

REVISTA
DA
PROCURADORIA-
-GERAL
DO ESTADO



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

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando 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.

RPGE	Porto Alegre	v. 10	nº 27	p. 1 a 272	1980
------	--------------	-------	-------	------------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.
v. 9 n. 24- 1979- . Porto Alegre,
Procuradoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Instituto
de Informática Jurídica.
v. 23cm. quadrimestral.

Continuação da Revista da
Consultoria-Geral do Estado.



JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
Governador do Estado

OCTÁVIO GERMANO
Vice-Governador do Estado

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMALIA DIAS DE MORAES
Procurador-Geral Adjunto

JORGE ARTHUR MORSCH
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

Maria Amália Dias de Moraes

Almiro Regis Matos do Couto e Silva

Manoel André da Rocha

Luiz Juarez Nogueira de Azevedo

Maurício Azevedo Moraes

Ana Maria Landell de Moura

Jorge Arthur Morsch

Antônio Estevão Allgayer

Eliana Donatelli de Moura

Rosa Maria Peixoto Bastos

Maria Isabel de A. Ribeiro Fonyat

Henriqueta K. von Wackerritt (Secretária Executiva)

Laura Correa Oliveira (Bibliotecária Assistente)

Maria da Graça Landell do Moura Berni

SUMARIO

DOCTRINA

FRANCESCO CARNELUTTI	Meditação em torno do problema da Ciência do Direito	11
JEAN-PAUL BUFFELAN	Os obstáculos lingüísticos à comunicação sócio-jurídica	27
ATHOS GUSMÃO CARNEIRO VERENA NYGAARD BECKER	Observações sobre o recurso adesivo	35
ARMANDO HENRIOUE DIAS CABRAL	Natureza jurídica da retrocessão nas desapropriações	39
LÚCIA VALLE FIGUEIREDO	Proteção ambiental e seus instrumentos jurídicos	59
	Contratos das empresas estatais	77

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Acumulação em cargo público com emprego em fundação — Parecer 4303/PGE	93
EMÍLIO RODRIGUES	Tutela e subordinação hierárquica das autarquias — Parecer 4296/PGE	97
ELMO PILLA RIBEIRO	Tutela e subordinação hierárquica das autarquias — Parecer 4297/PGE	103
NEY SÁ	Cessão de uso do bem público — Parecer 4253/PGE	105
TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO	Usufruto de imóvel enfitêutico — Parecer 4358/PGE	107
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Lotação e relotação de funcionários — Parecer 4321/PGE	111
MARISA GRASSI	Tempo de serviço prestado em Cartório de Registro das Pessoas Naturais — Parecer 4287/PGE	115
ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL	Documentos exigíveis para habilitação em licitações — Parecer 4353/PGE	119
JOSÉ QUADROS PIRES	Inspecção médica como pressuposto para ingresso no serviço público — Parecer 4364/PGE	125

MERCEOES DE MORAES RODRIGUES	A Taxa Rodoviária Única e suas isenções — Parecer 4293/PGE	127
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Extinção de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade — Parecer 4320/PGE	143
EUNICE ROTTA BERGESCH	Justificação administrativa de tempo de serviço público — Parecer 4361/PGE	149
VERENA NYGAARD BECKER	Parcelamento do solo urbano — Parecer 4357/PGE	153
ADNOR GOULART	Transferência de oficial da Brigada Militar para a reserva remunerada . .	159
CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO	A licença para edificar e sua extinção	161
ARNOLDO WALD	Licença para construir. Existência de servidão. Normas aplicáveis	177
ASSUNTOS MUNICIPAIS		
RENITA MARIA HÜLLEN	Reajuste dos subsídios e verba de representação do prefeito — Parecer 4316/PGE	189
JOSÉ OUADROS PIRES	Prefeito nomeado — Parecer 4277/PGE	195
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Exercício cumulativo da vereança com função pública — Parecer 4315/PGE	197
MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Exercício de cargo público com vereança — Parecer 4356/PGE	201
EUNICE ROTTA BERGESCH	Contrato de locação de serviços — Parecer 4337/PGE	205
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Proibição da venda de gado — Parecer 4331/PGE	209
VERENA NYGAARD BECKER	Cobrança de Taxa de Pavimentação — Parecer 4322/PGE	213
MÁRIO NUNES SOARES	Vereança e presidência de fundação .	217
TRABALHOS FORENSES		
REJANE BRASIL FILIPPI	Subfaturamento na remessa de sucata	223
AVANI VALÉRIA RIGO BÜSATO	Cancelamento de Transcrição.	251
LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEOO	Habeas-Corpus	257

DOCTRINA

MEDITAÇÃO EM TORNO DO PROBLEMA DA CIÊNCIA DO DIREITO

FRANCESCO CARNELUTTI

1. No intróito à reedição da obra de Giuseppe Capograssi, que foi a mais útil aos juristas (**O problema da Ciência do Direito**, Milão Giuffrè, 1962), Pietro Piovani, seu discípulo predileto, admoesta já ter chegado o tempo em que, após terem celebrado o homem e chorado o seu desaparecimento, os estudiosos devem se empenhar em cultivar os campos que ele amorosamente arou e semeou. Um destes é dedicado ao problema da Ciência do Direito.

Não me iludo em ter dito e, de qualquer modo, em ter, agora, a força necessária para levar adiante, além dos limites por ele atingidos, a solução de tal problema. Creio, todavia, que para evitar o perigo de que o apelo de Piovani, como tantos outros, permaneça desatendido, seja necessário um ato de boa vontade. O que estou por fazer não possui outra razão nem pretende ter outro mérito que não seja este.

Por outro lado, eu sou aquele que antes e depois de ter escrito algo, certamente não comparável ao livro de Capograssi, sobre a Ciência do Direito, também falou em arte do Direito, primeiramente para comemorar Vittorio Scialoja, após, numa pequena obra em espanhol, publicada originariamente em Buenos Aires.

Eis um perfil do problema que Capograssi não considerou. E nós, estudiosos do Direito, conseguiremos, procurando esclarecer as relações entre Ciência e Arte, compreender algo mais acerca do que estamos fazendo?

Observei, ainda recentemente, que os filósofos, ao traçarem o panorama da ciência, nela não compreendem em realidade a Ciência do Direito, o que os juristas não podem lamentar, posto que foram eles mesmos a duvidar do caráter científico do próprio saber; e mesmo quando tenham superado tal dúvida, não conseguem acordar em torno do que seja o conteúdo da ciência por eles professada. Por outra parte, o meu aceno ao caráter artístico deste saber não despertou, pelo que sei, o mínimo interesse.

Quais são as origens de tanta incerteza?

Tradução de "Meditazione intorno al problema della Scienza del Diritto" (Estudos em homenagem a Paolo Greco, Padova, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965, v.1, p.97 e seq.), autorizada por Tito Carnelutti e editora. Tradução de Eugênio Cruz Speggorin.

De qualquer forma, o dano que disto deriva é grave. Em nenhuma outra matéria, a distância entre a ciência e a técnica é tão ameaçadora quanto na Ciência do Direito.

Quando se trata de fabricar os instrumentos para a guerra, a técnica se deixa guiar pela ciência mais pura.

O contrário acontece quando se trata dos instrumentos que deveriam servir à realização da paz: ciência e técnica estão separadas por uma barreira que ainda não se conseguiu derrubar. A maior parte dos defeitos imperdoáveis do nosso ordenamento jurídico se devem à existência de tal barreira.

Assim, não somente para homenagear a memória do mestre desaparecido, mas para não ser gravado pela responsabilidade das conseqüências desastrosas de uma ignorância, como é aquela acerca do que somos e fazemos, do que podemos e devemos fazer, é que o campo arado e semeado por Capograssi deve ser cultivado. E se não o cultivarmos aqueles que o fariam melhor do que eu, procurarei fazer aquilo que posso, para que aquela semente se transforme, pelo menos, num débil rebento.

2. Arte e ciência são duas fases do conhecimento. Digo duas fases e não dois modos porque, conforme veremos, se sucedem alternativamente, além de se integrarem no esforço do conhecer.

Em uma palavra, a arte intui, a ciência raciocina, mas esta não é a única fórmula para distingui-las, nem a mais comum.

Comumente, a distinção se funda na diferença entre o belo e o verdadeiro: a ciência procura a verdade; a arte, a beleza. Mas a beleza é aquele tanto de verdade que transparece das coisas; e a verdade aquele tanto de beleza que se consegue descobrir procurando experimentar a intuição.

Mais penetrante é a fórmula que se apóia na diferença entre o fazer e o saber.

O cientista desfaz; o artista faz; mas o fazer não é tanto a função quanto a condição da arte, no sentido de que só fazendo se pode intuir o que está dentro da coisa, como a semente no fruto, aliás, como o embrião na semente. Diria que o fazer consente descobrir a verdade sem desfazer a beleza. Nem todo fazer é um fazer arte; mas toda arte é um fazer. Isto, no entanto, é também um dizer, a propósito do que convém observar desde já, que exatamente o ordenamento jurídico é um "opus" construído com palavras. Isto se explica não tanto com a função semântica quanto com a virtude emotiva da palavra, ou seja, não tanto com a relação palavra-pensamento quanto com relação palavra-ação. Em suma, o dizer não é somente linguagem, mas, também, "poiésis".

Depois disto, o problema diz respeito a quanto no conhecimento jurídico seja ciência e a quanto seja arte; ou como nele se distingam e se confundam as duas fases do conhecer.

3. É um problema que convém enfrentar no plano genérico do conhecimento, visando a resolvê-lo, após, no jurídico. E o seu aspecto mais interessante e, se não me engano, menos explorado, é próprio àquele da real conexão da ciência com a arte, ao invés de sua distinção. Antecipando a conclusão do discurso que estou por fazer, diria que a arte está na nascente e se reencontra, após, na foz da ciência.

Quanto à ciência, todos sabem, repito, que opera raciocinando. Por sua vez, o raciocínio é um tecido de silogismos; e o silogismo, enfim, tem o seu pressuposto na lei. Ora, a lei é um resultado de juízos e o juízo supõe o conceito. A linguagem dos filósofos, e mesmo dos lógicos, a este propósito, é, infelizmente, pouco precisa, para não dizer, de imediato, confusa: silogismo, lei, juízo, conceito, são palavras que deveriam ser utilizadas com muita cautela.

A conceituação do que seja o conceito, se eu não estiver errado, constitui o princípio fundamental do discurso.

Comumente, se opõe um conceito ao fato, mas são as relações entre eles que devemos indagar. Há tempos, escrevendo a Teoria Geral do Direito e mesmo antes, eu me empenhei em definir o fato: o fato, eu dizia, é um fragmento, ou melhor, um segmento de história, concluído entre o princípio e o evento. Se a história não se seccionasse em fatos, não se compreenderia nada. É necessário reduzi-la a dimensões acessíveis aos nossos sentidos e ao nosso intelecto, se quisermos observá-la. Mas, como se procede? Noutra ocasião, começando a me ocupar deste atraente e difícil tema, servi-me da metáfora do rio, do qual se deve extrair uma certa quantidade de água para saber, entre outras coisas, se a mesma é potável ou não: sem um recipiente, a extração não seria possível. Extração ou abstração são palavras contíguas, que se equivalem no plano da matéria ou do pensamento. O conceito é exatamente algo como o recipiente necessário para isolar um fragmento de natureza ou de história. Fato e conceito são, portanto, dois termos complementares; assim, dá-se um fato enquanto se fabrique um conceito que o represente.

Eis que ora comparece a arte, quando se fala de representação. Sobre a relação entre representação e presente, como na relação entre presente e tempo, creio já ter insistido até o cansaço.

Fato está, que se ao rio corresponde o tempo, extrair um fato da natureza ou da história significa tirá-lo fora do tempo; o fato passa, mas o conceito, não. Ora, do que é formado o conceito, se consegue tornar presente o fato e não deixá-lo passar?

Neste ponto, então, aflora a palavra, meio prevalente, se não exclusivo da representação e, com ela, a "poiésis", formidável intuição do pensamento grego, à comparação da qual, as descobertas da filosofia analítica são uma miséria.

Com a palavra, o verbo torna-se carne; este é o milagre.

O conceito, portanto, pertence à realidade como o fato ou a coisa; melhor dizendo: à existência. O conceito existe, é um "opus", não uma idéia; por isso é o resultado de um fazer, não de um saber; é um instrumento, não um resultado do saber.

Este fazer pode ser um dizer, mas também pode não sê-lo; todavia é "poiéin", não "prátein", diria Augusto Guzzo.

O fato de que no fazer esteja implícito um saber, é algo a que já se acenou e sobre o que falaremos posteriormente; em todo caso é um saber intuitivo, não racional, fruto de uma intuição e não de um raciocínio.

Ora, mesmo porque o conceito, conforme já demonstrei noutro lugar, precede ao juízo e este, por sua vez, precede à lei, um fazer está à raiz do saber.

Portanto, a ciência tem sua raiz na arte.

4. O juízo, dizia eu, é precedido pelo conceito, não pode ocorrer um juízo sem um sujeito e o sujeito não pode ser outra coisa senão um conceito.

Com o juízo começa o caminho da ciência: é um longo caminho cujas etapas devem ser seguidas.

Também o predicado, ao qual o juízo encabeça, originando-se no sujeito, é um conceito: um segundo conceito, do qual se deveria colher a exata diferença do primeiro para um completo conhecimento do juízo.

Eu disse, nas "Novas reflexões em torno do juízo", que o sujeito está para o predicado assim como o germe está para o rebento; e não tenho razões para me arrepender, restando por compreender em que consiste este brotar do sujeito, ou seja, o desenvolvimento do conceito que se cumpre na passagem do sujeito ao predicado. Ora, parece-me que a chave do problema se encontra naquela idéia da "Weltlichkeit der Sache", que me atingiu desde a primeira vez em que li o "Sein und Zeit" de Heidegger, e nas primeiras páginas dos "Diálogos com Francisco", que eu traduzi como "universalidade da coisa".

Então, partindo da observação que cada coisa é uma parte e como tal é e não é, pareceu-me poder comparar a coisa a uma medalha, em cujo "recto" figura o que

ela seja, e no verso, o que não seja: verdadeiramente uma coisa é aquilo que é, porque não é aquilo que não é. A plenitude do seu conceito não se obtém senão no confronto com todas as outras coisas. Em realidade, portanto, sujeito e predicado correspondem cada um a uma das duas faces da medalha. O desenvolvimento do sujeito no predicado se completa "contrapondo-se ao que a coisa é o que a coisa não for".

O exemplo de juízo, que eu propus a Francisco nos "Dialoghi: "Margarida é uma menina", resolve-se nesta outra fórmula: "Margarida não é outra coisa diversa do que uma menina". As duas particulas do juízo, sujeito e predicado, se aperfeiçoam, portanto, uma com a outra, enquanto que uma é positiva e a outra é negativa. A negativa do predicado não aparece pela estrutura, mas resulta da função do juízo. Trata-se aqui de uma anti-partícula, tal como aquelas que vão sendo descobertas pelos físicos nos experimentos nucleares. A este propósito, eu tinha tido a intuição do paralelismo entre o mundo lógico e o mundo físico; mas eu não conseguira demonstrar, como agora espero ter demonstrado, a antítese, sob o ponto de vista da possibilidade e da negatividade, entre as duas particulas do juízo. Depois disto, pergunta-se: o juízo, assim como o conceito, é um produto da intuição e pertence, desta forma, ao campo da arte? Responderia positivamente. A ciência começa depois, com o silogismo, portanto, com o raciocínio. Também o juízo, tanto quanto e ainda mais do que o conceito, implica num saber, mas um saber puramente intuitivo, ainda não racional, enfim, o saber implicado no fazer, não destacado deste.

Próprio porque o juízo, mediante o verbo, encabeça a combinação de dois conceitos, aliás, das duas partes ou faces do conceito, desse deve-se dizer, como do conceito em si, que é um "opus", pensamento feito carne, portanto, pertencendo ao mundo do fazer, não do saber. Sem palavras, se não ditas, ao menos recordadas (e recordadas não poderiam ser se não tivessem sido anteriormente ditas e escutadas), o juízo e o conceito não podem ocorrer.

Enfim, também o juízo, como o conceito, se mantém no plano da "poiésis"; um falar que é um fazer, enquanto acrescenta ao mundo das coisas o mundo da sua representação e neste procura colher as coisas fora do tempo, "sub specie aeternitatis".

5. Tanto o conceito quanto o juízo adivinham, mas o homem desconfia de seu adivinhar; sente, antes de conhecer, a sua limitação; intui que aquela sua liberação do tempo é um relâmpago, que poderia ser uma ilusão e tem necessidade de uma verificação que pede ao saber: a um saber, entendendo, não mais implicado, mas explicado pelo fazer. Então, ao relâmpago da intuição sucede o trabalho paciente da razão. Fácil, também este, de intuir, mas difícil de demonstrar.

Trata-se, sempre, de conhecer a verdade da coisa ou do fato; o que está abaixo, não à superfície, não aquilo que aparece, mas aquilo que é.

Para este fim, não nos podemos valer senão da experiência. Mas o que significa esta palavra?

Diz-se logo que é o encontro ou o choque (o que já se disse) entre o indivíduo e a realidade, ou melhor, a existência; mas é necessário esclarecer que o encontro ocorre no tempo ou, mais exatamente, com o tempo.

A experiência é um fato essencialmente temporal; decisiva é, segundo eu, a observação de que, enquanto a intuição supera o tempo, a razão lhe está sujeita. A comprovação do que uma coisa seja, se obtém através daquilo em que ela se transforma.

O ser se manifesta através do transformar-se. Para verificar o que uma coisa é, necessário se torna saber o que foi e o que será; o seu ser é a ligação entre isto que foi e o que será.

Este significado de experiência responde, antes de tudo, ao sentido comum.

Ao se afirmar que um jovem, avesso aos ensinamentos dos mais velhos e mais experientes do que ele, deve, por sua vez, tornar-se experiente, o que mais se pretende dizer, senão que ele deva assumir as conseqüências de seu obstinado comportamento?

A experiência está, desta forma, em íntima relação com o transformar, ou seja, com o tempo. A experiência é dada por aquilo que vem depois, o que responde, de resto, ao dado semântico, posto que, "experior" vem de "parior". Transparece, assim, a palavra, a idéia da geração.

Depois disto, o problema é como a experiência dos outros sirva à cada um de nós. Não ocorre dizer, mesmo porque já se sabe, que isto é possível através da indagação da causalidade. As leis naturais não são outra coisa que fórmulas da causalidade. A descoberta de tais leis é o trabalho da ciência, cujo método é a análise, ou se quisermos, a abstração. Fatos e coisas são reduzidos a pedaços e com esses pedaços dos fatos e das diversas coisas se recompõe aquilo que os juristas chamam com uma palavra que mereceria talvez ser transferida a uma esfera superior àquela do Direito: "fatispécie".

A fatispécie é abstrata, o fato é concreto. A fatispécie não é um conceito, é um resultado. Passa entre o conceito e o resultado a diferença que separa, por exemplo, o retrato fotográfico de um homem, daquela figura construída sobre as conotações referidas pelas testemunhas, o que constitui uma das últimas conquistas da polícia científica, para a descoberta do réu, ou melhor, do suspeito de ter cometido um delito. Também o resultado é feito de palavras, ou de sinais, mas as

palavras têm uma função diversa daquela que guardam no conceito. Mesmo os números são palavras, mas palavras que servem para raciocinar, não para representar.

"Ratio", a propósito, em latim, significava número, não somente razão. A diferença, em termos precisos, se refere à antítese entre existência e possibilidade.

Se os resultados se pudesse atribuir uma função representativa, eles representariam os "possíveis" e não os "existentes". Esses servem, precisamente, para passar do plano da existência àquele da possibilidade. A ciência, portanto, é a análise da experiência com o fim de avaliar quanto de possível se contém no existente. A observação do tempo serve assim para comprovar o resultado da intenção atemporal. A ciência está a serviço da arte; mas a arte, por sua vez, está a serviço da ciência. A relação entre uma e outra é circular.

6. Exaurida a análise da experiência ou, pelo menos, alcançado aquele tanto que as forças permitem alcançar, é também necessário que o cientista narre a sua aventura. Não pode guardá-la para si, antes de tudo porque, mesmo que somente o interesse pela pesquisa o tenha estimulado, se não a narrar, não poderia servir aos outros, exatamente quando sempre mais a ciência é feita com a contribuição de cada um dos pesquisadores. Mas, verdadeiramente comunicação é solicitada por aquela necessidade de compreender melhor, que se obtém no esforço de se fazer compreender.

Ora, por meio deste comunicar-se, a ciência, como se iniciou, se completa na arte. Também a análise da ciência é um fato que pode, aliás, deve ser representado como qualquer outra história. Com o comunicar-se, a ciência se torna "poiesis". E o cientista volta a ser poeta.

