto a ser exercido" (pág. 362).

Registro que é juridicamente possível e correto o reconhecimento da prescrição a esta altura porque, consoante ensinam a doutrina e a jurisprudência, a divergência nos embargos infringentes deve ser aferida pelas conclusões da maioria e do voto vencido (Barbosa Moreira, "Comentários ao CPC", vol. 5º, pág. 405; RJTJRS, 62/111, 68/133). Aliás, o Des. Niro Teixeira de Souza, a 22.11.77, sendo 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, ao negar seguimento a recurso extraordinário, decidiu o que está resumido nesta ementa: "Embargos Infringentes. A matéria devolvida ao conhecimento do acórdão recursal por força dos embargos infringentes cinge-se aos limites do voto vencido. Mas nem por isso ficam os julgadores impedidos de modificar seus fundamentos legais quando a conclusão do voto vencido passa a ser vencedora." ("Rev. de Jurisprudência", vol. 68, pág. 379).

No caso em exame, a divergência no que pertine ao mérito foi total. A maioria julgou procedente a ação e o voto vencido julgou extinto o processo com julgamento do mérito. O voto vencido fundamentou-se na decadência.

Com essas considerações e entendendo que não preciso enfrentar o tema de decadência, acolho os embargos para, nos termos do voto vencido, julgar extinto o processo com o julgamento do mérito, pronunciando a prescrição quinquenária, condenando o autor embargado ao pagamento das custas processuais e dos honorários profissionais do procurador do Estado, fixados em 10% do valor da causa, a ser recolhido ao erário estadual, porque o procurador faz parte dos quadros dos funcionários do Estado.

É o meu voto.

O DES. CARLOS IGNACIO SANT'ANNA — Acompanho integralmente, Sr. Presidente.

O DES. RUY RUBEN RUSCHEL — Estou de pleno acordo com o eminente Relator.

O DES. CHRISTIANO GRAEFF JÚNIOR — Pediria inicialmente, Sr. Presidente, que o eminente Relator informasse sobre se é exata a assertiva do embargante de que o primeiro julgamento ocorreu em 7.6.72 e o segundo em 9.12.76.

O DES. TÚLIO MEDINA MARTINS (RELATOR) — São exatas essas datas. O Estado aceitou, tanto que a contestação do Estado admitiu a repetição.

O DES. CHRISTIANO GRAEFF JÚNIOR — Face à essa informação, Sr. Presidente, e com a mais respeitosa vênias aos votos do eminente Relator e daqueles que o seguiram, rejeito os embargos. Penso que, para verificar-se o momento em que nasceu a ação para o embargado, é necessário examinar a natureza da correção monetária. A correção monetária — penso que fui um dos primeiros juízes gaúchos que focalizou esse aspecto — independe do pedido. (Julgados do T.A.R.G.S., 1/205). Ela pode ser exigida na execução, independentemente da sentença que julgou a ação tê-la concedido. Quando sustentei esse ponto de vista e, no egrégio Tribunal de Alçada, fiquei vencido. Hoje, essa orientação é predominante no colendo STF, que tem proclamado várias vezes que a correção monetária independe de pedido, que a correção monetária não se identifica com tributo, não se identifica com juro. Ela é pura e simplesmente a atualização da moeda, como dar-lhe o seu poder aquisitivo da época em que deveria ocorrer o pagamento.

No caso, foram propostas duas ações de restituição de indébito. No momento em que foi proposta a primeira ação, o período que havia decorrido não tinha nem índice de correção monetária de um para o outro. "Data venia", não me parece, por isso, que devesse o autor na inicial daquela ação de restituição exigí-la. Estaria prescrito o direito à restituição se ele não tivesse proposto a ação no tempo oportuno. Mas a correção monetária é paga precisamente porque o valor quando foi restituído não correspondia exatamente ao valor da moeda do dia do pagamento indevido.

Esta ação, embora proposta sob o nome de aditivo a um pedido que teria deixado de ser feito na inicial, é, na verdade, uma ação de indenização, pela desvalorização da moeda ocorrida a época do efetivo pagamento até a época em que esse valor foi restituído. O direito do embargado à correção monetária, a meu ver, nasceu precisamente no instante em que ele poderia promover a execução.