A arte da narrativa pode chegar a diversos níveis, todavia, se a análise da experiência foi intensamente vivida, é raro que não seja dignamente narrada.

É necessário ter tido familiaridade com algum matemático ou biólogo e ter recebido a primícia de sua descoberta para ter visto arder sobre sua face a chama da poesia.

Naturalmente, este passar da ciência à arte e da arte à ciência, que procurei colher no processo do conhecimento, simplifica e, assim, deforma a realidade, na qual o suceder-se é mais uma alternância contínua, portanto, uma troca, para não dizer um câmbio de serviços entre representação e verificação. Isto explica como se tenha falado e se insistido em falar, indiscriminadamente, de ciência e não de arte em todos os casos, nos quais não se tenha um puro ato representativo, sem alguma ambição de verificar-lhe o resultado. Mas se quisermos superar, mesmo sendo por pouco, as posições já alcançadas para a solução do problema da Ciência do Direito, parece-me que a análise do conteúdo da ciência não possa ser descurada e não possa dar senão o resultado que ora me parece ter atingido.

7 Ora é tempo de deslocar a atenção para outro termo da fórmula: Ciência do Direito.

Após ter procurado esclarecer em que consiste a ciência, apressemo-nos em fazer o mesmo, em torno do Direito. O procedimento não muda se, em lugar do Direito, fala-se em Ciência Jurídica. Em que ponto difere esta das outras experiências? O "quid proprium" do Direito está numa tentativa de regular o curso da história. O que ocorre com o curso da história, ocorre com o curso de um rio: sem o Direito a história seguiria o seu álveo natural. O Direito assemelha-se a um sistema de barreiras, diques e de tapumes, mediante o qual se acelera, se orienta, se desvia ou mesmo se estanca o fluir das águas. O que corresponde às barreiras, aos diques e aos tapumes, são os comandos gerais e particulares, mediante os quais alguns homens tentam dirigir a conduta de seus semelhantes.

A primeira observação a fazer a propósito é que os instrumentos, dos quais nos servimos para regular o curso da história, outra coisa não são que palavras. É impossível compreender o Direito sem medir o valor da palavra. Provavelmente, este aspecto do Direito é o setor da realidade, na qual mais claramente se manifesta a insuficiência das diretivas daquela corrente filosófica moderna que também se ocupou da palavra ou, mais exatamente, da linguagem.

Até onde a palavra é considerada como um sinal ou símbolo, o seu valor resta, pelo menos parcialmente, escondido. A sua descoberta surge numa luminosa página do Evangelho, mais precisamente nos Sinóticos onde se conta a parábola do Semeador. A palavra nem tanto é um sinal quanto uma semente. Por sua vez a parábola do Semeador é ilustrada pelo milagre do servo do centurião: não somente com a frase celebrada na liturgia cristã, mas ainda mais com a explicação que ele mesmo deu: "eu, que sou oficial sei, que se disser a um soldado: vai!, ele vai. E se lhe disser: vem!, ele vem".

Tal é verdadeiramente o paradigma da conversão do espírito em matéria. Uma espécie de distração ou mesmo de pudor dissuadiu, até agora, os juristas do reconhecimento de que o verdadeiro assassino do condenado à morte não é o carrasco, mas sim o juiz que pronunciou a condenação; posto ser este quem diz ao carrasco: mata! E aquele, mata.

A experiência jurídica é portanto o suceder de uma ação às palavras. A depender de que ação seja ou não aquela indicada pelas palavras, ou seja, a depender de que as palavras alcancem ou não o efeito indicado, fala-se em obediência ou desobediência.

Capograssi descobriu esta verdade e assim propôs a fórmula com a qual a experiência jurídica pode ser definida.

8. Também para o Direito, o fazer precede ao conhecer. Mas, o que é necessário para se fazer o Direito? Um comando. E o que é o comando? Aliás, como é? Uma vez que o problema que necessita ser resolvido é antes aquele da estrutura do que o da função do Direito.

Provavelmente, a vingança é a matriz do Direito. Eu gostaria de ser dotado de uma cultura histórica, o que infelizmente não possuo, para poder propor, em relação a isto, algo mais do que uma nua intuição.

O ofendido que ofende o ofensor ainda não está criando Direito, mas estabelece as condições para fazê-lo. Deve ter existido, pelo menos nos "maiores" uma obscura consciência de que a vingança agrava o mal, portanto, é necessário prevenir o primeiro mal antes de acrescê-lo de um segundo.

O comando de não ofender deve partir disto. E, com o comando nasce o Direito. A raiz é a mesma para "ius" e para "iubere". Ora, o comando na sua concepção primitiva nada mais é do que o anúncio da vingança.

Trata-se de transpor a vingança do passado ao futuro, da existência à possibilidade; em palavras simples, de representar não tanto o que ocorreu quanto aquilo que poderá ocorrer.

Mas, estruturalmente, representar o que poderá ocorrer não se pode senão representando algo que ocorreu. Exatamente porque representar significa abstrair ou mesmo, digamos, extrair alguma coisa do tempo representando-o "sub specie aeternitatis", a representação do que ocorreu serve para mostrar o que poderá ocorrer.

Por isto, o Direito nasce como o juízo. "Ius, lubeo, lúdico": sempre a raiz "iu", a indicar união.

Ressalto um velho artigo de minha autoria: "Ius lungit", a cujas observações o filólogo ao qual me dirigi, nunca respondeu.

O juízo é, exatamente, a união de dois conceitos, sujeito e predicado.

Alguém julga que se algo tiver ocorrido, algo mais ocorrerá.

Isto não é somente um juízo, mas certamente, e antes de tudo, um juízo. Acrescento: um juízo de valor, o qual, como demonstrei, diferente do juízo histórico, empenha o futuro.

Note-se que a palavra adotada para significar a atividade do julgar aos fins do Direito é Jurisprudência. Ora, a "prudentia", contração de "praevidentia", implica,

precisamente, numa capacidade de prever. "Iuris-prudens" é aquele que, pronunciando juízos de valores aos fins de Direito, isto é, para estabelecer a paz entre os homens, antecipa no presente o futuro.

Se não me engano, a Jurisprudência é arte, não Ciência do Direito. A arte, como em qualquer outro conhecimento, está no princípio e no fim do conhecimento do Direito.

O "Iuris prudens cognoscit faciendo" é próprio da arte e não da ciência. Pode ocorrer que ele não consiga ser um artista; de qualquer modo, porém, é um artifice, não um cientista.

9. A verdade é, porém, que o comando jurídico, enquanto busca a paz entre os homens, portanto, a prevenir a guerra e não somente a reprimi-la, evolui do juízo na lei, o que significa, em termos já usuais num comando abstrato e não concreto, cuja formação exige um saber que não é somente um saber-fazer. Aqui se coloca exatamente o problema da Ciência do Direito como análise da experiência jurídica. A mesma coisa que ocorre com o Direito, ocorre com os engenhos físicos, os quais, num primeiro e longo tempo são para nós de formação empírica, transformando-se, pouco a pouco, no produto de uma técnica guiada pela ciência.

É, se não me engano, de extremo interesse observar como tal formação científica vem se desenvolvendo.

A passagem, quero dizer, da formação empírica à formação científica da lei ocorre, pouco a pouco, por etapas ou por graus.

Comumente se identificam duas etapas ou graus na exegese e na dogmática; mas a análise, para dar algum bom fruto, deve ser impelida mais a fundo. Sem dúvida, as primeiras leis são obras da intuição; mas, como ocorre que se forme o saber necessário ao controle dos resultados da intuição, e que tal saber sirva para substituir a formação científica à formação empírica das leis jurídicas?

Esta é uma das fórmulas com as quais pode-se propor o problema da Ciência do Direito e é para resolver tal problema que assume uma importância decisiva a experiência jurídica.

10. Se é verdade que a experiência consiste, como há pouco procurei explicar, no suceder de um efeito à causa e se a lei jurídica, por sua vez, consiste em fazer decorrer um certo efeito pela ação do indivíduo, conforme ou disforme em relação àquilo que a lei prescreve, o exemplo da experiência jurídica é aquele de quem deve fazer uma escolha prevista pela própria lei; em termos correntes, de quem se encontra a regular a sua conduta segundo a lei, devendo, portanto, escolher entre a obediência e a desobediência.

É claro que para tal fim ele deve confrontar o fato com a fatispécie; estas palavras já são familiares aos técnicos do Direito, embora nem sempre usadas corretamente.

A propósito disto é bom referir que fatispécie não é o fato mas o conceito do fato tal qual se encontra formulado na lei.

Ora, o confronto supõe, antes de tudo, que quem o deva fazer compreenda aquilo que a lei, ou, mais exatamente, o que quis dizer aquele que criou a lei; e, antes de tudo, determine exatamente o significado das palavras, com as quais a lei se exprime. A experiência, a este propósito, se resolve no diálogo, também esta uma palavra admirável, enquanto exprime que o "logos" não está tanto em quem fala e em quem escuta, mas entre quem fala e quem escuta. Somente quando um e outro "vertunt in unum", o diálogo se estabelece e a experiência é positiva.

Ora, próprio sobre o diálogo é que convém meditar. É exatamente porque o pensamento está entre quem fala e quem ouve, aliás, quem escuta, é que não somente aquele que fala deve ter atenção para captar o ouvinte, mas um e outro: o primeiro a fim de encontrar a palavra apta para se exprimir; o segundo, com o fim de prendê-lo através daquelas palavras. Basta refletir que a distração permite ouvir mas não escutar, para que se reconheça que a posição da quem escuta não é uma posição meramente passiva; pode mesmo ocorrer, aliás não é nada raro, que o esforço de quem escuta seja maior daquele que fala. Mas a atenção pode não ser suficiente, ao contrário, a rigor, nunca é suficiente, para que o pensamento se exprima inteiramente com a palavra.

A mímica, compreensiva do comportamento da face como do gesto, demonstra assim o esforço de quem fala com a interior consciência da utilidade, para não dizer da necessidade de um complemento à palavra, a fim de que o diálogo possa ser estabelecido. Por isso, o escutar não se exaure no ouvir; junto ao ouvir, ocorre ver. Sob este ponto de vista, se manifesta a menor eficácia do discurso escrito em confronto com o discurso falado, embora a maior ponderação do escrito consinta uma mais acurada escolha das palavras.

Todavia, a colaboração do destinatário do discurso ao sucesso do diálogo se estende além dos limites da mímica, à procura de uma quantidade de elementos exteriores os quais possam servir de complemento à palavra. É através do emprego de tais elementos, o qual obriga a um saber racional além do saber intuitivo, que ocorre, portanto, a intervenção da ciência em auxílio da arte.

Isto se manifesta de modo particular quando, para verificar o significado atribuído às palavras, se procura a "ratio" da declaração, o que após significa dizer, do seu fim. A relação do meio ao fim, isto é, do "posterius" ao "prius", se exprime, na realidade, numa lei, na aplicação da qual pode-se verificar o significado. Exigências análogas são encontradas na reconstrução do fato, que é outro termo do confronto, no qual se resolve a experiência jurídica.

São, depois de tudo, as exigências da historiografia, a qual, por sua vez, empenha além do saber intuitivo, um saber racional, de tal forma que a própria experiência jurídica elementar do "subditus legis", cujas escolhas estão condicionadas pelo Direito, não pode ser completada sem um saber que ultrapasse os limites da pura intuição.

11. Compreende-se que, para socorrer às necessidades do "subditus", cuja preparação é freqüentemente, aliás ocorre cada vez mais insuficiente para superar a dificuldade da experiência jurídica, não tanto para a reconstrução do fato, quanto para a compreensão da fatispécie, venha se formando a Ciência do Direito, antes de tudo na qualidade de exegese, ou melhor, de interpretação. Uma primeira observação a este respeito concerne à diferença entre exegese e interpretação; uma diferença que normalmente foge à atenção dos estudiosos. Exegese é a atividade dirigida a compreender a norma jurídica; interpretação é ao invés a atividade dirigida a fazê-la compreender. O exegeta trabalha para si; o intérprete trabalha para os outros. O intérprete, enfim, é um intermediário, é o que se coloca no meio (inter), entre o "conditor" e o "subditus legis". Aqui se trata não tanto do saber racional, quanto do saber científico, ou seja, de um saber desinteressado, posto a serviço, não de uma ação própria, mas da ação de outrem. A interpretação se resolve num juízo de caráter histórico, cujo sujeito é a norma interpretada e cujo predicado consiste numa fórmula em que se desenvolve o conceito a fim de que se torne mais inteligível para o "subditus legis".

O saber necessário à interpretação, pelas razões adotadas precedentemente, não está contido nos limites do saber intuitivo, onde a interpretação está certamente compreendida no âmbito da Ciência do Direito; mas a ciência não basta para constitui-lo sem o subsídio da arte; o intérprete, como o "conditor iuris", forma um resultado que difere do conceito, enquanto representa um "possível" antes de que um "existente", mas não pode representá-lo senão em termos de existência, ou seja, como sa existisse.

Assim, é obra da arte tanto o retrato de uma pessoa viva, quanto o de uma pessoa imaginária.

12. Não há, porém, somente as palavras mas também os silêncios das leis; masmo estes é preciso ter em conta, quando se busca resolver o problema da Ciência do Direito. Ao invés de "silêncios" os juristas falam de lacunas. Eu não mudei a palavra por capricho, muito menos por preciosismo, mas porque o silêncio que se interpõe à guisa de pausa no discurso tem, como veremos, um valor que a palavra lacuna não exprime. Ocorrem como que intervalos entre as coisas, que parecem vazios e ao contrário estão cheios de ar, o elemento necessário à vida.

As lacunas da lei assinalam a irreduzível margem entre o abstrato e o concreto.

A história tem uma riqueza que a lei nunca conseguirá exaurir.

Isto significa que a lei não basta para exaurir o Direito. Os remédios de tal insuficiência, que eu mesmo distingui com os dois conceitos da auto-integração e da étero-integração, se reduzem "in apicibus" a um só. Se a fratura no tecido dos comandos legislativos se resolve com o comando judicial, fazendo do juiz o legislador do caso concreto, isto não significa que este possa julgar na medida de uma "aequitas cerebrina", onde ele não pode deixar de buscar o que chamamos de princípio do Direito, para guiá-lo no julgamento, assim como guia o legislador para legislar.

Se, ao contrário, a solução consiste na analogia, é fácil demonstrar, como demonstrei desde os meus primeiros estudos, quanto seja ilusória a conhecida distinção entre "analogia legis" e "analogia iuris", onde a aplicação ao caso não previsto pela norma que regula os casos semelhantes ou matérias análogas se resolve sempre na busca do princípio inexpresso do direito. Assim, os silêncios da lei, ou mesmo os intervalos entre as palavras da lei são, como os intervalos entre as coisas, cheios de um "quid" que se assemelha à atmosfera, sem a qual a lei não poderia respirar. Mas o jurista não pode se contentar com esta metáfora como o químico não se contenta em afirmar que entre coisas e coisas não há o vazio, enquanto se esforça por saber de que se compõe o ar. Precisamente: o que são os princípios e como são descobertos?

Não são, antes de tudo, não podem ser senão leis, não é possível que sejam qualquer coisa diversa das leis, pois servem ao mesmo fim, isto é, a compor um conflito de interesses entre os homens e são, para o regulamento dos casos não previstos, aplicados pelo juiz, ou mesmo antes, pelo "subditus", do mesmo modo com que se aplicam as leis. Leis, porém, não escritas e, melhor se diria, antes do que explícitas, implícitas no sistema. (Entenda-se, pois, leis explícitas).

Ora, o que interessa ao nosso problema é o modo da sua descoberta que é, como veremos, o mesmo modo com o qual os físicos descobrem as leis implícitas da natureza.

Com esta finalidade, ainda mais intensa ou profundamente que para a interpretação, opera a ciência, que já nos habituamos a chamar de dogmática, neste setor.

A dogmática, em confronto com a interpretação, é um grau ulterior de análise da experiência. Se se pudesse comparar cada uma das normas jurídicas ao átomo, eu diria que os juristas se comportaram como os físicos quando conseguiram fazer-lhe a anatomia.

As abstrações sucessivas, ou melhor, progressivas, que nos levaram desde o "ius" e da "obligatio" dos juristas romanos à relação jurídica, ou do "contractus" ao negócio e, finalmente, ao ato e ao fato jurídico, descarnaram a existência para formar resultados sem os quais não teria sido possível descobrir as leis implícitas,

das quais as leis explícitas são uma manifestação. Normalmente, antes de extrair ou de analisar, fala-se em generalizar; mas estes são modos diversos para se dizer a mesma coisa: o geral diante do particular não é senão o abstrato diante do concreto.

O fisiólogo, se não conseguisse isolar sobre a mesa anatômica o sistema nervoso, não teria podido descobrir as leis que o governam, e o jurista, se não tivesse construído as categorias da relação ou do ato jurídico, não teria compreendido, entre outras coisas, que o ato é a função da relação e que, portanto, determinados efeitos jurídicos não se produziram se aquele que os executa não fosse sujeito da relação que se manifesta.

13. Aqui surge, se não me engano, o conceito da experiência, que não é a norma nem o fato mas, voltando às palavras de Capograssi, o encontro ou choque entre a norma e o fato: encontro, eu diria, se a norma é obedecida; choque, se a norma é violada.

Não se deve entender o ensinamento do Mestre no sentido de que baste a experiência rude para que se faça a ciência: a experiência, como a matéria-prima, deve ser elaborada. Mas a matéria a ser trabalhada não é somente a norma, mas sim a norma enquanto é obedecida ou desobedecida, isto é, na realidade do seu sucesso ou do seu insucesso.

Capograssi, muitas vezes, senão quase sempre, ao invés da realidade diz vida; e o diz corretamente porque a realidade do direito é a vida do homem; somente enquanto o homem vive é que ele se encontra ou desencontra com o direito. Isto significa que a Ciência do Direito não pode ser feita unicamente sobre os livros.

As normas do Código Civil que regulam a venda ou a locação não são a venda ou a locação, assim como as normas do Código Penal que punem o furto ou o homicídio não se confundem com o furto, nem com o homicídio. Igualmente, o Código de Processo Civil ou de Processo Penal não são nem o Processo Civil nem o Processo Penal. Por isso, aquelas normas constituem uma parte mas não toda a matéria que o jurista deve trabalhar para fazer a ciência.

Para este fim, ele não pode permanecer fechado nas bibliotecas, mas deve mergulhar na vida.

Se eu procuro compreender a Capograssi em relação aos eventos da minha vida e medir a estrada que eu mesmo percorri, devo confrontá-lo com Polacco, que foi o meu primeiro e mais caro Mestre. Para Polacco, bastava a biblioteca; aliás, a rigor, bastava o Código Civil; tudo o que estivesse além da norma jurídica não só não importava, como não devia importar. Capograssi teria dito que importava a norma e não importava a vida.

Eu fui, tão logo fora da universidade, um aluno reconhecido, mas infiel; e não porque soubesse desenvolver uma crítica a este modo de pensar; tudo quanto posso colocar no meu ativo daquele tempo é uma atração pela vida, uma necessidade de sair do fechado, um interesse sempre crescente por aquelas, que eu teria então chamado, as aventuras do Direito: instinto talvez, mais do que atração.

Enfim, uma paixão pela aventura que a um certo momento, como já citei em outro lugar, me teria talvez separado dos estudos, sem a intervenção de Sraffa e o chamamento da Revista di Diritto Commerciale, cuja influência no desenvolvimento da Ciência Italiana do Direito, no princípio do século, foi realmente decisiva.

Ocorreu-me, assim, fazer uma análise da experiência jurídica, antes de tudo sem saber claramente o que fazia.

Tem-se a prova disto naquela apreciação do livro de Capograssi, ora reeditado, a qual demonstra que, infelizmente, eu compreendera bem pouco.

A compreensão veio mais tarde, e talvez menos por mérito do livro do que do homem, com o qual a minha boa estrela permitiu que eu mantivesse uma ótima amizade.

Assim, pouco a pouco, Capograssi me ensinou, não só a reconhecer a Ciência do Direito, mas a conhecer a mim mesmo.

Se, nestas páginas, eu tiver conseguido dar um passo adiante na estrada por ele aberta, eu me sentiria feliz por ter começado a pagar, mesmo com uma moeda bastante pobre, uma dívida que nunca se extinguirá.

OS OBSTACULOS LINGÜÍSTICOS A COMUNICAÇÃO SÓCIO-JURÍDICA

JEAN-PAUL BUFFELAN
Professor na Faculdade de Direito de Libreville
- Gabão, África

O arcaísmo dos termos da linguagem jurídica é geralmente considerado, em nossos dias, como um obstáculo prejudicial à comunicação entre os juristas e o público. Uma comissão do Ministério da Justiça trabalha na modernização da linguagem dos atos judiciais (julgamentos, diligências, atos de tabelionatos).

Não tem sido sempre desta forma. Desde a mais remota antigüidade, a palavra, **logos** ou **verbum** é um instrumento comum à religião, ao Direito e à magia, três domínios que estavam, aliás, confundidos, em sua origem.

Para os gregos e romanos, os "bárbaros" são os estrangeiros que não se entendem porque eles não falam o mesmo idioma. Na época da Lei das Doze Tábuas, que é aquela do Direito Romano mais primitivo marcado pelo formalismo absoluto, esoterismo e aspecto sagrado, impregnavam a linguagem jurídica, precisamente para torná-la inacessível ao profano.

Deve-se levar em conta que a **fórmula** tem um caráter sagrado e ritual: é a expressão que contém os termos exatos, devendo ser pronunciados para que se obtenha um resultado preciso (desde o engajamento de vontades "spondeo" até a fórmula mágica provocando a comparação forçada de Méphisto ou do gênio de Aladim). A evolução histórica fez com que mudasse a linguagem jurídica sem se desembaraçar completamente de seu esoterismo. Hoje em dia, por sua significação particular, a linguagem jurídica aparece como constituindo um obstáculo que se opõe à comunicação sócio-jurídica, mas, no fundo, é, na realidade, uma barreira ou, ao contrário, uma estrutura social necessária ao bom funcionamento do agrupamento humano considerado?

I É um obstáculo

A comunicação sócio-jurídica pode ser detida pela linguagem jurídica, seja de maneira irremediável, seja de forma somente parcial

A. Obstáculo insuperável

Tradução de "Les Obstacles Linguistiques a la Communication Socio-juridique", autorizada pelo autor.
Tradução de Henriqueta K. von Wackernitt, revisão de Eugênio Cruz Spaggiarin.

Pode-se distinguir 2 casos em que a comunicação é inexistente: quando há ausência total de comunicação; quando há recusa de comunicação.

a) Ausência total de comunicação

Na hipótese de uma ausência total de comunicação, o "usual" não passa, não há então reação de retorno. As condições de realização de tal hipótese necessitam a superposição de um grupo social a um outro ou mesmo a criação de um grupo social fechado em si mesmo dentro de uma sociedade maior.

A bem da verdade, não é aqui a linguagem jurídica que constitui o obstáculo à comunicação, mas antes a própria natureza da sociedade considerada. Pode-se citar como exemplo a superposição de uma estrutura jurídica evoluída, do tipo colonial, a uma estrutura social primitiva ainda no estado tribal. De início, a comunicação é nula entre os 2 grupos que se debatem sem relação uns com os outros. Se um dos grupos desaparece, seja por eliminação física, seja por deslocamento no espaço, a ausência de comunicação terá sido total.

Por outro lado, se a coexistência mais ou menos pacífica se estabelece de maneira duradoura, as relações de fato e de direito se ligarão. A iniciação ao idioma do grupo dominado pelo grupo dominante marca as relações de fato. As relações de direito se traduzem pelos recursos à linguagem jurídica do grupo dominante para materializar um acordo "internacional": assinatura de um tratado de aliança e de proteção pelo comandante Bonet-Willamet, em nome da França, com o rei Denis Ragotchombo, em Gabão, em 5 de fevereiro de 1839.

b) Recusa de comunicação

Pode-se tratar de uma recusa de comunicação com um outro grupo social: tribo de índios da Amazônia recusa todo contato tanto com as outras tribos como com o homem branco (por fuga no espaço ou por defesa à mão armada).

É mais freqüente o caso de uma sociedade onde governantes e governados não têm a mesma visão das coisas. As tentativas dos governantes para fazer evoluir os costumes pelas prescrições legais ou pelas interdições jurídicas se chocam à hostilidade aberta dos governados: leis suprimindo o costume do dote em todo o território da República do Gabão. A esta proibição, os interessados replicam pelo costume sem dote, sem filha para casar. E o dote continua a ser pago pelo futuro marido. Na realidade, ter-se-ia uma visão errônea das verdadeiras estruturas sociais de Gabão (assim como de outros países da África) limitando-se ao estudo de textos legislativos regulando a organização judiciária: alguns (instituído a justiça de paz no interior do país) nunca foram seguidos de realização efetiva; por outro lado, apesar de legalmente revogadas, as jurisdições costumeiras continuam sempre a funcionar, mesmo em Libreville, a capital do Gabão.

Poder-se-ia objetar aos exemplos citados anteriormente, que o obstáculo vem mais da linguagem que da realidade coberta por ela. Mas a linguagem sobrevive às transformações sociais. O funcionário territorial do Gabão é sempre o "comandante" da época colonial militar e, na chefia das províncias, nomearam-se recentemente "governadores". O Franco AFR nunca conseguiu substituir o Franco CFA, mesmo sob os dréquiers.

B. Obstáculos Parciais

Há 2 tipos de obstáculos parciais: os erros de comunicação e as comunicações parciais.

a) Erros de comunicação

A nível da transmissão, a linguagem jurídica torna-se um obstáculo quando um ou outro de seus termos é empregado em sentido contrário. Assim, os artigos 538, 539, 540 e 541 do Código Civil afirmam a existência de um "domínio público" que é a propriedade do Estado. Ora, os redatores do Código simplesmente substituíram a expressão "domínio público" por "domínio nacional", utilizada no decreto de 22 de novembro/1º de dezembro de 1790, da época revolucionária. Em nenhum momento eles pensaram em criar uma distinção nos bens pertencentes ao Estado, mas a doutrina e a jurisprudência têm imaginado a noção de "domínio público" (regime jurídico especial de certos bens de coletividades públicas) no decorrer do século XIX. Disso resulta que, hoje em dia, o artigo 539 do Código Civil "todos os bens vacantes e sem proprietário e aqueles de pessoas que falecem sem deixar herdeiros ou cujas sucessões são abandonadas pertencendo ao domínio público" deve ser lido:

"... pertencem ao domínio privado do Estado". É impossível ao não jurista adivinhar que um texto oficial significa exatamente o contrário do que está escrito. Felizmente, tais exemplos são raros no estado legislativo. Na jurisprudência ocorre, de tempos em tempos, que as decisões sejam censuradas pela jurisdição superior em razão da falta de exatidão dos termos empregados.

A nível da recepção da regra jurídica, limitar-se-á a assinalar a curiosa hipótese "error comunis facit jus". O erro comum não é um erro universal; alguns podem conhecer a verdade. Fundado sob a teoria da aparência, o erro comum é um erro invencível ao qual nada pode razoavelmente escapar em virtude de sua duração, de sua notoriedade, etc. Fala-se também do erro "legítimo".

b) Comunicações parciais

A existência do velho brocardo "nemo censetur ignorare legem" é uma manifestação evidente do caráter imperfeito da comunicação jurídica. Diante da impossibilidade prática de informar cada cidadão individualmente de regra de

Direito, o Poder afirma a ficção do conhecimento presumido. Presunção incontestável: a prova da ignorância da lei não dispensa a sua aplicação. De qualquer modo, quando uma contravenção foi cometida em um período de três dias úteis a contar da publicação da lei criando a incriminação, o juiz pode afastar a pena imposta, se o contraventor demonstrar sua ignorância. (Decreto 5 nov. 1970, art. 4).

De fato, o conhecimento da lei pelo público está de tal forma afastado da realidade que este adágio pode ser contestado, notadamente por Jean Carbonnier (*flexible droit*, p. 116). Sem dúvida, somente os iniciados conhecem exatamente a lei, mas quando esta se transformou em costume tradicional, os particulares têm então um conhecimento suficiente dela. Não ocorre o mesmo nas sociedades contemporâneas onde a multiplicação das regras de Direito transformou-se de tal modo que o conhecimento efetivo da lei se torna particularmente difícil.

Notar-se-á que a imperfeição da comunicação tende menos à especificidade da linguagem jurídica do que ao estilo corrompido e obscuro bastante afastado do rigor do Código Civil, — e sobretudo ao incrível enosamento de disposições modificando ou revogando (às vezes tacitamente) os textos anteriores.

Enfim, o arcaísmo da linguagem judiciária é menos incômodo para o público do que o jargão das circulares administrativas ou as ambigüidades de textos legislativos votados antecipadamente; o primeiro só concerne aos litigantes, geralmente assistidos por advogados; os segundos lançam na perplexidade os usuários e os funcionários encarregados de sua aplicação.

Em definitivo, a linguagem jurídica é principalmente um obstáculo à comunicação tanto na linguagem como no vocabulário jurídico. Por outro lado, este último é necessário na medida em que ele corresponde aos conhecimentos de um domínio particular.

II É um obstáculo necessário

Necessitando de uma aprendizagem e de uma aquisição como em toda disciplina, a linguagem jurídica é específica ao Direito. Como este último, ela evolui e se moderniza.

A. Especificidade da linguagem jurídica

a) Todo conhecimento tem sua linguagem

A filosofia, a medicina, a informática tem sua própria linguagem; por que o Direito não teria a sua própria? A lei, o contrato, o depósito, o penhor, o mandato, o casamento, a propriedade, outro tanto de palavras francesas, e outro tanto de noções jurídicas de conteúdo bem preciso. As críticas mais vivas concernem não à

linguagem jurídica, mas à linguagem judiciária, à linguagem do Palácio, que é aquela dos especialistas do procedimento, como há um vocabulário dos cirurgiões ou dos encanadores. Sem ser jurista, ou urbanista, visualiza o simples proprietário, conhece o sentido da expressão servidão *non aedificandi*. A utilização de fórmulas latinas, aliás em repressão, não tem por objetivo o pedantismo, nem a fascinação de leitores ou ouvintes informados, mas principalmente a facilidade e abreviação: *Pater is est... nemo auditur...*

Enfim, o jurista não é o único mestre de sua língua; ele não inventa o vocabulário jurídico. Até as leis, e, às vezes, as mais recentes, como aquela de 13 de julho de 1965 sobre os regimes de casamento, empregam o termo "aquêstos" (bens adquiridos a título oneroso durante o casamento) ou "prelação" (direito de operar uma ação de subtrair uma quantia da soma total antes da partilha), o jurista está bastante obrigado de aí ter recurso. O mesmo para a terminologia nova.

b) Noções novas, novos termos

Mesmo se o profano nem sempre tenha consciência, a linguagem jurídica evolui constantemente ao mesmo tempo que o próprio Direito. O Direito colonial, mesmo se ele está sempre em vigor nas colônias antigas transformadas em Estados independentes, não se renova mais por afastamento do legislador e desaparecerá progressivamente por integração dentro dos direitos nacionais.

Por outro lado, o imperialismo do Estado engendrou o aparecimento de múltiplas regulamentações que engendraram os processos, dando luz a uma jurisprudência, provocando as reflexões da doutrina. Um outro tanto de novos direitos são nascidos: Direito de construção e de urbanismo; Direito do Meio Ambiente; Direito de Emergência... Cada um com seu próprio vocabulário.

Há direitos efêmeros, nascidos de circunstâncias e que lhes sobrevivem algumas dezenas de anos pelos procedimentos e vocabulário: Direito de abastecimento que lembra de imediato os "Tickets", os "bônus de alimentação", os "53" etc. Direito de prejuízos de guerra".

A aplicação da informática ao Direito atende à construção de quadros hierarquicamente arrumados por ramos. O 1º nível compreende as **rubricas**: fontes, pessoas físicas; coletividades; direitos patrimoniais; atos jurídicos, etc. O segundo é aquele de categorias determinadas de noções jurídicas (erro, embargo, etc) ou de sujeitos de direito (estrangeiros, sociedades etc). No 3º nível, encontramos as noções menores (promessa de casamento; servidão; etc). O 4º nível é aquele de larações que determinam um aspecto de uma noção menor. Por exemplo, promessa de casamento dá lugar a quatro affinements! concubinato; dano-juros; promessas; ruptura. O autor deste quadro, M. Edmond Bertrand, tende assim a uma classificação geral do Direito Civil, do tipo metódico. Assim, a linguagem jurídica se transforma e se moderniza progressivamente.

B. Modernização da linguagem jurídica

Esta evolução desejável acarreta o abandono das expressões mais fora de uso; ela encontra seus limites na necessidade de estabelecer a diferença entre o domínio do jurídico e o domínio do não-jurídico.

a) Eliminação dos termos arcaicos supérfluos

Nesta matéria, mister se faz distinguir os termos obsoletos dos termos técnicos. As pessoas do Palácio não têm atendido à Comissão de modernização da linguagem jurídica para abandonar termos como **comparar**, **icelui**, **dálinquer**, **contumacar**, **constar**, etc.

O abandono nos julgamentos, de fórmulas tais como "il é chet" por "il y a lien"; "il appert" por "il apparait", não acarretará nenhum prejuízo. A retirada do latim nas escolas secundárias coincide com a diminuição do uso de fórmulas latinas pelos juristas.

A verdadeira reforma consistiria em atacar, não os atos judiciais (que devem observar certa característica solene), mas as locuções arcaicas e muitas vezes esotéricas que permanecem nos códigos mais antigos: o estamento "olografo" poderia, sem inconveniente, denominar-se testamento "privado" em oposição ao testamento "público" (feito em cartório) e o testamento misto (remetido dobrado e fechado, ao notário) e o testamento "secreto". Ao invés de dizer contrato "sinalagmático", poder-se-ia simplesmente dizer contrato "bilateral" ou "plurilateral", segundo o caso.

O meio mais eficaz de renovar a linguagem jurídica consiste em modernizar com prudência e moderação a linguagem jurídica de nossos códigos e leis: o juiz, fiel servidor da lei, não tardará em adotar os novos termos em uso. O êxito desta delicada operação reside no sentido da medida com a qual ela será trabalhada: nem demais, nem de menos.

b) Parigos da uma modernização dasmadida

É preciso inovar, mas não demais. As ciências da comunicação nos ensinam que há toda uma estrutura da sociedade que se exprime na linguagem jurídica. A cultura clássica, enriquecida pelo grego e pelo latim, se estende naturalmente ao estudo do direito, as soluções jurídicas contemporâneas permanecem ainda impregnadas da herança do direito romano.

E dentro do arsenal jurídico já existe, e largamente provido, que o jurista vai procurar os elementos para fazer frente às situações novas. Resulta daí uma impressão aos olhos do observador exterior de apego às formas do passado, que

fará com que se taxe o jurista conservador. Aqui apareceria uma barreira à comunicação entre o jurista e o não-jurista.

Desta vez, o obstáculo é de ordem psicológica e sociológica. A nível individual, as reações psicológicas dominam.

Diante dos mesmos fatos, o homem comum raramente reage como jurista. Este último dispõe, graças à sua formação especializada, de um quadro de conhecimentos que lhe permite, senão de antecipar o futuro, ao menos de conhecer o procedimento legal de desenvolvimento das conseqüências de um ato (reconhecimento de um filho natural), de um **fato** (atirar um pote de flores sobre um transeunte) ou de uma **abstenção** (omissão de prestar socorro à pessoa em perigo).

A nível coletivo, a banalização da linguagem faz perder a consciência da existência da estrutura jurídica de suas sanções sociais. O "papel azul" do oficial de justiça (hunissier), ilegível e incompreensível, teria uma virtude de intimidação que desapareceria com sua substituição por qualquer carta datilografada, muitas vezes confundida com uma solicitação publicitária, para o maior prejuízo do distraído.

Este aparente prospecto terminará sendo amassado e atirado ao cesto de lixo, mas os atrasos e o implacável mecanismo do aparelho judiciário são encaminhados enquanto o interessado nem o suspeita ainda.

Preocupado por um misterioso "papier bleu", ele se teria informado, teria consultado e teria cuidado de seus interesses.

Os novos atos jurídicos, em linguagem familiar, traem seus destinatários, fazendo-os perder de vista o aspecto ritual das formas jurídicas. Ora, a sociedade contemporânea ressuscita o formalismo do antigo Direito pelas razões de justificação de eficácia e de rapidez (o "ticket" do tintureiro, o bilhete do metrô, etc). A simplificação da linguagem jurídica, para chegar a uma melhor comunicação, não deve desembocar em uma falsa comunicação resultante de um exagero na simplificação lingüística.

Conclusão

A linguagem jurídica é, ao mesmo tempo, motor e freio de um certo tipo de comunicação social. É um estágio necessário e permanente de uma sociedade. Ela constitui um dos elementos de estabilidade e de continuidade. Agente de progresso econômico-social em uma sociedade jovem, fator de ordem e de moderação em uma sociedade adulta, é uma causa de esclerose e de incompreensão social em um ambiente fechado e velho que não sabe se renovar.

OBSERVAÇÕES SOBRE O RECURSO ADESIVO

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO
Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio
Grande do Sul
Professor de Direito Processual Civil na Univer-
sidade Federal do Rio Grande do Sul e no
Curso de Preparação à Judicatura da AJURIS

1. O vigente Código de Processo Civil, artigo 500, em inovação merecedora de aplauso quase geral, instituiu no Brasil o recurso adesivo ('rectius', recurso "subordinado"), sob três espécies: apelação adesiva, embargos infringentes adesivos e recurso extraordinário adesivo.

No regime do CPC de 1.939, nos casos de sucumbência recíproca, freqüentemente ocorria encontrarem-se as partes com disposição de aceitar a sentença (ou o acórdão), conformando-se com a parcial sucumbência, desde que a parte adversa, por sua vez, também não recorresse. Mas na incerteza, — até o último momento —, da atitude do oponente, e pelo temor de ver levada ao conhecimento do Tribunal apenas a inconformidade da parte contrária, era comum o litigante recorrer da sentença com a qual, em princípio, estaria de acordo. E após interposto recurso, por uma ou ambas as partes reciprocamente sucumbentes, muito difícil a desistência.

Barbosa Moreira expõe excelentemente que, pela existência do recurso adesivo, "ambas as partes, em suma, vêem-se no fundo incentivadas a abster-se de impugnar a decisão". Sabem que, se o adversário recorrer, terão oportunidade de posteriormente interpor o recurso subordinado, conduzindo destarte ao Tribunal a lide em sua integralidade; e sabem que, se recorrerem desde logo, em recurso principal, poderão provocar "a reação de um adversário em princípio disposto a conservar-se inerte". O recurso adesivo, pois, conclui o eminente processualista e Des. do TJRJ, não é um expediente de "facilitação" dos recursos, mas sim um "contra-estímulo" às impugnações nos casos de sucumbência parcial ("Coment. ao CPC, ed. Forense, v.V, 3ª ed., nº 170); portanto, constitui eficaz instrumento de abreviação das demandas com diminuição de lides em segunda instância. No mesmo sentido José Afonso da Silva, com o argumento de que a inserção do recurso adesivo no sistema dos recursos "provoca um efeito psicológico diametralmente oposto ao que acontece em sua falta. Neste caso, havendo sucumbência recíproca, todos recorrem, mesmo quando se dispõem a aceitar o julgado, movidos pelo medo de recurso do adversário e pioramento de sua situação no caso de provimento deste, uma vez impossibilitados de recorrer depois. Inverte-se a situação na presença do recurso adesivo. Esse temor desaparece.

Aquele que deseja recorrer é que vai pensar duas vezes antes de abrir a via recursal, com recurso principal, dando margem ao outro de, após o prazo, aderir, propiciando julgamento contra o interesse daquele. Então, balanceará a situação para verificar, se não é mais conveniente ficar com o que já obtivera do que arriscar-se a perdê-lo na busca de um pouco mais". ("Do Recurso Adesivo no Processo Civil Brasileiro", 2ª ed., ed. RT, pág. 109/110).

2. Na prática diuturna dos julgamentos, surgem várias interessantes questões em torno ao recurso adesivo.

Poderá um litigante utilizar o recurso adesivo para complementar ou **aditar** o recurso principal pelo mesmo litigante já interposto? Suponhamos que o autor postulou a condenação do réu nos pedidos cumulados 'x', 'y' e 'w'. O juiz julgou procedente apenas o pedido 'x'. Portanto, sucumbência recíproca, pois o autor decaiu quanto aos pedidos 'y' e 'w'; e o réu quanto ao pedido 'x', em que foi condenado. O autor apela, mas somente quanto ao pedido 'y' (apelação parcial, pois), conformando-se, no azo, com a sucumbência relativamente a 'w'. O réu também apela, objetivando a total improcedência da demanda. Será possível ao autor, no decêndio previsto no artigo 500, I, interpor apelação adesiva à do réu, apresentando pedido de condenação do demandado também no pedido 'w'?