É comum, é tranqüilo hoje nos Tribunais, quando executado um julgado que não previu a correção monetária, admitir-se correção monetária, pedida na execução. Alguns dão até de ofício, porque é tão galopante a inflação que assola o País que a moeda desvaloriza dia a dia. E, no dizer do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, a moeda assim aviltada, não faz um pagamento, constitui um escárnio lançado na face do credor.

Nessas condições, no meu ponto de vista, não poderia ocorrer nem a prescrição nem a decadência antes de decorridos cinco anos dos julgados. Não poderia ocorrer a decadência porque a correção monetária não é imposto, não se identifica com imposto. O direito

de exigir o imposto é um, e o direito de exigir a correção monetária é outro, para o próprio Estado. Para o contribuinte é a mesma coisa. O que o embargado pediu foi a devolução da importância paga a título de imposto e que era indevida. Quando lhe foi restituída essa importância, foi restituída com a parcela menor correspondente à desvalorização da moeda. É essa desvalorização da moeda que ele está pedindo em ação distinta, sem que adicione uma outra causa de pedir. Por conseguinte, seu direito nasceu naquele instante da execução. Nessa execução poderia tê-la postulado, e pelo fato de não ter pedido que, ao se proceder o cálculo, se incluísse também a correção, não me parece modifique a situação. Fica exatamente a mesma coisa. Apenas ele está pedindo agora, em ação própria, aquela correção monetária que teria direito a pedir na execução do julgado, embora o julgado não tivesse acrescido a correção monetária. Foi, naquele momento, que nasceu seu direito à indenização correspondente à desvalorização da moeda.

Por esses motivos, com toda vênias, rejeito os embargos.

O DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — Sr. Presidente. Estou de pleno acordo com o eminente Des. Christiano, nas considerações expendidas a respeito da natureza jurídica da correção monetária, e dos decorrentes efeitos no plano processual. Apenas dessas premissas extraio conclusões, data vênias, diametralmente opostas, e que vão ao encontro do entendimento do eminente Relator. Quer-me parecer, inclusive, que a propositura da presente ação tornou-se defesa face ao instituto da coisa julgada, coisa julgada que opera não apenas contra o sucumbente, mas também frente ao próprio vencedor, impedindo ao vencedor de reformular, aditar o seu pedido sob um aspecto ou uma colocação a ele mais favorável. Então, se poderia conceituar a coisa julgada, face ao vencedor, como sendo a própria exaustão da ação de direito material.

Estou de pleno acordo em que a correção monetária não é um novo pedido, junta-do ao pedido inicial. Não são propriamente dois pedidos: o débito e a correção monetária. Não é um "plus" que se adiciona, é apenas um "minus" que se evita. E é por isso que, como bem o disse o eminente Des. Christiano, temos, vezes muitíssimas, julgado, conforme aliás a atual orientação do Pretório Excelso, que a correção monetária independe do pedido na inicial, simplesmente porque não constitui novo pedido. Temos também entendido, e assim a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que mesmo omissa quanto à correção monetária a condenação, poderá a correção ser incluída em liquidação de sentença, exatamente porque não é um outro pedido, mas é o próprio e mesmo pedido traduzido em nova expressão monetária.

Assim, uma vez que a parte não se opôs à sentença que omitiu a concessão da correção monetária, uma vez que a correção não foi posta na liquidação de sentença, chegamos ao momento em que, pelo pagamento, o próprio crédito resultou extinto, quando do recebimento da moeda em que ele foi revelado.

Assim, Sr. Presidente, das mesmas premissas extraio conclusões diferentes, ficando, "venia concessa", ao lado do eminente Relator.

O DES. MÍLTON DOS SANTOS MARTINS — Sr. Presidente. Tenho por muito fortes os argumentos do eminente Relator sobre a matéria, mas com a vênua de S. Ex^a e dos que o acompanharam, subscrevo integralmente o voto do eminente Des. Christiano, também no mesmo entendimento de que a correção monetária apenas mantém o valor da moeda e faz o ressarcimento integralmente, por isso que na repetição do indébito, e principalmente após a citação se pode considerar o devedor inclusive de má fé e se deve indenizar por inteiro. Sobre isso ainda uma vez que se tenha omitido essa correção monetária na sentença, se tenha omitido na liquidação e se tenha omitido na execução, embora seu caráter integrativo, não significa que se não possa pleitear igualmente em ação em separado, em ação própria, porque evidentemente foi parcela que aí não integrou o principal, como deveria integrar. É parcela que ficou excluída, ficou esquecida na sentença, na liquidação e na execução. O fato de ficar esquecida e o fato de dever integrar não significam que não possa agora ser pedida em ação que se diz própria, em uma outra ação. Destarte o pedido pode ser manifestado "a posteriori", "data venia", sem ofensa à coisa julgada, de vez que não há menção, pelo menos pelo que depreendi, que fosse negada de modo expresso em qualquer dos julgamentos anteriores.