Sérgio Bermudes inclina-se pela resposta afirmativa, considerando configurados os pressupostos do recurso adesivo ("Coment. ao CPC", ed. RT, v. VII, nº 48). Assim também pensa Paulo Cezar Aragão ("Recurso Adesivo", ed. Saraiva, nº 81) com a afirmativa de que o princípio da exclusão de recursos complementares apenas veda duas impugnações "da mesma natureza, e não uma principal e outra adesiva", dês que com objetos distintos. Já o ilustre processualista conterrâneo, prof. Carlos Silveira Noronha ("Do Recurso Adesivo", ed. Forense, nº 34) considera incabível a interposição, pela mesma parte, do recurso principal e do adesivo, "mesmo porque a formulação do recurso principal absorveria todo o conteúdo da inconformidade adesiva, marginalizando-a por falta de objeto"; mas esta objeção, diga-se, não cabe na hipótese aqui proposta, em que a apelação principal diz respeito ao pedido 'Y', e a adesiva ao pedido 'W'. A eg. 2ª Câmara Cível do TARGS, em acórdão de que fomos relator, julgou inadmissível o recurso adesivo em "aditamento" ao principal (apel. 11.167, de 9.12.75, in "O Novo CPC nos Tribs. do RS e SC", ed. AJURIS, v. II, verbete 0576). É que, apelando relativamente à sucumbência no pedido 'Y', e deixando de fazê-lo quanto ao pedido 'W', o autor fixou expressamente os limites de sua inconformidade, aceitando em parte a sucumbência, sob os princípios da "unirrecorribilidade" e da "preclusão consumativa" (3ª C. Cível do TJRGS, ap. cível. 28.397, de 13.10.77, rel Des. Ney Ahrends, in Rev. de Jurisp. do TJRGS, 69/245).

Além disso, a cumulação de apelações, a principal com a adesiva, contraria o pressuposto finalístico do recurso subordinado, que é, no dizer expressivo de

Barbosa Moreira, o recurso "contraposto ao da parte adversa, por aquela que sa dispunha a não impugnar a decisão, e só veio a impugná-la porque o fizera o outro litigante".

Como consta da ementa da citada apel. 11.167 TARGS, "um dos pressupostos do recurso adesivo é não ter o litigante recorrido na via principal; o recurso adesivo apenas socorre àquele que estaria disposto a conformar-se com a sentença, se seu adversário observasse idêntico comportamento processual. O recurso adesivo não se destina a aditar um recurso principal, mas a contrapor-se ao recurso principal da outra parte".

3. Outro tema interessante é o pertinente ao uso do recurso adesivo como forma de 'renovar' um recurso principal interposto intempestivamente.

Induvidoso é que, com freqüência, o recurso adesivo será utilizado, como bem adverte Sérgio Bermudes (ob. cit., nº 49), por litigantes de todo inconformados com sua sucumbência parcial e que não suscitaram o recurso principal apenas por haverem perdido o respectivo prazo. Mas, em casos tais, a interposição do recurso principal não ultrapassou a mera intenção, de todo irrelevante no plano jurídico.

Entretanto, se o sucumbente interpõe efetivamente o recurso principal, e este apresenta-se intempestivo, entendemos incabível reiterar pela via do recurso adesivo a **mesma** desconformidade já manifestada serodidamente. Admiti-lo constituirá um desvirtuamento das próprias finalidades do recurso adesivo.

No mesmo sentido a opinião de Paulo Cezar Aragão (ob. cit., nº 81), este invocando a ausência, no vigente CPC, do princípio permissivo da variabilidade dos recursos consagrado no art. 809 do CPC de 1.939. Todavia não nos parece, s.m.j., que o tema envolva variação do recurso, o qual não deixa de ser o mesmo, quer interposto pela via principal como pela via adesiva; e sequer envolve a regra da "fungibilidade" de recursos (que jurisprudência dominante considera mantido no sistema processual vigente), pois, repito, o recurso é sempre o mesmo, mudando apenas o momento de sua interposição. O recurso adesivo, frisou José Afonso da Silva, não é senão um "modo especial de interpor a apelação, os embargos infringentes e o recurso extraordinário" (ob. cit. pág. 117).

Essencial é a consideração de que, quem impugna um gravame, mas o faz tardiamente, provoca a incidência da regra da 'consumação recursal'. (Paulo Aragão refere - nota 118, pág. 56 - que a doutrina alemã rejeita a 'consumação' ou 'absorção' recursal, e admite nestes casos o recurso adesivo).

4. Também é descabido o recurso adesivo como forma apenas de 'reforçar' ou de 'corrigir' os argumentos ou os fundamentos da sentença, cuja conclusão foi favorável ao recorrente.

A hipótese não é incomum. O autor, v. g., pede a anulação do contrato, apontando como causas de pedir a coação e o dolo. O juiz considera absolutamente inexistente a alegada coação, mas defere o pedido pelo segundo fundamento. Apela o réu. Ao autor é lícito e conveniente reiterar, nas contra-razões, a ocorrência da coação, mas não pode recorrer adesivamente com o pedido de que o juiz, resolvendo rejeitar o fundamento do dolo, todavia mantenha a sentença pelo primeiro fundamento. Não há, no caso, o inafastável pressuposto da sucumbência recíproca.

Menciona Bermudes (ob. cit., nota 53) que no direito mexicano as coisas se passam diferentemente, e ao vencedor por vezes convém aderir ao recurso do vencido, para que o Tribunal confirme a sentença "por razones y argumentos más firmes que los invocados por el juez".

Mas no sistema processual brasileiro não haveria sequer o interesse em recorrer, porquanto a apelação é integral na **profundidade** de seu efeito devolutivo: "quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais" (CPC, art. 515, § 2º). A apelação do réu permitirá pois ao Tribunal o exame da procedência do pedido do autor sob ambas as causas de pedir, e poderá a sentença ser mantida apenas em suas conclusões, mas pelo fundamento repellido em primeira instância, e sem que com isso ocorra 'reformatio in pejus' (Barbosa Moreira, ob. cit., nº 246; Paulo Cezar Aragão, ob. cit., nº 73 e 74).

5. E orientação dominante nos Tribunais de Justiça e de Alçada do RS o não-conhecimento de **recurso adesivo "embutido" nas contra-razões**, eis que o juiz não está adstrito a ler minudentemente a resposta do recorrido a fim de descobrir se nela acaso existe algum recurso adesivo ("Julgados" do TARGS, 29/351; Revista do RJRS 54/238, 61/424, 70/749, 72/538, 74/667).

O hoje Des. Cristiano Graeff Júnior, como relator da apelação nº 9.091 no Tribunal de Alçada do RS, lançou na respectiva ementa que "não dá para impor ao juiz a obrigação de, ao receber as contra-razões de apelação, perscrutar a existência de recurso adesivo, que incumbe à parte apresentar a descoberto, para ser submetido às mesmas regras do recurso independente". ("Julgados" do TARGS, 16/436).

Mas Barbosa Moreira alerta contra o excesso de formalismo, considerando admissível o recurso adesivo, embora manifestado na mesma peça das contra-razões, quando a impugnação apresente "todos os elementos indispensáveis a uma petição de interposição de recurso adesivo" (ob. cit., nº 179).

É mister, portanto, uma ostensiva e inequívoca manifestação recursal, e não o informal e mero queixume, protesto ou ressalva contra alegado erro em desfavor do recorrido.

6. Orientação dominante, embora não uniforme, é no sentido de admitir o recurso adesivo interposto pela parte vencedora, objetivando tão-só sejam majorados seus **honorários advocatícios**, máxime quando fixados em limite inferior ao pretendido na inicial ou na resposta, ou em percentual aquém do mínimo previsto em lei. Considera-se ocorrer, então, parcial sucumbência no alusivo à verba honorária.

NATUREZA JURIDICA DA RETROCESSÃO NAS DESAPROPRIAÇÕES

VFRFNA BECKER NYGAARD

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Universidade do
Vale do Rio dos Sinos

APRESENTAÇÃO

O presente estudo, oferecido em conclusão ao VI Curso de Especialização em Direito Administrativo, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a coordenação do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, foi motivado pelo intuito de provocar um reexame dos pressupostos em que se fundamenta a orientação dominante acerca da natureza jurídica da retrocessão e, assim, alimentar uma controvérsia aparentemente superada.

Tal nos parece necessário e oportuno, porquanto a concepção que, embora não sem vacilações, tem predominado, seja na doutrina, seja na jurisprudência, não atende ao preceito constitucional da garantia do direito de propriedade. É que a efetividade desta garantia afigura-se-nos especialmente importante nos nossos dias, na medida em que à gama de poderes e prerrogativas atribuídos ao Estado moderno prestador de serviços públicos, deve corresponder equivalente proteção aos direitos dos particulares. Está em causa a delicada questão do equilíbrio entre as prerrogativas de que é dotada a Administração para atuar no interesse público e a garantia da esfera jurídica dos administrados.

No contexto da desapropriação, a retrocessão aparece como um dos principais instrumentos de tutela dos interesses privados e, por conseguinte, de realização e manutenção daquele equilíbrio. Todavia, a eficácia do instrumento depende da natureza jurídica que se reconhecer ao instituto.

A esta questão, e tão somente a ela, pretendemos oferecer uma resposta possível que, assim esperamos, provoque o estudo acurado que a matéria ainda está a merecer.

O texto ora divulgado é uma versão revisada do trabalho sobre o qual fomos argüidos quando da conclusão do Curso de Especialização.

1. Noção e histórico da retrocessão no direito brasileiro.

É no contexto da desapropriação que se cogita da retrocessão, pois esta deriva daquela, como um efeito eventual.

A desapropriação sempre teve, no direito brasileiro, seu fundamento jurídico positivo no texto constitucional, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais. Todas as Constituições, desde a Imperial de 1824 até a Emenda Constitucional nº 1/69, conceberam-na como uma exceção ou limite à garantia do direito de propriedade quando, como se lê no art. 179, XXII, daquela, "o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão".

Nesta antiga formulação está também expresso o fundamento político da desapropriação, que não sofreu qualquer modificação na história constitucional brasileira: "a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis", conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ("Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro", in RDP 23/19).

A aquisição originária de propriedade pelo Poder Público não é elemento da definição constitucional da desapropriação, nem constitui o seu fim. Dela decorre, como um efeito, porque ao legislador se afigurou como um meio ou expediente, eficaz e idôneo, para prover ao interesse público. Por isso mesmo, a revenda do bem expropriado há de ser admitida, como o vem sendo pelos nossos Tribunais, sempre que dele depender a realização da finalidade pública que ensejou a desapropriação.

Do ponto de vista constitucional, poder-se-ia, assim, dizer, que "os sujeitos de desapropriação não seriam as pessoas jurídicas, mas o interesse público, ou melhor, a necessidade à a utilidade pública" (Ministro Gonçalves de Oliveira, em voto proferido no RE 52.113, in RDA 77/241).

Se o Poder Público não der ao bem e destinação que motivou a desapropriação ou outra, desde que também de interesse público, o ato expropriatório não mais se justifica, havendo a propriedade de retornar ao seu antigo titular.

Com efeito, o alcance da proteção constitucional do direito de propriedade – cuja "única exceção", como estave no texto de 1824, é a desapropriação – está, não só em garantir a propriedade enquanto instituição, mas também enquanto direito subjetivo do seu titular. Por isso mesmo, quando despojado do seu bem, o proprietário tem direito à indenização e direito a reaver o bem desapropriado sempre que não seja aplicado no interesse público.

A retrocessão é o instituto que, no direito brasileiro e no alienígena, se conhece para restabelecer o direito de propriedade nas mãos do seu antigo titular, sempre que a entidade desapropriante não empregar o bem em finalidade de interesse público.

"Negar-se a existência da retrocessão é", como bem disse o Desembargador Prado Fraga, "admitir a possibilidade de uma desapropriação sem necessidade ou

utilidade pública: é entregar a propriedade privada ao inteiro arbítrio do poder expropriante" (citação feita em acórdão do STF, RE 32.410, in RDA 51.284).

A retrocessão é instituto tão antigo no direito brasileiro quanto a própria desapropriação, sendo vislumbrado na Lei nº 57, de 18 de março de 1836, da Província de São Paulo, quando no art. 5º, ao lado do recurso ordinário sobre o quantitativo da indenização arbitrada, prevê "recurso à Assembléia Legislativa provincial para a restituição da propriedade".

Em 1899, Carlos de Carvalho assim redigiu o art. 855 de sua Nova Consolidação das Leis Civis: "Se, verificada a desapropriação, cessar a causa que a determinou ou a propriedade não for aplicada ao fim pere o qual foi desapropriada, considera-se resolvida e desapropriação e o proprietário desapropriado poderá reivindicá-la".

Contudo, a retrocessão teve sua primeira e única disciplina legislativa expressa, no art. 2º, § 4º da Lei 1021, de 23 de agosto de 1903, nestes termos:

"§ 4º – Se, por qualquer motivo, não forem levadas a efeito as obras para as quais for decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o seu imóvel restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas e aumentando o valor do prédio".

O Regulamento desta lei, aprovado pelo Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903 no art. 14, apenas repete o dispositivo transcrito, nada esclarecendo quanto à forma de exercício do direito, nem quanto aos seus efeitos.

A jurisprudência continuou entendendo que o direito de retrocessão se efetiva mediante a ação reivindicatória, conforme se pode ver nos fundamentos do acórdão do Tribunal da Justiça de São Paulo, de 02 de junho de 1914 (RT 10 66), "in verbis":

- "a) considera-se resolvida a desapropriação desde que cessa o motivo que a determinou, ficando o ex-proprietário, por esse facto, com direito de reivindicar a coisa que foi objecto da violência soffrida;
- b) não se altera esse direito, nem com a circunstância de servir a propriedade para utilidade diversa da que fundamentou o ato da desapropriação (caso em que seria necessário novo ato), nem com a superveniência de acôrdo sobre o preço e transmissão da propriedade (caso em que não há contrato de compra e venda, mas execução amigável de um ato inevitável);

- c) a prestação a que o reivindicante é obrigado, é, pura e simplesmente, a restituição do que recebeu, salvo se a propriedade aumentou ou diminuiu de valor por acto do novo proprietário, pois, então, haverá reembolso de despesas ou dedução de prejuízos, conforme for apurado em processo regular".

Este entendimento perdurou até a entrada em vigor do Código Civil que, dispondo sobre a mesma matéria de forma diferente, parece ter assimilado o que até então se configurava como direito de retrocessão, ao direito de preempção ou preferência na compra e venda.

Preceitua o art. 1150 do Código Civil:

"A União, o Estado ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou".

Em virtude da vigência simultânea da Lei 1021 de 1903 e do Código Civil, estabeleceu-se um sistema assaz confuso, na medida em que os dois diplomas atribuíram ao mesmo suporte fático – não aplicação do bem à finalidade que ensejou a desapropriação – efeitos diversos. Enquanto que da Lei 1021, norma jurídica de direito público, decorria o direito do proprietário, de reaver o bem, o Código Civil, norma de direito privado, criou, para as entidades públicas, simples dever de oferecimento.

Essa diversidade de tratamento originou a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do instituto da retrocessão.

À concepção vigente, segundo a qual o direito de reaver o bem era dotado de pretensão reivindicatória e, portanto, de eficácia real, contrapôs-se a concepção, extraída da Lei Civil, da eficácia meramente pessoal da retrocessão. Como, com clareza, escreve Clóvis Beviláqua nos seus comentários ao Código Civil, "o ex-proprietário, por isso que perdeu o seu domínio, não tem o direito de reivindicação que, erroneamente, se lhe reconhecia anteriormente, mas sim, o direito de preferência. O sistema do Código é mais conforme ao rigor dos princípios" (de direito privado, é de acrescentar-se). No mesmo sentido argumenta Whitaker na sua obra "Desapropriação" (S. Paulo, 1941, pág. 74).

O direito do expropriado de reaver o bem, quando não tivesse o destino para que fora desapropriado, passou a ser concebido como um direito de preferência que, se desrespeitado pelo Poder Público, originaria, tal como na compra e venda, uma pretensão indenizatória, como preceitua o art. 1156 do Código Civil.

Esta era a concepção, pode-se dizer, dominante, quando entrou em vigor o Decreto-Lei nº 3.365/41. Este omitiu qualquer referência à retrocessão, por se ter

entendido, conforme explica Francisco Campos na Exposição de Motivos, que se trata de instituto erradamente assimilado ao de desapropriação, o qual deverá continuar a reger-se pelo Código Civil.

Todavia, errônea, como pretendemos demonstrar no curso do presente trabalho, é exatamente a assimilação do instituto da retrocessão ao direito de preempção ou preferência na compra e venda, a que se entende ter procedido a Lei Civil.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 3.365/41 e a conseqüente revogação da legislação de 1903, estabeleceu-se, no plano infraconstitucional, uma regulamentação da matéria, na aparência, mais coerente.

Para tanto contribuiu decisivamente a regra do art. 35 do Decreto-Lei 3.365, segundo a qual os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação, resolvendo-se em perdas e danos, qualquer ação julgada procedente.

Assim, consumada a desapropriação, se, por qualquer motivo, o bem não tiver destino de interesse público, a entidade desapropriante o oferecerá ao ex-proprietário (Cód. Civil, art. 1150) que, no prazo de três ou de 30 dias, conforme seja móvel ou imóvel (art. 1153), poderá readquiri-lo mediante a restituição do valor da desapropriação, acrescido do valor das benfeitorias, se for o caso (art. 516). A inobservância do dever de oferecimento acarreta responsabilidade por perdas e danos (art. 1156) e qualquer pretensão do expropriado é sempre de conteúdo pecuniário, vale dizer, de natureza pessoal. Tal o resultado da interpretação literal do direito positivo em vigor, no plano infraconstitucional.

Os Tribunais, reconhecendo ter o instituto da retrocessão existido ao tempo de leis anteriores, passaram a negar sua existência atual, por não ter sido contemplado na vigente lei de desapropriações, sendo a matéria inteiramente relegada ao Código Civil que somente cuida do direito de preempção ou preferência (RT 200/282; RDA 32/223; RDA 37/237).

2. Concepção da natureza do direito do expropriado como direito pessoal. Crítica.

O exame dos argumentos extraídos do Código Civil, nos quais se baseia esta concepção, revela a sua fragilidade. Assim os de Ebert Chamoun, em seu trabalho intitulado "Da retrocessão nas Desapropriações" (in RDP, vol. 8/15-47). Depois de considerar que o expropriado, por ter perdido o domínio da coisa, não pode reivindicá-la, o autor argumenta que o preceito do art. 1150 do Código Civil, ajustando o direito do expropriado à disciplina geral da preempção e introduzindo-o no direito das obrigações, não poderia senão criar um direito pessoal, análogo

àquele que a própria preempção engendra, pois não se compreenderia que a equiparação realizada pelo legislador visasse a atribuir aos institutos, efeitos e natureza diferentes. Ebert Chamoun pondera ainda que, se o direito do expropriado tivesse a veemência e a eficácia peculiares ao direito real, o dever do expropriante, correspondente àquele direito, não se manifestaria em termos de simples oferecimento, pois ao direito real não se contrapõe, jamais, um mero dever de oferecer (p.24).

E conclui:

"É mister, pois, reconhecer que o expropriante, ainda após ter faltado ao dever de aplicar a coisa aos desígnios da desapropriação, pode, como proprietário que é, e sem receio de perder o domínio sobre ela, usar, fruir e dispor de tal coisa livremente, vale dizer, exercer amplamente todas as faculdades em que se desdobra a sua senhoria. Se desobedece aos fins da desapropriação e não oferece, em momento oportuno, a coisa ao expropriado, lesa direito pessoal deste, devendo-lhe, portanto, como ocorre nas lesões de direito dessa natureza, pagamento de indenização (p. 26).

Ora, na medida em que se fundamenta na legitimidade de uma infração ao texto constitucional – porque admitir possa o Poder Público faltar ao dever de aplicar a coisa aos desígnios da desapropriação é admitir a infração a dever estabelecido pelo art. 153, § 22 do E. C. 01/69 (art. 141, § 16 da CF de 1946) – tal conclusão é absolutamente insustentável, como o é toda aquela que, em matéria de Direito Público, se baseia numa interpretação literal da lei civil.

O propósito, é pertinente a crítica tecida pelo Ministro Seabra Fagundes à jurisprudência brasileira, dizendo que, no campo do Direito Administrativo, "o receio de fixar os princípios, ou mesmo de os deduzir, com largueza, de certos cânones do Direito Civil, pela adequação destes ao espírito do Direito Público, é impressionante" ("Da Contribuição do Código Civil ao Direito Administrativo", in RDA, vol. 78/12).

Exemplo dessa falta de adequação ao espírito do Direito Público aparece ainda noutro argumento utilizado por Ebert Chamoun. Com efeito, partindo de que a desapropriação opera a trasladação do domínio, o autor considera que "a proteção constitucional da propriedade viria, afinal, a beneficiar o próprio poder desapropriante, novo titular da propriedade, cujo direito é igualmente digno de ser salvaguardado".

Assim é que, desatento a que a proteção constitucional é da propriedade privada, gozando a propriedade pública de outro tipo de garantias, e a que o sentido daquela proteção, enquanto referida ao direito subjetivo, está em dirigir-se precisamente contra ingerências indevidas do Poder Público, Ebert Chamoun não vê "por que razão invocar o amparo constitucional do domínio para quem não tem o domínio e desconhecê-lo em favor de quem é o seu legítimo titular" (p. 23).

Igual prevalência ao texto civil é também atribuída por Alfredo de Almeida Paiva que, em comentário crítico a brilhante acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se decidiu que a retrocessão não está banida do nosso direito por ser corolário da garantia constitucional do direito de propriedade, sendo inassimilável ao direito pessoal de preempção ou preferência, afirma:

"31. Enquanto, porém, não for alterada a atual lei de desapropriação ou derogado o art. 1150 do Código Civil, para expressamente reconhecer-se a existência da retrocessão, não há como admitir a invocação de tal direito, maxime sob a frágil alegação de tratar-se de corolário da garantia constitucional do direito de propriedade" (in RDA 40/303).

Existirá, em matéria de direito positivo, mais sólida interpretação do que aquela baseada diretamente no texto constitucional?

3. Posição do problema.

O direito que nasce ao expropriado em virtude da não aplicação do bem à finalidade pública, há de ser estudado no direito positivo, à luz da Constituição, da legislação especial sobre desapropriação e do Código Civil, de forma integrada.

Como instituto de direito público – constitucional, administrativo e processual – cuja única e, sem dúvida, importantíssima implicação no campo do direito privado é o seu efeito extintivo da propriedade, a desapropriação instaura uma relação jurídica de direito público. Imprópria foi, por isso, a inserção do preceito relativo ao direito do expropriado no texto do Código Civil. Contudo, "tal heterotopia é inoperante: o direito, a pretensão e a ação que surgem ao que sofreu a desapropriação são de direito público, e não de direito privado" (Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", vol. XIV, pág. 172). Além do Código Civil, foram alvo de críticas os Ministros Carlos Medeiros e Silva e Francisco Campos, aquele autor do projeto do Decreto nº 3.365/41 e este, da Exposição de Motivos, por terem entendido que a retrocessão não estaria assimilada à desapropriação, mas ao direito privado de preferência.

A propósito, o próprio Clóvis Beviláqua refere que "a classificação do Código Civil tem sido censurada, porque a retrocessão resulta do fato de não se verificar o interesse público, pressuposto da desapropriação e a preempção resulta do acordo entre vendedor e comprador. Não existindo a causa legal da desapropriação volve o bem ao domínio do desapropriado" (Direito das Coisas, 1941, vol. 1º, p. 223). Todavia, não nos é dado saber de que forma isso ocorre, sobretudo tendo em vista que o mesmo autor, no seu "Código Civil Comentado", negara ao ex-proprietário o direito de reivindicação.

Assim, conforme salienta Seabra Fagundes no já citado trabalho, em virtude de sua natureza de direito público subjetivo de origem constitucional, o direito

assegurado pelo art. 1150 do Código Civil goza de preeminência sobre os direitos subjetivos de natureza privada e tem de ser interpretado num sentido diverso do direito de preferência reconhecido em função de normas contratuais. Impõe-se dar-lhe "um tratamento específico, e não o comum, segundo o qual se resolvem as pendências de indivíduo para indivíduo" (RDA, vol. 78/16). Dada a íntima vinculação do direito do expropriado com a desapropriação, uma vez que dala é efeito, a especificidade do tratamento a ser-lhe dispensado há de ser buscada no próprio contexto da desapropriação.

O fundamento político da desapropriação, como já foi referido antes, está em princípio angular do direito público, e que é a supremacia do interesse público sobre o particular. Em caso de conflito, prevalece aquele sobre este; o particular é despojado de seu direito para que o Estado, na qualidade de órgão encarregado de zelar pelo bem comum, adquira a propriedade e possa desempenhar adequada e eficazmente suas funções. Sob o ângulo do Estado, a desapropriação é um meio através do qual se investe do poder de disposição sobre o bem jurídico cujo uso e emprego é, no caso, exigido pelo interesse público.

A desapropriação nenhuma semelhança tem com a compra e venda; qualquer analogia com uma alienação ou venda forçada, sobre ser perigosa, em nada contribui para a elucidação do instituto. Com efeito, negócio jurídico por excelência, a compra e venda resulta do exercício da autonomia de vontade, reputando-se perfeita no momento do acordo sobre as prestações: transferência do domínio, de um lado e pagamento do preço, de outro. Nenhum desses elementos é encontrável na desapropriação, onde, em lugar do acordo de vontades, há ato de império; em lugar da obrigação de prestar, há perda; em lugar do pagamento do preço como contraprestação, há indenização pela perda. Finalmente, em vez de transmissão da propriedade, que é adimplemento na compra e venda, mediante a desapropriação se dá a aquisição originária de um lado, e a perda, de outro.

O direito de desapropriar nasce, para o Poder Público, no instante do surgimento da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social. A existência do interesse público sob a forma de uma dessas espécies, conforme explicitadas na lei ordinária, é, portanto, o próprio suporte fático constitucional da desapropriação.

Assim sendo, o procedimento expropriatório não pode ser instaurado se o interesse público não existe ou, se já consumado, o bem é que não pode permanecer nas mãos do expropriante, se o interesse público, tendo existido, desapareceu.

Algumas regras da legislação ordinária especial parecem, contudo, impedir tal solução.

Assim, o art. 9º do Decreto-Lei 3.365/41, que veda ao Poder Judiciário decidir, no processo de desapropriação, se se verificam, ou não, os casos de utilidade

pública; o art. 20, de acordo com o qual a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, devendo qualquer outra questão ser decidida por ação direta, e o art. 35, já referido anteriormente.

Se, por força dessas normas, a verificação judicial da existência do interesse público e, por conseguinte, da legitimidade da desapropriação, somente pode ser feita em ação direta e se a sentença nesta ação for posterior ao pagamento ou consignação da indenização, o proprietário estará irremediavelmente despojado da sua propriedade por estar o bem incorporado à Fazenda Pública, muito embora o esteja indevidamente.

A entender-se assim, frustrada estará a garantia constitucional da propriedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, examinando a questão, admite possa o proprietário, na própria ação de desapropriação ou mesmo antes, contestar a validade da declaração de utilidade pública com fundamento na inexistência de interesse público.

Explica o autor:

"Cumpra que tal apreciação possa ser feita até mesmo na ação expropriatória que, se assim não fora, de nada valeria ao particular demonstrar-lhe o vício posteriormente, pois, uma vez integrado o bem, ainda que indevidamente, ao patrimônio público - "ex vi" do art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365 - a questão resolver-se-ia por perdas e danos, donde ser ineficiente tal meio para garantir ao proprietário despojado a proteção estabelecida no art. 153 § 22, da Carta Magna, que assegura a propriedade, salvo quando o interesse público (entende-se, efetivamente existente) requeira sua conversão na correspondente expressão patrimonial" ("Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro", in RDP, vol. 23/28).

Pontes de Miranda externa a mesma opinião ao afirmar que o juiz da ação deve admitir a discussão dos pressupostos necessários à desapropriação (op. cit., loc. cit. p. 190).

Seabra Fagundes, contudo, tem uma visão diferente da problemática suscitada pela conjugação dos arts. 9º, 20 e 35 do Decreto-Lei 3.365/41. Admitindo dissentir de ilustres opiniões por ele mesmo longamente citadas, o Ministro pondera que a proibição do exame dos vícios do ato declaratório no processo de desapropriação, dado o seu objetivo especial que é a fixação do preço, pagamento e emissão na posse, não implica impedir o pleno exame deles pelo Poder Judiciário, o qual terá lugar por meio de ação adequada. Tal solução apóia-se no princípio de especialização das ações "que circunscreve cada uma delas a um objeto determinado e, de acordo com este, reduz ou amplia a matéria do pedido e da defesa, os prazos, as formalidades, etc..." ("Da Desapropriação no Direito Brasileiro", Rio, 1949, pag. 167).

Em contrapartida, o que se afigura ilegítimo a Seabra Fagundes é a incidência do art. 35 na hipótese de invalidade judicial do ato expropriatório por falta de motivo ou desvio da finalidade, ou seja, "negada a utilidade pública, ou afirmando o seu emprego para a satisfação de interesses privados, a restrição desse artigo é inaplicável por inconstitucional. Admiti-la seria permitir, por via oblíqua, a desapropriação sem o seu pressuposto necessário, nos termos do art. 141, § 16º, da Constituição - "O INTERESSE PÚBLICO" (op. cit., pág. 468). Em nota ao pé da página, o autor esclarece que na primeira edição do seu livro, não fizera tal restrição. Ver-se-á diante de como ainda evoluiu posteriormente em suas concepções sobre a matéria.

Confrontando essas autorizadas opiniões verifica-se que da conjugação das normas dos arts. 9º, 20 e 35 da Lei das desapropriações, interpretadas literalmente, resulta uma ofensa à Constituição - seja à de 1946, seja à Emenda Constitucional de 1969. E não só a norma que assegura o direito de propriedade, como também àquela que contempla o princípio da universalidade da jurisdição, segundo o qual, a lei é proibido excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão da direito individual (CF 1946, art. 141, § 4º, E.C 1/69, art. 153, § 4º).

A contrariedade do Decreto-Lei 3.365 ao art. 153, § 4º, está em que, ao vedar que a lei exclua da apreciação judicial qualquer lesão a direito individual, a norma constitucional implicitamente veda deixar as ações tardias, a apreciação de atos que, sem o exame imediato, estarão consumados e seu afeito lesivo, também (Pontes de Miranda, op. cit. loc. cit., p. 189).

Percebeu-o Rubem Nogueira, que afirma pouco ou nada valer, permitir a lei a revisão da legitimidade da desapropriação por interesse público mediante ação direta se não fica assegurada a preservação final do bem atingido pelo ato nulo. "...a ação direta não obsta ao principal que é a invalidação do ato expropriatório acaso fulminado de nulidade, isto é, de ofensa às condições constitucionais do direito de desapropriar, nem assegura ao expropriado a recuperação do bem. Antes, pelo contrário, prescreve a lei a perda definitiva deste e sua substituição por uma verba de perdas e danos, como se o art. 153, § 4º da Constituição fosse uma simples instância indenizatória" ("Controle Judicial das Desapropriações por Interesse Público", in RDP, vol. 30/12).

Decisões judiciais já houve, que julgaram inconstitucional o art. 10 do Decreto 4.956, de 1903, que continha regra idêntica à do art. 9º do Decreto-Lei 3.365. (Seabra Fagundes, op. cit. pag. 152 e 153; Pontes de Miranda, op. cit., pag. 180).

Todavia, não nos parece necessário chegar a tanto. Para obviar à inconstitucionalidade, basta não ler no art. 35(*), mais do que nele está escrito e do

(*) É interessante notar que a regra hoje contida no art. 35 do Decreto-Lei 3365, aparece pela primeira vez, porém com sentido e alcance totalmente diversos, em 1939, no Decreto-Lei nº 1343 de 13 de junho,

que a Constituição, nos §§ 4º e 22 do art. 153, permite esteja escrito. A "ratio legis" dessa regra, como explica Seabra Fagundes, está em evitar graves transtornos à Administração, como os que decorreriam da restituição, aos proprietários primitivos, de imóveis desapropriados, quando neles já se tivessem construído obras públicas (op. cit. pág. 274). De forma alguma se poderia ver nele proibição de restituição do bem ao antigo proprietário, por força de sentença judicial em ação direta tardia que negasse a existência de interesse público ou o emprego do bem em finalidade de interesse público.

Com efeito, no primeiro caso, alegando a inexistência do interesse público, o expropriado postula a decretação da nulidade da desapropriação e, por via de consequência, a volta do bem ao seu patrimônio, restaurando-se, assim, o "status quo ante".

No segundo caso, exercendo seu direito de retrocessão, o expropriado reivindica a propriedade por não ter o bem destino de interesse público, que, aqui, se pressupõe ter existido, sob pena de ser a hipótese idêntica à anterior.

4. Direito de retrocessão com pretensão reivindicatória.

"Ubi eadem ratio, ibi eadem jus". A mesma razão que informa a solução no caso da inexistência do interesse público informa também a solução no caso de o poder público não aplicar o bem desapropriado em finalidade pública. A diferença está em que ali, a desapropriação é inválida por ausência de pressuposto constitucional no momento da declaração de utilidade pública e aqui, embora válida a desapropriação, a permanência de seus efeitos é que não se justifica por não ter sido realizada a finalidade a que a norma constitucional a preordena.

Examinada a questão do ângulo da teoria do ato administrativo e tendo presente a noção de causa, tal como formulada por André Gonçalves Pereira, poder-se-á dizer que, no primeiro caso, a desapropriação é inválida por inexistir a relação de adequação lógica entre o pressuposto do ato expropriatório e seu objetivo ou conteúdo; no segundo caso, tal relação, tendo existido, desapareceu, de

que dispõe sobre as desapropriações de que trata o Decreto nº 2.201, de 23 de dezembro de 1937, as quais, conforme está na ementa deste, se destinam à ampliação das instalações da Aviação Naval, na parte ocidental da Ilha do Governador. Aquele Decreto-Lei visou, como deixa claro nos seus considerandos, a pôr termo aos litígios surgidos em torno das desapropriações, em virtude de obstáculos à ação do Estado, criados pelos ocupantes dos terrenos, bem como da circunstância de que o domínio particular sobre os mesmos não estava sendo provado senão de forma indireta. Por isso mesmo, nos seus nove artigos, o texto legal apenas trata do meio de comprovação do domínio e da forma de pagamento da indenização. Assim é que dispõe, no art. 2º, que, não tendo sido apresentados, na forma prevista no art. 1º, os títulos em que se funda o domínio, ou não reconhecidos pela Comissão como legítimos, a União se investirá, "ipso facto", no domínio e na posse dos terrenos. E no art. 7º estabelece que "não caberá ação reivindicatória do domínio em consequência do disposto no art. 2º." Assim, a regra que, em 1939, inquestionavelmente tivera efeito singular e concreto, em 1941 foi, sem o devido cuidado, transformada em norma geral.

forma que á a finalidade em função da qual a norma jurídica – no caso, a do art. 153, § 22 da E.C. 1/69. – estabeleceu aquela relação, que não é alcançada. Por isso mesmo, não há irregularidade alguma no plano da validade, mas sim, no da eficácia.

Não sendo realizada a finalidade da desapropriação, não se justifica a permanência dos seus efeitos: a aquisição, da um lado e a perda da propriedade, de outro. O meio jurídico para desfazer-se estes efeitos e de reconhecer ao expropriado a pretensão reivindicatória, é conceber a propriedade adquirida pelo Poder Público como propriedade resolúvel, tal como delineada no Código Civil (art. 647).

A idéia, que não é nova, aparece, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sendo negada por uns e afirmada por outros; mas as razões invocadas pelos primeiros não convencem.

Assim, ao ver de Alfredo de Almeida Paiva, no comentário já referido, a desapropriação não se subordina a qualquer condição resolutiva, porque a tanto não se equipara a obrigação que o Código Civil impõe ao poder desapropriante de oferecer ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, caso não lhe pretenda dar o destino para que o desapropriou.

A esta conclusão há de se objetar que, tendo em vista a natureza constitucional do instituto da desapropriação, não é da lei civil, mas sim da própria Constituição que se extraem os elementos para a sua configuração jurídica. Embora a lei ordinária explicita conceitos constitucionais e seja legítimo, por isso, buscar nela o conteúdo de institutos dos quais a Constituição apenas estabeleceu os contornos, não é, evidentemente, tão só a partir de um dos efeitos por ela atribuídos ao instituto que se poderá deduzir sua conformação jurídica-positiva.

Ebert Chamoun incorre no mesmo equívoco de tomar o Código Civil como premissa de seu raciocínio, porquanto argumenta que, "se o dever do expropriante se limita a um oferecimento que, de resto, o expropriado pode não aceitar, a desapropriação não se resolve "ipso jure" com a simples circunstância de não destinação da coisa aos propósitos dela, o que vale dizer que, por essa razão, nem o expropriante perde o seu domínio nem o expropriado o adquire. Sua propriedade, sob este ponto de vista, é pura, não é resolúvel" (RDP, vol. 8, p. 24).

Whitaker também nega que a retrocessão seja efeito de uma condição resolutiva, fundado em que esta, por definição, sendo uma cláusula que resulta da vontade das partes e subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto, não poderia aparecer num ato forçado e não voluntário, como é a retrocessão. ("Desapropriação", S. Paulo, 1941, pág. 75).

Todavia, com os olhos voltados apenas para o art. 117 do Código Civil, segundo o qual "não se considera condição a cláusula que não deriva exclusiva-

mente da vontade das partes", não atentou o autor para a "conditio juris", que também existe, e que deriva diretamente da lei.

Seabra Fagundas é quem, magistralmente, defende a concepção que vê a propriedade adquirida em virtude de desapropriação, como sendo resolúvel.

No já citado trabalho "Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo" (RDA, vol. 78 1 a 25), após criticar a aplicação literal do art. 1.150 do Código Civil pelos tribunais, sem qualquer articulação com outras regras do direito escrito ou com princípios peculiares do Direito Público, como seria de fazer para adequá-lo devidamente à natureza do instituto da desapropriação, escreve:

"A Constituição vigente (como a de 1891, sob cuja vigência foi promulgado o Código Civil, e as de 1934 e 1937, que a este sucederam) faz do expropriação uma exceção ao direito de propriedade, condicionando-o sempre à ocorrência de interesse público (necessidade ou utilidade pública, ou interesse social).

A causa desse direito excepcional do Estado contra o indivíduo está, por conseguinte, no interesse público em dispor de certos bens. Somente a ocorrência dessa causa tem força para autorizar o Estado à tomada de coisa de propriedade individual, para incorporá-la ao seu patrimônio (necessidade ou utilidade pública, e interesse social) ou transferi-la a terceiro (interesse social). **De sorte que se há de ter sempre o domínio do Estado, em qualquer caso de desapropriação, como resolúvel, porquanto sujeito à condição do emprego da coisa na finalidade para a qual foi ela expropriada.** O indivíduo perde o domínio, sem dúvida, mas este se resolve, automaticamente, em seu favor, desde o momento em que se verifica, de modo inequívoco, que a coisa teve destino de interesse privado e não público. A constatação da inexistência de causa essencial para legitimar a tomada do bem, faz restaurar-se o domínio do ex-proprietário, o qual, indo a juízo, vai reivindicar a volta do mesmo ao seu poder, porque ilicitamente apropriado por terceiro. É óbvio que somente assim se entendendo, tem sentido e garantia constitucional do art. 141, 16º parágrafo. E não se compadece com nenhum critério exegético a interpretação que, sob o pretexto de entrosar-se com a sistemática da lei civil, frustra, definitivamente, um direito instituído pela Constituição" (grifo nosso).

A condição resolutiva a que se subordina o domínio do Poder Público é uma "conditio juris", porquanto integra o suporte fático constitucional da desapropriação no que diz com os efeitos dela. Noutras palavras, o emprego do bem em finalidade de interesse público – o próprio fim do ato aparece como pressuposto constitucional de eficácia da desapropriação. Não é sanção para possibilitar o emprego do bem na satisfação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social que o Poder Público pode privar o cidadão da sua propriedade, adquirindo-a para si mesmo. Por isso é que pressuposto e fim do ato, na desapropriação, praticamente se identificam.

Esta idéia está expressa em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se afirma que a oferta prevista no artigo 1150 do Código Civil "se torna obrigatória quando o fim da desapropriação não foi cumprido, porque a razão de ser do ato estava em sua própria destinação", (grifo nosso). (Embargos Infringentes nº 62.397, in RDA, V 40/296).

Embora de natureza diversa, a conditio juris tem os mesmos efeitos que a condição propriamente dita, fazendo cessar, quando resolutive, os efeitos do ato. Não é, portanto, a desapropriação que se desfaz, mas sim, os seus efeitos aquisitivo e extintivo da propriedade.

O não emprego do bem em finalidade de interesse público determina a resolução do domínio do Poder Público e o ressurgimento dele para o expropriado que, por isso, é titular de pretensão reivindicatória para reavê-lo de quem quer que o possua, seja o próprio Poder Público, seja terceiro adquirente. Incide integralmente a regra do art. 647 do Código Civil, "in verbis": "Resolvido o domínio pelo implemento da condição resolutive ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha".

Esta concepção, que deflui diretamente da Constituição e através da qual sobrevive a retrocessão no sistema jurídico brasileiro, não encontra qualquer obstáculo no direito positivo infra-constitucional.

Encarando-se no preceito do art. 1150 do Código Civil sua raiz constitucional e não a rubrica sob a qual está formulado (TJSP, RDA, vol. 40/294) **há de se ver nele um efeito decorrente da resolução do domínio e não fonte de obrigação.** O Poder Público não tem, por força dele, um dever de oferecimento de natureza obrigacional, como o tem o comprador, em virtude do art. 1149, se no contrato de compra e venda foi inserida cláusula de preempção ou preferência. **Tem, isto sim, um dever de restituição de posse, por ter cessado o domínio, que era o seu título.** E o proprietário, por sua vez, há de restituir o valor da indenização recebida, por ter desaparecido a causa do pagamento efetuado pelo Poder Público como adiante se verá.