Nestes termos, acompanho o eminente Des. Christiano.

O DES. CRISTOVAM DAIELLO MOREIRA — Com o eminente Relator e a argumentação desenvolvida pelo Des. Athos.

O SR. PRESIDENTE (DES. PAULO BECK MACHADO) — Embargos Infringentes nº 30.271, de Porto Alegre — "Acolheram os embargos e fixaram em dez por cento (10%) os honorários do Dr. Procurador do Estado, que devem ser recolhidos ao Tesouro Estadual. Vencidos os desembargadores Christiano e Mílton. Proferiu parecer oral o Dr. Procurador do Estado, que dispensou abertura de vista dos autos."

ÍNDICE

A ACUMULAÇÃO E A FUNÇÃO DE ACESSORAMENTO — por Clarita Galbinsky — Parecer nº 4.530/PGE	103
ACUMULAÇÃO DE CARGOS — Acúmulo Militar, por Marisa Soares Grassi — Parecer nº 4.374/PGE	143
ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM EXERCÍCIO DE VEREANÇA — por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer nº 4.440/PGE	175
ALIENAÇÃO DO DOMÍNIO DIRETO DE TERRENO FOREIRO — por Verena Nygaard Becker — Parecer nº 4.454/PGE	165
ALFONSIN, Jacques Távora. Decadência e prescrição na repetição do indébito fiscal — Embargos — Acórdão	259
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Gratificação por risco de vida — Parecer nº 4.411/PGE	159
ATO ADMINISTRATIVO — publicidade, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer nº 4.510/PGE	123
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. Publicidade do ato administrativo — Parecer nº 4.510/PGE	123
BECKER, Verena Nygaard. Alienação do domínio direto de terreno foreiro — Parecer nº 4.454/PGE	165
BERGESCH, Eunice Rotta. Funcionário designado para responder pelo expediente de delegacia — Parecer nº 4.373/PGE	119
BRIGADA MILITAR — Pensão para viúva de policial militar, por Sílvia Opitz	229
BRIGADA MILITAR — Subsistência, por Ney Sá — Parecer nº 4.391/PGE	89
CABRAL, Armando Henrique Dias. Domínio da Ilha Humaitá — Parecer nº 4.532/PGE	109
CARGO DE CARREIRA — Transferência — Possibilidade jurídica, por Almiro do Couto e Silva — Parecer nº 4.325/PGE	85
CARGO PÚBLICO — Acumulação com exercício de vereança, por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer nº 4.440/PGE	175
CASTRO, Sílvia La Porta de. Decreto Regulamentar e Resoluções do Contran — Parecer nº 4.412/PGE	153
CASTRO, Sílvia La Porta de. Fazenda Sarandi	235
COMPUTAÇÃO — Lei Federal Alemã, para proteção contra o abuso de dados pessoais, a serem utilizados em bancos de dados.	29
CONTESTAÇÃO — Pensão para viúva de policial militar, por Sílvia Opitz	229
COUTO E SILVA, Almiro do. Transferência para cargo de carreira — Parecer nº 4.325/PGE	85
DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO — na repetição do indébito fiscal, por Jacques Távora Alfonsin	259
DECRETO REGULAMENTAR E RESOLUÇÕES DO CONTRAN — Hierarquia das normas jurídicas, por Sílvia La Porta de Castro — Parecer nº 4.412/PGE	153