5. Exercício do direito de retrocessão.

A) Determinação do momento a partir do qual o direito pode ser exercido.

O exercício do direito de retrocessão, independentemente da concepção adotada quanto à sua natureza, oferece séria dificuldade, originada da circunstância de inexistir previsão legal no tocante ao prazo da Administração Pública para a destinação do bem à finalidade para que fora desapropriado.

Em qualquer caso, com efeito, dado que o direito do expropriado somente surge na hipótese de não destinação do bem a finalidade pública, a determinação

do momento, a partir do qual se considera não haver tal destinação, assume especial relevo.

Evidentemente, o problema deixa de existir quando o Poder desapropriante desde logo emprega o bem em finalidade de interesse privado. É também facilmente superável, reduzindo-se a uma questão de prova a cargo do proprietário, sempre que o Poder Público, praticando atos incompatíveis com a utilização do bem em finalidade pública, revela sua intenção de não cumprir os fins da desapropriação.

Todavia, o desapropriante pode não fazer nem uma, nem outra coisa, permanecendo simplesmente inerte. Esta inércia, prolongando-se indefinidamente no tempo, tolhe, para o desapropriado, a possibilidade de demandar o bem.

Para obviar o problema, invoca Seabra Fagundes, por analogia, o prazo de cinco anos estipulado no art. 10 do Decreto 3.365/41 para a caducidade da declaração de utilidade pública, uma vez que nesta, à semelhança do que ocorre na retrocessão, pressupõe-se a desistência do emprego do bem pela Administração Pública. Além disso, pondera o mestre que os dois institutos se confundem ainda quanto aos seus efeitos, pois ambos, em última análise, desoneram o bem do sacrifício que lhe fora imposto em nome do interesse público (Seabra Fagundes, op. cit. pag 398).

Não obstante tais semelhanças, a caducidade e a retrocessão apresentam importantes diferenças, as quais, a nosso ver, impedem se aplique a esta, por analogia, a regra jurídica que dispõe sobre aquela.

Com efeito, como o único pressuposto da declaração de utilidade pública é a existência de um dos casos definidos na lei como de interesse público, ou este existe e a Administração, após a declaração, pratica todos os demais atos necessários à efetivação da desapropriação, ou não existe e nada justifica que perdure, indefinidamente, o estado de incerteza gerado para o titular do direito em decorrência de uma precipitada declaração de utilidade pública.

Diversa é a situação quando se cogita do efetivo emprego do bem desapropriado, pois aí intervêm outros fatores que à Administração, e somente a ela, compete levar em conta, particularmente no que diz respeito ao momento mais conveniente e oportuno de dispor do bem. Pode ocorrer que os recursos destinados a cobrir as despesas com a realização da obra ou do serviço a que se destina o bem desapropriado devam, também por imperativo de interesse público, ser empregados em finalidade diversa. A efetiva utilização do bem pode legitimamente ser protelada em função da superveniência de outras necessidades que, dadas as circunstâncias, devam ser atendidas com prioridade.

A previsão legal de um prazo dentro do qual a Administração fosse obrigada e utilizar o bem sob pena de perdê-lo, poderia vir em detrimento de uma boa administração. Aferir a conveniência de, em determinado momento, realizar esta ou aquela obra, é função típica, estritamente administrativa que só o Poder Executivo pode exercer, tendo em conta os recursos disponíveis e a visão da conjunto das necessidades a serem satisfeitas.

É exatamente em consideração desta ordem que tem respaldo o entendimento; segundo o qual o emprego do bem em finalidade pública diversa daquela que ensejou a desapropriação (re-destinação) não desatende aos fins da desapropriação e não dá lugar, por isso, à retrocessão.

A multiplicidade de tarefas que incumbem à Administração, de um lado e a limitação dos recursos de que dispõe, de outro, não autorizam a presunção de que, decorrido certo prazo, a Administração heja desistido de dispor do bem.

Perece-nos que a omissão do Poder Público em destinar o bem a finalidade pública deva ser averiguada caso a caso. Como escreve Pontes de Miranda, "antes do quinquênio pode manifestar-se a violação de destino e após ele pode ainda não se ter produzido", continuando, em seguida: "... houve, ou não houve a destinação, qua é ato feto. Tem-se de afirmar e provar que não houve; se a obra ainda está a executar-se, ou vai executar-se, e ainda não chegou o momento da utilização, é prematuro saber-se se lhe desviou o destino. A simples propositura da ação ou à interpelação, o desapropriante há de mostrar que o bem está a espera da utilização, segundo os planos, ou que só o utilizou em parte, caso em que se reconhece o direito à reaqusição do resto, ou renunciou aos planos, ou não mais precisa, para os levar a cabo, do bem que se desapropriara. No direito brasileiro, não há, nem é preciso que haja, declaração de abandono de plano, de cessação da necessidade, ou de não utilização, ou de cessação de interesse social, como pressuposto da reaqusição. Se tal declaração ou enunciado de fato ocorre, é "plus" (Pontes de Miranda, op. cit., vol. cit., pág. 174).

Assim sendo, tem-se duas hipóteses.

1 - Se o Poder Público aplicar o bem em finalidade que não seja de interesse público sem prévio "oferecimento" ao ex-proprietário, nesta exato momento terá nascido o direito à retrocessão, dotado de pretensão e ação reivindicatória. Estas, em virtude de sua eficácia real, se sujeitam ao prazo prescricional comum de dez anos, previsto no artigo 177 do Código Civil para as ações desta natureza.

2 - Se o Poder Público não oratica nem tenciona praticar qualquer ato de disposição quanto ao bem, o proprietário poderá legitimamente interpelá-lo e, conforme o caso e as provas de que dispuser, intentar a ação reivindicatória. Neste momento ter-se-á resolvido o domínio, pois nada impede que, à semelhança da condição resolutiva tácita, a "conditio juris" opere mediante interpelação judicial (Código Civil, art. 119, parágrafo único).

Cumpra notar que a tentativa de aplicar o regramento do Código Civil no caso de inércie do Poder Público, revele, uma vez mais, a deficiência de solução jurídica ali adotada. Com a atenção voltada apenas para a matéria que forma o conteúdo principal de Seção do Código em que foi inserto o preceito do art. 1.150, o legislador parece pressupor que o não emprego do bem no destino para que fora desapropriado, somente se configura quando o desapropriante o aliena, mediante compra e venda. Ou isto é verdade, ou a regra do art. 1.156, que prevê a responsabilidade do comprador por perdas a denos, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens que lhe oferecem pela coisa, não se aplica à desapropriação e o preceito do art. 1.150 é destituído de sanção.

B) Valor a ser prestado pelo ex-proprietário.

A não destinação do bem à finalidade pública opera a resolução do domínio do Poder Público e o ressurgimento dele para o ex-proprietário. Desaparece, desta forma, a causa da indenização por aquela perda a este.

Noutras palavras, assim como, do ponto de vista constitucional, não se justifica a permanência do bem em poder do desapropriante quando este não lhe dá destino de direito público, não se justifica que permaneça, no patrimônio do expropriado, o valor pago a título de indenização pela perda da propriedade, quando tal perda deixou de existir.

O dever de prestar o valor recebido a título de indenização surge, portanto, em virtude do desaparecimento da causa do pagamento efetuado pelo Poder Público e não, como se poderia pensar, por força de um suposto desfazimento da desapropriação e para restituir o "status quo ante".

Com efeito, não se há de confundir o maio de aquisição do direito com o direito adquirido: este e não aquele (no caso, a desapropriação) é que se resolve, "ex nunc". Não há qualquer retroatividade, pois como diz Pontes de Miranda na linguagem expressiva que lhe é peculiar, em comentário ao art. 647 do Código Civil, "... o sistema jurídico brasileiro não concebeu propriedade que seja de A e passa a não ter sido de A; o que ele concebeu foi a superposição de propriedades, no tempo..." (op. cit., Tomo V. p. 120).

Nada, por conseguinte, se desfaz no passado, mas, ao invés, cessa de existir no futuro. Ou seja, como já se afirmou antes, apenas os efeitos da desapropriação cessam, desde o momento em que se verifica a não aplicação do bem em finalidade de interesse público.

Nestes termos colocada a questão, dos pressupostos enunciados poder-se-ia logicamente deduzir que o "quantum" a ser prestado pelo desapropriado devesse corresponder ao valor do bem no momento da resolução do domínio.

Todavia, a tal entendimento se opõe a regra do artigo 1.150 do Código Civil, que determina seja o bem oferecido ao ex-proprietário pelo valor que este recebera a título da indenização, isto é, na deficiente terminologia do Código, o "preço" pelo qual o bem fora desapropriado.

Esta regra está perfeitamente adequada ao espírito da garantia constitucional da propriedade, pois não seria de admitir-se, sobretudo em se tratando de imóveis, que a valorização do bem se incorporasse ao patrimônio público à custa do patrimônio do desapropriado. Tal situação propiciaria, em última instância, a especulação imobiliária pelo próprio Poder Público.

A eficácia e efetividade que aqui reconhecemos ao artigo 1.150 não se choca com o entendimento que antes manifestamos acerca do mesmo artigo. A este propósito, cumpre enfatizar que não lhe negamos, nem vigência, nem aplicabilidade, mas apenas sugerimos uma forma de interpretação, a única compatível com o texto constitucional e que consiste em ver nele, não fonte de obrigação, mas reconhecimento de efeito de fato jurídico (*lato sensu*) anterior – a resolução do domínio.

6. CONCLUSÃO

O exame das normas vigentes que, no plano infraconstitucional, disciplinam o direito do desapropriado em face da inexistência de interesse público e da não destinação do bem no interesse coletivo revela a necessidade de uma interpretação sistemática e construtiva do ordenamento jurídico positivo, sob pena de se ter de concluir pela inconstitucionalidade de algumas daquelas regras.

A adaptação que, no primeiro caso, doutrina e jurisprudência fizeram daquelas regras, reconhecendo, não obstante a letra do artigo 9º do Decreto-Lei 3.365, possa a questão da inexistência do interesse público ser suscitada no curso mesmo do processo expropriatório, não foi acompanhada da adaptação que, no segundo caso, pelas mesmas razões, se faz necessária.

Com efeito, visualizada a questão do ângulo da garantia constitucional do direito de propriedade, tão insustentável quanto a perda do domínio sem ser por causa de interesse público, é sua perda sem que seja para o fim de seu emprego na satisfação do interesse público.

Assim como se entende, seja com a corrente dominante, que o juiz da desapropriação pode decidir sobre a existência do interesse público, seja com Seabra Fagundes, que a proibição de reivindicação dos bens incorporados à Fazenda Pública não incide quando a pretensão se funda na inexistência ou no desaparecimento do interesse público, há de se entender também que a retrocessão sobrevive no direito brasileiro como direito de natureza real.

Com esta característica é o instituto encontrado no direito comparado. A legislação de países como a França, Itália, Espanha, Portugal, contempla o direito de retrocessão, regulando minuciosamente sua forma e condições de exercício no mesmo diploma que dispõe sobre a desapropriação.

A omissão do direito brasileiro em não disciplinar o instituto pode ser suprida, bem como a inconstitucionalidade ser superada, se se conceber a propriedade adquirida pelo Poder Público através da desapropriação, como sendo resolúvel. Se tal concepção, de "jure condendo", não é a melhor, é a única possível, de "jure condito".

PROTEÇÃO AMBIENTAL E SEUS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

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

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo apontar o poder e os instrumentos operacionais jurídicos de que dispõem os administradores públicos, para efetivarem a proteção ambiental.

Do ponto de vista jurídico, essa matéria se insere no âmbito do Direito Administrativo: é o Poder Público quem normatiza, previne e reprime os abusos de atividades que poluem o meio ambiente.

Todavia, de onde provém essa competência administrativa?

O Estado e o Município podem legislar sobre poluição?

Quais os instrumentos jurídicos pertinentes à proteção ambiental?

A resposta a essas indagações é o desenvolvimento deste trabalho, que tem por tema

"Proteção Ambiental, e seus Instrumentos Jurídicos".

1. POLUIÇÃO E PROTEÇÃO AMBIENTAL

1.1. – Conceitos

Poluir é sujar.

Quando essa sujeira atinge a níveis insuportáveis, capazes de pôr em risco a saúde das pessoas, o Poder Público intervém, limitando certas atividades contempladas em lei como poluentes, tendo em vista o interesse público.

Trabalho premiado no Concurso de Monografias
Prêmio de Ecologia Cidade de Curitiba, promovido pela Prefeitura Municipal de Curitiba através da
Fundação Cultural de Curitiba – 1978

No mundo moderno, os despejos poluentes atingem aglomerados humanos pelas águas, pela sonoridade, pela atmosfera e pelo solo.

O mecanismo legislativo de defesa do Estado nem sempre é eficaz, mas deve-se reconhecer a preocupação dos administradores públicos, e os esforços de sociedades privadas conservacionistas, uns e outros legislando e esclarecendo a opinião pública sobre esse problema.

Note-se que as normas legislativas sobre o controle da poluição do meio ambiente são recentes. (1)

As leis tecnicamente mais atualizadas ao conceituarem poluição pertencem aos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo. (Anexo 1)

Há ainda conceito doutrinário de poluição, eminentemente orientador dos intérpretes das leis que se abstêm de enunciar essa idéia. (2)

A defesa contra a poluição é que se chama, nesta monografia, de proteção ambiental, "abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico." (3)

Este conceito está em harmonia com a proclamação e os princípios a que chegou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (reunida em Estocolmo, em junho de 1972). (4)

1.2. – Águas

"En définitive, le milieu aquatique – qu'il s'agisse des eaux marines ou des eaux continentales – est un milieu vivant; dans un cas comme dans l'autre, la pollution constitue donc une véri table atteinte à la vie".

Jean Lamarque, Droit de la Protection de la Nature et de l'Environnement, p.700.

Desnecessário é frisar a extensão atual do fenômeno da poluição das águas: dejetos humanos e industriais, produtos químicos e radioativos são bastante perigosos para a qualidade das águas naturais.

(1) Lei Federal nº 5.318, de 26/9/67; Lei Federal nº 1.413, de 14/8/75; Decreto-Lei do Estado do Rio de Janeiro, nº 134, de 16/6/75; Lei do Estado do Rio de Janeiro, nº 126, de 10/5/77; Lei do Estado de São Paulo, nº 997, de 31/5/76; Lei Municipal de Porto Alegre, nº 12, de 7/1/75.

(2) Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., p. 536, doutrina: "Em sentido amplo, poluição é toda a alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos". Esse mesmo conceito reaparece em sua obra Direito Municipal Brasileiro, 3ª ed., 1977, p. 653.

(3) Hely, op. cit., p. 535.

(4) V. texto integral da Declaração de Estocolmo, in Diogo Figueiredo Moreira Neto, Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico.

As conseqüências desse tipo de poluição são de gravidade reconhecida, mas nem todas substâncias poluentes são conhecidas, particularmente em sua repercussão sobre a saúde humana.

As águas naturais constituem meios vivos, e abrigam, normalmente, grande quantidade de organismos vegetais e animais. Para que essa vida se mantenha, o meio deve ser suficientemente oxigenado, eis que o oxigênio é necessário à respiração dos organismos aquáticos, e à realização do fenômeno de auto-purificação das águas.

Quando os despejos de dejetos se tornam excessivos, o teor do oxigênio dissolvido diminui, e as águas se tornam impróprias à vida; enquanto no passado rios e lagos "digeriam" os despejos, hoje não ocorre em face da saturação das águas pelo lixo.

Alguns aspectos da poluição sobre o meio aquático podem ser resumidos assim:

a) toxidez:

a toxidez de numerosos compostos sintéticos pode trazer atrás de si profundas alterações nas funções vitais dos organismos aquáticos (pode afetar a multiplicação celular, a reprodução, etc.);

b) radioatividade

também pode causar graves danos, inclusive alterações genéticas nos organismos aquáticos, e no homem que os consuma;

c) biodegradabilidade nula

ou insuficiente, caracterizada também por várias substâncias de síntese. Essas substâncias resistem à ação dos organismos que as decompõem; elas não são eliminadas (ou são eliminadas muito lentamente) do meio receptor pela autodepuração, e seu teor tende a aumentar muito rapidamente;

d) eutroficação

este fenômeno é devido ao enriquecimento excessivo das águas por sais nutritivos (nitratos, fosfatos, oriundos de detergentes, p. ex.) e provenientes de terras agrícolas ou de despejos industriais e urbanos;

e) degradação das qualidades organolíticas das águas

numerosos dejetos despejados contribuem para lhes dar gosto ou cheiro desagradável que desanimam o consumidor, e cuja eliminação é difícil e onerosa. Esta degradação repercute nas qualidades alimentares dos organismos aquáticos, notadamente de peixes que se tornam inconsumíveis;

f) a temperatura

os organismos aquáticos são desprovidos, em sua maior parte, de mecanismos de regulação térmica; assim, suas atividades vitais (respiração, nutrição, reprodução) e sua sobrevivência estão estreitamente dependentes da temperatura das águas. Pode-se falar de uma "poluição térmica", quando os dejetos ("rejets") de águas quentes provenientes de esgotos e de câmaras de resfriamento industrial modificam o regime térmico das águas, afetando a fauna e a flora aquática;

g) poluição "mecânica"

por esta expressão se designam as alterações, produzidas por excesso de matérias em suspensão na água;

h) poluição bacteriana

o dejetos de águas servidas contém numerosos germes patogênicos.

1.3 – Ruídos

O excesso de ruído é nefasto. Suas conseqüências psíquicas e psicológicas são conhecidas: causa fadiga nervosa e perturbação das reações musculares, pode dar origem a impulsos bruscos de violência, e ocasionar problemas de personalidade; pode, ainda, causar efeitos temporários ou a longo prazo na audição, no aparelho respiratório e o cardiovascular, e na fisiologia digestiva.

A nocividade do ruído está em função de sua duração, de sua repetição, e, sobretudo, de sua intensidade, a qual é aferida em decibéis.

O decibel é a unidade de medida correspondente à menor variação de intensidade de um som perceptível por um indivíduo, ficando entendido que o "zero" decibel não corresponde ao silêncio absoluto, mas ao limite mínimo de perceptibilidade de um ouvido normal.

Os especialistas estimam, geralmente, que a zona de fadiga começa ao redor de 75 decibéis, que a faixa de alerta atinge a 85 decibéis (5), que a faixa de perigo está a 90 decibéis e que a intensidade sonora se torna dolorosa a partir de 120 decibéis.

As normas legais de prevenção do ruído costumam ter muita flexibilidade para abranger os ruídos de automóveis, em ruas centrais de cidades, os ruídos de fábricas, e os de aeronaves em aeroportos, dentre outros.

1.4 – Atmosfera

A poluição atmosférica põe em relevo o direito da pessoa humana a uma quantidade de ar puro.

Sem o ar e seus elementos essenciais (oxigênio, azoto, gás carbônico, e vapor de água) não haveria vida possível. É o ar que protege a terra, conserva o calor irradiado pelo sol, e propaga produtos provenientes de múltiplas trocas biológicas entre a água, a terra, a energia solar, os animais e os vegetais.

Portanto, o equilíbrio estabelecido após milhões de anos entre os integrantes naturais do ar se encontra comprometido pelo desenvolvimento e pelos excessos da civilização industrial. Chaminés de usina e veículos automotores despejam na atmosfera quantidades inquietantes de poeiras e de gases poluentes que podem ser extremamente nocivos.

1.5 – Áreas verdes

As áreas verdes exercem influência primeiramente sobre o clima. Desde que tenham certa extensão, elas podem determinar em seu ambiente um verdadeiro microclima que se caracteriza por temperatura média anual mais baixa, por variações de menor amplitude, bem como um grau higrométrico do ar mais elevado; elas tendem a aumentar as precipitações locais pela condensação da umidade, sob a forma de orvalho e de cerração; elas mantêm a temperatura mais constante, e a carência de áreas verdes aumenta a aridez e o calor da atmosfera no verão, e a intensidade do frio no inverno.

As áreas verdes agem sobre o solo de várias maneiras: contribuem à formação do húmus, protegem contra o vento (que enfraquece solos móveis, secando superficialmente a terra, e que, principalmente na zona litoral, põe em perigo

(5) A Lei nº 126, de 10/5/77, do Estado do Rio de Janeiro, dispendo sobre proteção contra poluição sonora, "considera prejudiciais à saúde, à segurança ou ao sossego públicos quaisquer ruídos que atinjam, no ambiente exterior ao recinto em que tem origem, nível sonoro superior a 85 decibéis, medidos no curso "C" do "Medidor de Intensidade de Som", de acordo com o método MB-268, prescrito pela ABNT" (art. 2º, inciso I).

culturas e construções pela formação e deslocamento de dunas); as áreas verdes permitem lutar contra a erosão de solos pela ação das águas, e participam de saneamento de solos úmidos determinando um abaixamento das águas subterrâneas.

Elas também asseguram a regularização do regime das águas. Modificam a penetração das águas, graças ao sistema radicular das árvores. A conservação de maciças áreas verdes é um elemento importante na política das águas.

As áreas verdes participam da luta contra a poluição do ar; esta provém de fumaças portadoras de poeiras, e de gases provenientes de combustão. As áreas verdes têm uma ação de filtragem e de absorção da poeira. Mas, sua principal função é a assimilação do gás carbônico: as áreas verdes retêm gás carbônico, e liberam oxigênio.

Por essas razões, a presença de áreas verdes ao redor das cidades torna-se imperiosa necessidade. Cidades como Montevidéu e Buenos Aires dispõem de excelentes arborizações nas ruas, avenidas e praças, ao contrário de São Paulo, e de outras capitais. Todavia, municípios brasileiros têm-se preocupado em proteger (e desenvolver) áreas verdes, inclusive legislando a respeito (6).

Áreas verdes mais extensas (constituindo parques nacionais, estaduais, municipais, ou mesmo particulares) também preservam a fauna, elemento indispensável ao equilíbrio natural entre vegetais, animais e seres inferiores organizados. (7).

Todavia, as próprias áreas verdes estão sujeitas aos perigos da poluição que tende a matá-las, suprimindo sua função essencial de regeneradores do ar.

2. NORMOLOGIA E COMPETÊNCIA

2.1 – Regramento constitucional

A Constituição do Brasil, na qualidade de Lei Maior, é que enumera, em matéria legislativa, a quais pessoas pertence legislar.

(6) A Lei municipal nº 2.826, de 13/9/76, de Salvador, na Bahia, regulou a proteção, uso, conservação e preservação de árvores e de áreas verdes situadas no território daquele Município.

(7) A Lei nº 2.440, de 2/10/54, do Estado do Rio Grande do Sul, considera reservas florestais e transforma em Parques Estaduais as matas que, sendo do domínio do Estado, tenham área igual ou superior a 250 hectares; esses Parques se destinam a preservar as reservas florestais nativas do Estado; ao reflorestamento de todas as essências nativas para garantir a perenidade das matas naturais; ao cultivo, a título experimental, de essências exóticas que possam oferecer interesse econômico; ao refúgio e sobrevivência dos espécimes da fauna selvagem.

Esta Lei proíbe a caça e a pesca nas áreas dos Parques Estaduais

Assim, certas matérias são privativas da União (p.ex., legislar sobre direito civil, conforme o art. 8º, inciso XVII, letra b), outras são da competência legislativa complementar, isto é, os Estados-membros e a União podem elaborar normas sobre a mesma matéria, "respeitada a lei federal" (diz a Constituição), exemplificativamente, sobre **normas gerais de defesa e proteção da saúde** (Constituição, art. 8º, inciso XVII, letra c, e seu parágrafo único).

Por este caminho, caberia aos Estados-membros legislar sobre a poluição ambiental, complementando as normas federais vigentes. (8)

Mais adiante, a Constituição contemplou a autonomia municipal assegurada pela eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores, e pela administração própria, no que diz respeito ao seu peculiar interesse, especialmente quanto à organização dos serviços públicos locais (art. 15, incisos I e II, letra b).

2.2 – Regramento infraconstitucional

Hierarquicamente logo abaixo da Constituição vigente, inúmeros diplomas legais federais regeram o tema do controle da poluição ambiental, embora nem sempre seja este, propriamente, o **nomen juris** utilizado.

Assim, o Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º/1/1916) mencionou a matéria ao disciplinar o direito de vizinhança (referindo-se ao uso nocivo da propriedade, nos artigos 554 e 555), e ao dispor sobre o direito de construir (artigo 584); o Código de Águas (Decreto-Lei nº 24.643, de 10/7/1934) proibiu que as águas fossem conspurcadas ou contaminadas, em prejuízo de terceiros (artigo 109); o Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108, de 21/9/66) determinou o uso de aparelhos, nos veículos automotores, que diminuam ou impeçam a poluição do ar (artigo 5º, inciso XVI).

Todavia, de maior relevo parece ser a Lei Federal nº 5.318, de 26/9/67, que enunciou a Política Nacional de Saneamento (abrangendo **expressamente** o controle da poluição ambiental, a teor de seu artigo 2º, letra c), e as disposições do Código Penal (tipificando o crime de poluição de água potável) e da Lei de Contravenções Penais (contemplando como figura delituosa a emissão abusiva de fumaça, vapor ou gás).

O Código Penal diz:

"Art. 271 – Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde:
Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

(8) A Lei nº 1.476, de 23/10/67, do antigo Estado da Guanabara, dispunha sobre o despejo de óleo e lixo na Baía de Guanabara. A Lei pernambucana nº 6.058, de 29/11/67, dispõe sobre o controle da poluição das águas interiores do Estado de Pernambuco.

Parágrafo único: – Se o crime é culposo:
Pena: detenção, de 2 meses a 1 ano”.

A Lei de Contravenções Penais enuncia:
"Art. 38 – Provocar abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás,
que possa ofender ou molestar alguém:
Pena: multa de quatrocentos a quatro mil cruzeiros”.

Constata-se, assim, uma multiplicidade de normas federais; a par dessa legislação, Estados-membros e Municípios, notadamente os que sediam capitais, têm legislado sobre o assunto, dentro da esfera de suas atribuições. (9)

2.3 – Competência administrativa

A competência administrativa é o poder de que dispõe a Administração para agir, com legitimidade, positivamente (fazendo algo), ou negativamente (proibindo que se faça alguma coisa).

A competência decorre sempre, e necessariamente, da lei. E a lei máxima, sobretudo em matéria de competência administrativa, dirigida à União, aos Estados-membros, e aos Municípios, é a Constituição da República. (10)

A Carta Magna outorga à União a competência privativa de legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (artigo 8º, inciso XVII letra b); noutras matérias, a União traça "normas gerais", v. g., em direito financeiro, previdência social, regime previdenciário, **defesa e proteção da saúde**, as quais normas gerais podem ser complementadas pelos Estados-membros (artigo 8º, inciso XVII, letra c, e seu parágrafo único).

As normas de direito administrativo não estão contempladas na competência privativa da União; logo, as outras unidades infra-estatais (Estados-membros, e Municípios), têm liberdade para legislar sobre matéria administrativa de suas respectivas competências ressaltando o acatamento a preceito constitucional, que é de hierarquia superior, quando houver (exemplificativamente, o artigo 108 da Constituição, que disciplina funcionalismo público dos Estados, Distrito Federal, dos Territórios, e dos Municípios).

(9) A Lei nº 4.805, de 29/9/65, do Município de São Paulo, dispôs sobre ruídos urbanos, localização e funcionamento de indústrias incômodas nocivas ou perigosas.

(10) "... a primeira noção que recebemos de competência flui das cartas constitucionais dos regimes políticos que se constitucionalizam. O que ocorre depois, nos distintos planos da organização administrativa, reflete imposição no reconhecimento de situações condicionadas às realidades nacionais" CF. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Da Competência Administrativa, p. 36.

É pertinente ao direito administrativo "a ordenação dos serviços públicos e a regulamentação das relações entre a Administração e os administrados". (11)

Já por definição, e tendo em vista o interesse público, se constata que a disciplina jurídica da proteção ambiental pertence ao campo de abrangência do direito administrativo, para o qual são competentes, tendo-se em vista a Constituição, a União Federal, os Estados-membros, e os Municípios, cada um destes dois últimos, legislando dentro de sua autonomia estadual (artigo 13, da Constituição) e municipal (artigo 15 dessa mesma Carta), respeitando os Estados-membros as "normas gerais de defesa e proteção da saúde", baixadas pelo legislador federal, quando for o caso, e legislando amplamente, sem essa restrição, nas demais hipóteses.

Os Municípios, por não disporem dessa mesma competência supletiva, têm apenas que cumprir as normas baixadas pela União e pelo Estado supletivamente, quando se tratar de "defesa e proteção da saúde", mas tarão competência plena, quando se tratar de assunto de seu peculiar interesse (como p. ex., no zoneamento de indústrias poluentes) e, no caso de organização de serviços públicos locais (p. ex., a criação de um órgão de fiscalização de tais indústrias).

2.4. – Peculiar interesse municipal

É característica constitucional expressa da autonomia assegurada ao Município, a administração própria de assunto que diga respeito a seu **peculiar interesse**.

Por essa expressão "peculiar interesse" não se há de entender que o interesse é privativo do município; o que se há de compreender é que o interesse seja **predominantemente** local, mas não conclui o interesse concomitantemente da União e do Estado-membro. (12)

Aquilo que repercute diretamente na vida do município, é de seu interesse peculiar, no caso, tratar do assunto poluição ambiental, embora isso não seja alheio ao interesse do Estado-membro e da União, simultaneamente. (13)

O município, pessoa jurídica de direito público interno, tem legitimidade para legislar nas matérias de sua competência, arrimado no que seja pertinente ao seu peculiar interesse.

(11) Laferrière, Cours Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif 1854, p. 578, apud Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 4. ed. 1976.

(12) Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, 3. ed., p. 114, e 155. / Idem Cretella Jr., Direito municipal, p. 71, nota nº 41

(13) Hely, op. cit., p. 116.

A Lei Orgânica dos Municípios do Estado do Paraná, ao dispor sobre a competência, expressamente consignou que lhes cabe a atribuição de

"dispor sobre a poluição urbana, em todas as suas formas"

(artigo 18, inciso XXXIII, da Lei Complementar paranaense nº 2, da 18/6/73).

Mas, a generalidade das leis orgânicas municipais não são tão claras, o que não impede que o assunto poluição ambiental seja tratado, eis que todas referem a competência municipal para disciplinar saúde, higiene, atividades comerciais e industriais que molestem o sossego, e prover a defesa da flora e da fauna. (14)

2.5 – Poder de polícia administrativa

A limitação do exercício dos direitos individuais ocorre pelo exercício do poder de polícia pela Administração, tendo em vista o interesse público.

A lei define assim:

"Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal, e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

Artigo 78 e parágrafo único, da Lei Federal nº 5.176, de 25/10/66.

(14) A Lei Orgânica do Município de Porto Alegre (de 1971) enuncia que "cabe ao Município, no exercício de sua autonomia, organizar-se juridicamente, decretar leis, atos e medidas de seu peculiar interesse" (artigo 8º, inciso I, e que "cabe ainda, ao Município (...) zelar pela saúde, higiene e assistência públicas" (artigo 9º, inciso I).

No mesmo sentido, as Leis Orgânicas Municipais do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 1, de 17/12/75, artigos 35, inciso XV, e 36, inciso VI e VIII), de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 9, de 31/12/69, artigo 4º, incisos I, III e VII), do Pará (Decreto-Lei nº 164, de 23/1/70, artigos 39, incisos XIV, e 40, incisos I e II), além de outras.

O agir do poder público de qualquer grau só é legítimo quando está amparado por lei; afastando-se dela, o administrador ingressa no terreno da ilegalidade, materializando um abuso ou um desvio de poder.

O poder da polícia administrativa não significa o mesmo poder de polícia judiciária, que tem por fim apurar as infrações penais e sua autoria, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Penal.

O poder da polícia administrativa está presente em todas as pessoas públicas, quando guardam edifícios públicos, praças e jardins, quando fiscalizam construções, quando verificam a situação da higiene e de salubridade de atividades comerciais e industriais.

Os Estados-membros e os Municípios, desde que tenham normas locais de conteúdo administrativo, dispõem de legitimidade, fundamentados em seu poder de polícia administrativa, para disciplinar e sancionar atividades poluentes.

Além disso, nada impede que autoridades estaduais e municipais representem ao Ministério Público e à Polícia, solicitando inquérito contra alguém, pelo crime de poluição de água potável, capitulado no artigo 271 do Código Penal (ou pelo ilícito tipificado no artigo 38 da Lei de Contravenções Penais: emissão abusiva de fumaça, vapor ou gás), que é de ação pública, vale dizer, qualquer do povo pode levar a notícia da infração à autoridade competente, e esta é obrigada a agir de ofício, impulsionando a investigação.

Manifestações públicas de prejudicados são inócuas, do ponto de vista jurídico, porque, embora possam motivar terceiros para uma tomada de consciência do problema, não sancionam os infratores, o que só é possível através de pronunciamentos administrativos ou de sentenças judiciais, após as autoridades terem sido provocadas pelos interessados.

Conviria lembrar que é garantia constitucional a apreciação, pelo Poder Judiciário, de qualquer lesão a direito individual (artigo 153, parágrafo 4º, primeira parte, da Constituição), ressalvados os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 1964 (artigo 181), o que não alcança a matéria em exame.

3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

Esses instrumentos são os institutos sempre ao alcance do administrador.

Neste capítulo, são-lhes apontados como instrumentos operacionais, para proteger o meio ambiente, os convênios administrativos, as limitações ao uso da propriedade, e a expropriação por utilidade pública.

3.1 – Convênios administrativos

O problema da poluição do meio ambiente nem sempre é isolado e local; muitas vezes alcança extensa região, compreendendo mais de um município, ou mais de um Estado-membro. O esforço isolado de cada um pode resultar deficiente; daí existir a possibilidade constitucional de as pessoas administrativas poderem "**celebrar convênios** para execução de suas leis, serviços ou decisões" (Constituição, artigo 13, parágrafo 3º).

Na órbita federal, a Reforma Administrativa previu que a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada, e posta em prática, "da Administração Federal para a das unidades federadas quando estejam devidamente aparelhadas, e mediante convênio" (Decreto-Lei nº 200, de 25/2/67, artigo 10, parágrafo 1º, letra b).

Todavia, um convênio administrativo pode ser celebrado, legitimamente, tendo por objetivo prevenir, disciplinar ou reprimir os efeitos nocivos da poluição, entre a União, os Estados e os Municípios; ou, ainda, entre qualquer ente público, e um ente particular.

O convênio é mero acordo; não é contrato. O interesse dos participantes é comum, e todos participam dele numa mesma posição jurídica, podendo cada um se retirar sem sofrer sanções. Assinado um convênio, não surge um novo ente com personalidade jurídica, embora tenha de existir alguém (pessoa de direito privado, ou algum dos convenientes) para executar o convênio⁽¹⁵⁾.

Aquele que vem firmar convênios administrativos tem que ter autorização legislativa, e dispor de recursos pecuniários, quando for o caso, para cumprir sua parte nos encargos que lhe couberem no instrumento de convênio⁽¹⁶⁾.

3.2 – Limitações ao uso da propriedade

O direito de propriedade está assegurado constitucionalmente (artigo 153, parágrafo 22), bem como a **função social da propriedade**, princípio que embasa o desenvolvimento nacional e a justiça social, finalidades da ordem econômica contemplada na Magna Carta vigente (artigo 160, inciso III).

As limitações administrativas, que podem ser usadas pelo poder público de qualquer grau, têm uma origem constitucional: decorrem do princípio de disciplinar

(15) No atual Estado do Rio de Janeiro, compete à Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente exercer a fiscalização do cumprimento das normas sobre controle da poluição ambiental, inclusive a fiscalização das normas federais, mediante convênio, consoante os Decretos-Leis estaduais nºs 134 e 167, ambos de 16/6/75, e Resolução da Secretaria Estadual de Obras e Serviços Públicos nº 20, de 31/7/75.

(16) Quando o acordo for só entre Estados, ou só entre Municípios, e suas respectivas administrações indiretas, o instituto jurídico será o **consórcio administrativo**, valendo os mesmos princípios acima esboçados para o convênio.

o uso do bem privado, tendo em vista sua função social. Mas essas limitações administrativas também têm um balisamento constitucional, no sentido de não suprimir o direito de propriedade do particular.

Exercendo uma limitação administrativa, a Administração protege o interesse público, defendendo a coletividade de um dano (no caso, de sofrer os efeitos da poluição ambiental), que seria decorrente da utilização da propriedade do particular (p. ex., a instalação de uma indústria poluente em certo bairro).

De regra, a limitação administrativa decorre do exercício do poder de polícia da pessoa administrativa, coagindo o particular em benefício do bem-estar coletivo, a fazer, não fazer, ou deixar fazer alguma coisa. No primeiro caso, o particular faz o que lhe é imposto pelo Poder Público; no segundo, ele se abstém de fazer o que lhe é proibido; no terceiro, ele tem que permitir que se faça alguma coisa em sua propriedade.

As limitações administrativas têm de estar constando em lei ou em regulamento, porque o primeiro dever da Administração Pública é agir dentro do princípio constitucional da legalidade (fazendo, ou deixando de fazer algo em virtude de lei, consoante expressamente dispõe a Constituição, no artigo 153, parágrafo 2º).

Por outro lado, a propriedade privada não se tornou algo intocável; desde que seu uso se desancontre de sua função social, vale dizer, do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, à tranquilidade pública, ao respeito às demais propriedades, à estética urbana, e aos direitos individuais ou coletivos, seja, ou não, por matéria ou energia poluente, o **Poder Público tem o dever de limitá-la administrativamente**. Não o fazendo, a Administração se torna civilmente responsável por eventuais danos sofridos por terceiros em virtude de sua ação (permitindo o exercício de atividade poluente, em desacordo com a lei vigorante), ou de sua omissão (negligenciando o policiamento dessas atividades poluentes).

Em síntese, a limitação administrativa do uso da propriedade, no exercício do poder de polícia pela Administração Pública de qualquer âmbito (União, Estados, ou Municípios) é instrumento jurídico hábil para disciplinar atividades poluentes, em benefício da população atingida.

3.3 – Expropriação por utilidade pública

A forma mais violenta de intervenção na propriedade particular pelo Poder Público, é através da expropriação. Esta é a perda forçada da propriedade, nos casos contemplados em lei como necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social.

O Decreto-Lei nº 3.365, de 26/6/41, conhecido como a Lei Geral de Desapropriações, ao exemplificar casos de utilidade pública ensejadores do

procedimento expropriatório, enunciou "a salubridade pública" (artigo 5º, letra d). Por esta expressão se há de compreender as condições favoráveis à saúde pública dos aglomerados populacionais.

Pelas conseqüências afetadoras dos organismos vivos, refletindo-se direta ou indiretamente no homem, a poluição, seja por quê veículo for, atinge a salubridade pública.

Quando as medidas preventivas são burladas, ou se mostram inadequadas, e as limitações administrativas se tornam descumpridas pelos seus destinatários, a Administração tem de lançar mão do instituto expropriatório, desapossando o particular da propriedade que se tornou nociva à salubridade pública, por emitir matéria poluente.

A expropriação, de regra, é efetivada mediante prévia e justa indenização em dinheiro. (17)

É uma medida onerosa, ao contrário da limitação administrativa, que é gratuita.

4. CONCLUSÃO

A poluição vem oportunizando a inutilização do meio ambiente, e, ultima ratio, fazendo perigar a vida no planeta, quer pela extinção da flora e da fauna, quer pelas enfermidades que causa à espécie humana.

O mecanismo jurídico de atuação do Poder Público para proteger o ambiente emana da Constituição da República, e se dinamiza em inúmeras leis.

A União, os Estados e o Municípios têm competência administrativa para disciplinarem a matéria, não apenas zoneando a localização de atividades poluentes, mas também atuando repressivamente, no exercício de seu poder de polícia.

A proteção ambiental pode ser preservada pelo manejo de instrumentos jurídicos adequados: os convênios administrativos, que são acordos para o cumprimento e fiscalização de normas jurídicas de prevenção e de repressão às atividades poluentes; as limitações administrativas ao uso da propriedade privada, pelas quais o Poder Público impeça o dano causado por atividades poluentes às populações; e, pela maneira mais severa de atingir o particular, tendo presente o interesse público: a expropriação por motivo de utilidade pública, tendo por fundamento legal a salubridade pública.

(17) Por exceção, só a União pode expropriar propriedade territorial rural, indenizando com títulos especiais da dívida pública, com cláusula de correção monetária (Constituição, artigo 161).

ANEXO ""

Os conceitos legais de poluição vigentes no Estado do Rio de Janeiro e no de São Paulo, são os seguintes, respectivamente:

"... considera-se poluição qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas, que direta ou indiretamente:

- I – seja nociva ou ofensiva à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações;
- II – crie condições inadequadas de uso do meio ambiente para fins públicos, domésticos, agropecuários, industriais, comerciais e recreativos;

III – ocasione danos à fauna, à flora, ao equilíbrio ecológico, às propriedades públicas e privadas ou à estética;

IV – não esteja em harmonia com os arredores naturais.

Considera-se como meio ambiente todas as águas interiores ou costeiras, superficiais ou subterrâneas, o ar e o solo."

(Art. 1º e parágrafo único, do Decreto-Lei estadual nº 134/75).