DIREITO, LÓGICA E EXPECTATIVA, por A. G. Prys Williams	71
DOMÍNIO DA ILHA HUMAITÁ — por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer n.º 4.532/PGE.	109
EMPREITADA — por Eliana Donatelli de Moura — Parecer n.º 4.295/PGE.	113
FAZENDA SARANDI — por Rejane Brasil Filippi e Sílvia La Porta de Castro. . .	235
FILIPPI, Rejane Brasil. Fazenda Sarandi	235
FUNCIONÁRIO — VEREADOR — Acumulação de cargo público com exercício de vereança, por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer n.º 4.440/PGE	175
GALBINSKY, Clarita. A acumulação e a função de assessoramento — Parecer n.º 4.530/PGE.	103
GOULART, Adnor. Rinha de galos — Parecer n.º 4.501/PGE	129
GRASSI, Marisa Soares. Acumulação de cargos — Parecer n.º 4.374/PGE	143
GRATIFICAÇÃO POR RISCO DE VIDA — por Rosa Maria de Campos Aranovich — Parecer n.º 4.411/PGE.	159
GRECO, Marco Aurélio. Transporte coletivo urbano — Fixação da dimensão tarifária pelo CIP — Parecer	179
HULLEN, Renita Maria. Remuneração do vereador no recesso parlamentar — Parecer n.º 4.194/PGE	169
LEGALIDADE OU ILEGALIDADE — Brigas de galos, por Adnor Goulart — Parecer n.º 4.501/PGE	129
LEI FEDERAL ALEMÃ — para proteção contra o abuso de dados pessoais, a serem utilizados em bancos de dados	29
LÓGICA, Direito e Expectativa — por A. G. Prys Williams.	71
LOSANO, Mário G. A lei alemã sobre a proteção dos dados.	11
MOURA, Eliana Donatelli de. Contrato de Empreitada — Parecer n.º 4.295/PGE . . .	113
OPITZ, Sílvia. Pensão para viúva de policial militar. Contestação	229
PENSÃO — para viúva de policial militar. Contestação, por Sílvia Opitz.	229
POLÍCIA CIVIL — Funcionário designado para responder pelo expediente de delegacia, por Eunice Rotta Bergesch — Parecer n.º 4.373/PGE	119
PRESCRIÇÃO — e decadência na repetição do indébito fiscal — Embargos — Acórdão por Jacques Távora Alfonsin	259
PRORROGAÇÃO DE PRAZO CONTRATUAL — por Elmo Pilla Ribeiro — Parecer n.º 4.463/PGE.	92
RAMOS, José Hugo V. Castro. Acumulação de cargo público com exercício de vereança — Parecer n.º 4.440/PGE	175
RESPONSABILIDADE E CONTROLE — numa Constituição democrática, por Ulrich Scheuner	59
REMUNERAÇÃO DO VEREADOR NO RECESSO PARLAMENTAR — por Renita Maria Hüllen — Parecer n.º 4.194/PGE	169
REPETIÇÃO DO INDÉBITO FISCAL — Embargos — Acórdão, por Jacques Távora Alfonsin	259
RIBEIRO, Elmo Pilla. Prorrogação de prazo contratual — Parecer n.º 4.463/PGE. . .	92
RINHAS DE GALOS — por Adnor Goulart — Parecer n.º 4.501/PGE	129

RISCO DE VIDA — Gratificação — por Rosa Maria de Campos Aranovich — Parecer n.º 4.411/PGE.	159
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. Vinculação do produto da arrecadação de tributos — Parecer n.º 4.323/PGE.	97
SÁ, Ney. Subsistência da Brigada Militar — Parecer n.º 4.391/PGE	89
SCHEINER, Ulrich. Responsabilidade e controle numa constituição democrática . .	59
TERRENO FOREIRO — Alienação do domínio direto de, por Verena Nygaard Becker — Parecer n.º 4.454/PGE.	165
TRANSFERÊNCIA PARA CARGO DE CARREIRA — por Almiro do Couto e Silva — Parecer n.º 4.325/PGE	85
TRANSPORTE COLETIVO URBANO — por Marco Aurélio Greco — Parecer.	179
TRIBUTOS — Vinculação do produto da arrecadação, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer n.º 4.323/PGE.	97
VEREADOR — remuneração no recesso parlamentar, por Renita Maria Hüllen — Parecer n.º 4.194/PGE	169
VINCULAÇÃO — do produto da arrecadação de tributos, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer n.º 4.323/PGE.	97
VEREANÇA — Acumulação de cargo público — por José Hugo V. Castro — Parecer n.º 4.440/PGE.	175
VOCAÇÃO INDUSTRIAL — Acórdão	253
WILLIAMS, A. G. Prys — Direito, Lógica e Expectativa	71

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