A Lei paulista nº 997/76 considera

"...poluição do meio ambiente a presença, o lançamento ou a liberação, nas águas, no ar ou no solo, de toda e qualquer forma de matéria ou energia, com intensidade, em quantidade, de concentração ou com características em desacordo com as que foram estabelecidas em decorrência desta Lei, ou que tornem ou possam tornar as águas, o ar ou o solo:

I – impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde;

II – inconvenientes ao bem-estar público;

III – danosos aos materiais, à fauna e à flora;

IV – prejudiciais à segurança, ao uso e gozo da propriedade e às atividades normais da comunidade." (Art. 2º)

Essa mesma Lei considera poluente toda e qualquer forma de matéria ou energia que, direta ou indiretamente, cause poluição na água, no ar ou no solo (é a prescrição do parágrafo único do art. 3º).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATHENIENSE, Aristóteles. Legitimidade e conveniência da repressão judicial à poluição sonora. **Rev. dos Tribunais**, São Paulo, (457): 289 – 296. Nov., 1973.
- ALMEIDA, Rubem Bittencourt de. Uso e ocupação do solo. In: ENCONTRO NACIONAL DE PROCURADORES MUNICIPAIS, 9. Santos. Anais... Instituto Brasileiro de Direito Municipal, 1977. p. 100-105.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. SIMPÓSIO SOBRE POLUIÇÃO AMBIENTAL, 1. Brasília. Anais... 1971.
- BERNARDES, Lysia. Política e proteção ambiental. **Rev. de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, (146) 53-61, jan./mar, 1978.
- BREDA, Nircles Monticelli, **Legislação Aplicada ao Controle da Poluição**. Juriscredi, São Paulo, s. d.
- CRETELLA JR., J. **Direito Municipal**. São Paulo, Editora da Universidade de Direito, 1975.
- FERRAZ, Sérgio. Direito ecológico, perspectivas e sugestões. **Rev. da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, (4) : 43-52, 1972.
- Instrumentos jurídicos do direito urbanístico. **Rev. da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, (7): 61-76, 1973.
- FRANCO SOB^o, Manoel de Oliveira. Da competência administrativa. São Paulo. Res. Univ. 1977.
- GALBINSKI, Clarita. Proposição de um sistema nacional de controle da poluição ambiental. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 4. Vitória, Anais... Governo do Estado do Espírito Santo, 1972. p. 85-9.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Fundamentos legais para o combate à poluição das águas. **Rev. de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (14): 56-62, 1965.
- , **Direito Administrativo Brasileiro**, 4. ed. São Paulo. Rev. dos Tribunais, 1976.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo. Rev. dos Tribunais, 1977.

— Aspectos legais relacionados com a poluição do ar. In: **Estudo e pareceres de direito público** São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1971. p. 125-133.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico**. Rio de Janeiro, Forense, 1975.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Apontamentos sobre a repressão legal da poluição. **Rev. dos Tribunais**. São Paulo, (458): 279-287, dez., 1973.

— Poluição por resíduos sólidos, implicações jurídicas. **Rev. dos Tribunais**. São Paulo, (485): 30-37. Mar., 1976.

LAMARQUE, Jean. **Droit de la protection de la nature et de l'environnement**. Paris, LGDJ, 1973.

NUCCI, Nelson R. L., et alii Esgotos – Solução Ecológica. **Boletim do Interior**. São Paulo, (52): 13-16, nov. 1977.

CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO
Professora Assistente de Direito Administrativo
de PUC/SP
Mestre em Direito Administrativo

Ao abordar o tema das contratações nas empresas estatais aflora, como premissa inicial, a célebre discussão, hoje, quiçá, já sem utilidade prática, como se procurará demonstrar, da existência ou inexistência de contrato de direito público.

Há de se perseguir essa temática inicial a fim de, destacados os traços fundamentais que, porventura, conotem o instituto, verificar se há ou não aplicabilidade dos chamados contratos de direito público às empresas governamentais.

A atividade administrativa desenvolve-se, toda ela, sob o influxo de normas de direito público, embora, como já o dissemos anteriormente⁽¹⁾, aceitemos "cum grano salis" a divisão entre Direito Público e Privado.

O professor uruguaio Alberto Ramón Real, em um estudo de 1961, ao que tratava de perquirir os traços fundamentais entre o direito público e privado, já àquela época, com muita proficiência, asseverava:

"Em conclusão, a regra de princípio é a aplicabilidade do direito público aos atos e fatos administrativos.

As normas do direito público não se podem excluir totalmente, nem mesmo com respeito aos atos que se rejam pelo direito privado, em virtude de textos expressos".⁽²⁾

Ainda, com muita pertinência, extrai o emérito Professor uma cita da Camero, que nos permitimos reproduzir:

"O direito básico público é o direito comum ordinário, nas relações entre indivíduos e Estado como o que corresponde à natureza dos sujeitos e das relações; o direito privado só pode aparecer como regulador

(1) Lucia Valle Figueiredo, "Das empresas públicas e sociedades de economia mista", S. Paulo, R.T. 1978, pág. 20.

(2) Alberto Ramón Real, "Criterio de distinción y ambito de aplicación del derecho público" Montevideo, 1961, pág. 38.

daquelas relações, excepcionalmente, o que se pode formular assim: as relações entre indivíduos e Estados devem presumir-se reguladas pelo direito público, se não há expressa ou clara razão em contrário. Esta razão clara só existiria se a Administração apresentar-se numa certa relação, frente ao administrado, nas mesmas condições de igualdade, sob as quais permanecem aquelas que estão sob o império do direito privado".(3)

A distinção entre contratos de direito público ou de direito privado surgiu, a princípio, como construção da doutrina francesa, onde o problema colocava-se com grande relevância, considerando-se a divisão da jurisdição: Contencioso Administrativo ou Justiça Comum.

A evolução do Tribunal de Conflitos deu-se no sentido de atribuir à Jurisdição do Conselho do Estado todos os contratos da Administração.

Ficaram ao largo, e durante muito tempo, exatamente os contratos das empresas estatais, até que, num célebre aresto, decidiu o Tribunal de Conflitos que, dentre esses contratos, alguns deveriam inserir-se, obrigatoriamente, na Jurisdição do Conselho do Estado.

Foi exatamente com o "arrêt Demoiselle Ruban" que se firmou a orientação de que as empresas estatais também celebram contratos, em tudo assemelhados aos contratos estatais.

É de se citar, a propósito, o festejado autor Francis-Paul Bénéoit:

"É falso pretender que os usuários dos serviços públicos industriais ou comerciais encontrem-se "vis-a-vis", do serviço na mesma situação que "vis-a-vis" de um industrial privado. Ver-se-á que isto não é, nem poderia ser, porque uma tal situação seria uma contradição com os fundamentos políticos de nossa sociedade. Os usuários destes serviços estão, na realidade, rigorosamente na mesma situação que os usuários dos serviços propriamente administrativos, isto é, uma situação legal e regulamentadora de puro direito público." (4)

O transplante da tipologia do contrato, dos "regidos pelo direito privado", para as empresas estatais deu-se de maneira acomodada, sem provocar graves celeumas, tendo em vista, sobretudo, a "moldura" legal em que essas empresas atuam, qual seja a da personalidade de direito privado.

(3) Cammeo, apud, Ramón Real, "Criterio de distinción y ambito de aplicación del derecho publico", Montevideo, 1961, pág. 38.

(4) Francis-Paul Bénéoit, "Le droit administratif français", Paris, Dalloz, 1967, pág. 803

Quais seriam as grandes regras vetoriais dos chamados contratos de direito privado que estariam a diferenciá-los daqueles referidos como de direito público?

As regras, às quais se subordinam basicamente os contratos celebrados pelos particulares e que constituem, mesmo, os princípios aos quais se subjugam os contratos privados, são: a autonomia da vontade e o da "pacta sunt servanda".

No que tange à autonomia da vontade, mister se esclareça, de logo, há, esta de se subordinar aos preceitos de ordem pública, que lhe traçam o contorno. Tal não se pode dizer, constituir-se em uma limitação à liberdade de contratar, mas, antes, que configura o próprio perfil da autonomia da vontade.

Modernamente, a tão decantada liberdade contratual viu-se, também, visceralmente reduzida pelos contratos de adesão, cada vez mais comuns.

Isto, entretanto, não desnaturaria o instituto, pois ainda remanesceria ao particular a possibilidade ou não de aderir ao deliberado, unilateralmente.

Orlando Gomes, no prefácio de sua destacada obra "Contratos", assim se manifesta:

"Não se aperceberam muitos do enriquecimento do Direito Civil proveniente segundo Nicoló, de fenômeno de erosão intrínseca de seus princípios, cujo processo se desenvolve no sentido da imposição de novas limitações à liberdade de ação individual, sua forma dantes conhecida, consistentes, assim, na restrição legal da liberdade de escolher os fins de atuação, como na determinação do comportamento, que passou a se condicionar ao interesse coletivo.

Atingem as transformações o conceito de **autonomia privada**, pedra angular do sistema civilístico. A própria noção básica de negócio jurídico sofreu a influência de fatos sociais novos, dos quais surgiam categorias que a desfiguram, como as dos contratos coativos, contratos coletivos e contratos de adesão". Grifamos (5)

Dai infere-se que há traços comuns quer no contrato de direito privado, quer no contrato de direito público, razão porque professores de lavra do emérito mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello preferem inseri-los na Teoria Geral do Direito. (6)

Já as regras de direito público, que se diferenciam das de direito privado, basicamente são duas: poder de sancionar e poder de rescindir unilateralmente.

(5) Orlando Gomes, "Contratos", R. Janeiro, Forense, 1977, pág. 8.

(6) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "Princípio de Direito Administrativo", volume 2, pág. 604/614.

Tais "prerrogativas" ou "cláusulas exorbitantes", denominação esta por nós não aceita (7), estão diretamente referidas às missões administrativas, servindo-lhes de supedâneo para a realização do bem comum, do interesse público, albergado em cada um dos sistemas jurídicos que se examine.

Há que referir o jurista chileno, o emérito Professor Soto Kloss que, ao encerrar sua conferência pronunciada em Mendoza (8) sobre "Contratos de Administración: Características y diferencias", assim pronunciou-se:

"Contratos de la Administración: Características y diferencias. Si pero, perdón en qué derecho?"

Evidenciou o eminente jurista a impossibilidade de um regime unitário dos contratos da Administração, mormente sem um exame do sistema legal vigente em cada país.

Entretanto, ao tentar diferenciá-los dos contratos celebrados sob a égide do direito civil, encontramos como traços diferenciadores os já assinalados: poder de sancionar e poder de rescindir unilateralmente. Os demais, parece-nos, são comuns a ambos os tipos de contratos.

Com relação ao poder de sancionar, preferiríamos, de melhor forma, dizer, poder – dever de sancionar, pois que, ao que se nos afigura, não está na competência discricionária da Administração prescindir ou não da sanção.

No que tange ao poder de rescindir, de igual sorte está a Administração diante de uma competência da qual é titular, tanto como único objetivo a melhor satisfação do interesse público. Nesta hipótese, em alguns casos, remanesce discricionabilidade à Administração, a opção entre rescindir ou não.

Delineados, ainda que em "vol-d'oiseau", os vetores fundamentais dos chamados contratos de direito privado e daqueles denominados como de direito

(7) Lúcia Valle Figueiredo, "Premissas à elaboração de um conceito de Direito Administrativo". R.D.A., vol. 120, pág. 60.

Dizemos não aceitar a denominação de cláusula exorbitante por entendermos que o Direito Administrativo tem princípios informadores próprios – portanto esses princípios não exorbitam do chamado direito comum, – o Direito Civil. Nesta altura do desenvolvimento do Direito Administrativo não mais se pode falar em cláusulas para diferenciá-las das do Direito Civil. Remetemos o leitor também à obra de Francis-Paul Bénéoit, "Le droit administratif français", Paris, Dalloz, pág. 55/73.

(8) Eduardo Soto Kloss, "Contratos de la Administración: Características y diferencias", Conferência pronunciada no "Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo y IV Jornadas Nacionales" realizado em Mendoza, 1977.

público, cabe perquirir se as empresas estatais inserem-se sob um regime contratual, subordinado a normas de direito privado ou às normas de direito público.

Perfilhamos, por completo, o pensamento do ilustre Professor Sérgio Ferraz, para quem as empresas estatais encontram-se sob um regime híbrido – misto de direito público e de direito privado.(9).

Diríamos nós estarem as empresas estatais "vis-a-vis" de um terceiro regime jurídico, ainda não rotulado pelo direito, mas com traços profundos, quer de direito público quer de direito privado, inclusiva no que concerne à sua própria estrutura, rotulada, porém, como de direito privado.

De tal postura podemos afirmar, respaldando-nos expressamente no pensamento de Allan-Randolph Brewer Carías, ter-se de inferir que as empresas estatais, em todos os contratos que excedam a sua normal administração, são autênticos contratos administrativos. Alguns deles, de interesse nacional, serão submetidos, até mesmo, à arovação prévia do Congresso.

Há que lembrar também a afirmação de José Roberto Dromi (10) que a maioria das figuras jurídicas são comuns aos distintos campos do direito – o contrato é uma instituição comum a todo o Direito.

Entretanto, há de se lembrar também que a equação Administração – Direito Administrativo está superada na atualidade, tendo em vista a interpenetração do direito público e do direito privado, tanto aos sujeitos do Direito Administrativo como aos particulares. (11).

Gordillo, com sua visão de grande jurista internacional do presente como do futuro, assim se pronunciou no Capítulo II de seu Tratado de Derecho Administrativo, cujo título é exatamente o seguinte: "Pasado, presente y futuro del derecho administrativo":

(9) Sérgio Ferraz, "O controle de las empresas públicas", in "El derecho administrativo en Latinoamérica", curso internacional, Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario, págs. 345/360. Consultar nossa monografia "Das empresas públicas e sociedades de economia mista", S. Paulo, R. T., 1978, principalmente o Capítulo IV, em que é abordado o seu regime jurídico.

(10) José Roberto Dromi, "Licitación pública", Buenos Aires, Astrea 1975, pág. 540.

(11) Allan-Randolph Brewer Carías, "La evolución del concepto de contrato administrativo", in "El derecho administrativo en Latinoamérica", curso internacional, Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario, pág. 157. Também Juan Carlos Cassagne, "El acto administrativo", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, págs. 70/71.

"A ação do Estado, multiplicada assim, por meio de sua intervenção no campo da economia, apresenta ao direito administrativo uma validade sócio-econômica muito diferente.

Já não é suficientemente representativo da realidade estudar a organização administrativa do Estado; agora, há que estudar a organização econômica e administrativa do Estado.

O setor público da economia cresce por uma parte (empresas públicas e sociedades de economia mista), e o setor privado da economia por outra, encontrando-se submetida a crescentes regulações (intervencionismo – regulações).

O direito administrativo que estuda a ação do Estado não é e não pode ser o mesmo quando a ação do Estado há tanto mudado. Determinar até que ponto modifica seus objetivos e seus postulados, até que ponto mantém suas premissas, é indubitavelmente a tarefa do jurista deste século e dos vindouros". (12)

Uma queatão a se colocar desde que se admita o pressuposto da necessidade em que se encontram as empresas estatais de proceder a licitação – é a referente aos contratos celebrados com dispensa desse procedimento nos casos em que esta seja possível.

Estariamos diante de um contrato típico de direito civil?

A regra a perseguir é, por sem dúvida, o esmiuçamento do regime jurídico a que se submetem esses contratos.

Haverá uma autonomia de vontade, no seu mais lídimo sentido? E o "pacta sunt servanda" será obedecido, não obstante possam surgir condições tais que conduzam à inexequibilidade contratual?

No que tange á autonomia da vontade seria inviável, pois a competência para contratar diretamente – admitindo-se, por suposto, que, como regra geral, as contratações decorrem de um procedimento licitatório – subsumir-se-ia a uma regra de direito público, de exceção ao regime da obrigatoriedade de licitar. Em suma, a aplicabilidade de uma exceção legal, respaldada no Direito Público.

De outra parte, um dos princípios contratuais do direito civil, o do "pacta sunt servanda", cairia por terra diante de condições supervenientes que tornassem o contrato quer mais dificultoso, quer impossível de ser cumprido.

(12) Agustín Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 1, pág. II – 11.

Do exposto, não seria demasiado ousio afirmar-se que um contrato, tipicamente de direito privado, não será possível, sobretudo às empresas prestadoras de serviço público que estão, destarte, agindo em nome do Estado – fazendo às suas vezes.

Vale, a propósito, uma cita de Allan-Randolph Brewer Carias, ao se referir a determinado contrato, ocorrido na Venezuela, que tinha por objeto o fornecimento de coelhos. O poder público pretendia estar diante de um simples contrato de direito civil, eis senão que, ocorrendo uma epidemia nos coelhos, o prosseguimento do contrato trazia riscos ao interesse público. A Administração não hesitou em rescindir o contrato e verificou que, na realidade, sempre estivera sob a égide de um regime de direito administrativo. (13).

Da mesma forma asseverou, com a sua habitual clarividência, Adilson de Abreu Dallari:

"Positivamente, não há nas empresas estatais contratos exclusivamente sujeitos ao direito privado. Seja na forma de constituição da avença, seja na execução do objeto, seja nos casos de inadimplemento, seja nas eventuais disputas judiciais decorrentes do contrato, de alguma forma, ainda que indireta ou mesmo remotamente, ele será afetado pelo regime jurídico administrativo". (14).

A conclusão a que se impende chegar é que, mesmo diante de uma contratação direta das empresas estatais – portanto prescindindo de licitação – estar-se-ia diante de um regime misto, e, dependendo de seu objeto, preponderantemente de direito público ou de direito privado.

Demais disso, a só possibilidade das Cortes de Contas fiscalizarem os contratos das empresas estatais (15) subtrair-lhes-ia a possibilidade de junção a um regime exclusivamente de direito privado.

Ainda de se ressaltar a lei da ação popular (Lei nº 4717/65) que, cada vez mais, vem sendo aplicada na hipótese de contratos reputados lesivos ao interesse público. Lembre-se da mesma forma, que o mandado de segurança também é remédio legal, caso se violente ou se pretenda violentar direito líquido e certo dos particulares.

E, a nosso ver, direito líquido e certo haveria na hipótese do Regulamento da entidade contratante não previr determinada hipótese excludente de licitação,

(13) Allan-Randolph Brewer Carias, ob. cit., pág. 164.

(14) Conferência pronunciada pelo Professor Adilson Abreu Dallari, "Contrato de Obras Públicas", no curso sobre Contratos de 3/8 a 5/9/78 na Fundação para o Desenvolvimento da Administração Pública.

(15) Lucia Valle Figueiredo, ob. cit., pág. 53.

ensejadora de sua dispensa e ser esta utilizada para fundamentar certas contratações diretas. Tal hipótese deverá ser melhor abordada no tema "Controle das empresas estatais", quando especificamente será curada a responsabilidade dos administradores face ao mandado de segurança e ação popular.

Problema de relevo emerge, ao se tratar de empresas que interferem no domínio econômico, seja na lacuna da iniciativa privada, seja na insuficiência desta.

O respaldo, que pretendem encontrar os adeptos de que, nesta hipótese, dispensadas de licitação astariam as empresas estatais, é o Art. 170, § § 2º a 3º da Constituição que as equipara às empresas privadas, no que diz respeito, expressamente, às obrigações e ao regime tributário.

De nossa parte, entendemos essa norma com finalidade precípua voltada à iniciativa privada, a fim de desenvolvê-la e evitando, por esse modo, que benefícios outorgados às empresas estatais, sobretudo os tributários, possam, por via indireta, vir exatamente contrapor-se ao desiderato constitucional.

Em assim sendo, julgamos que mesmo as empresas não prestadoras de serviço público (em serviço estrito) não se furtam ao estabelecimento e subordinação a regras, ainda que dotadas de maior elastário, que persigam o princípio da igualdade.

De tal sorte, não esquivamos as empresas, que se encontram no domínio econômico, mercê da norma do Art. 170, § § 2º e 3º, a uma subordinação aos princípios da licitação e, em decorrência de serem suas contratações subseqüentes permeadas de normas de direito público, em grau maior ou menor, dependendo do objeto contratado e do valor envolvido, o que previamente será assentado em seus "cadernos de obrigações".

O que se conclui é que nunca existiu e nem existe um regime unitário para as contratações quer da Administração Direta quer da Administração Indireta!

Isso posto, já agora com a premissa de que os contratos das empresas estatais são contratos "administrativos" (16) se assim se convencionar chamá-los não obstante possam existir contratos sob forte influxo de normas de direito privado - podemos e devemos enfrentar a questão se a regra da "exceptio inadimpleti contractus" aplica-se ou não aos contratos das empresas estatais.

A "exceptio inadimpleti contractus", pouco a pouco, veio florescendo, emergindo das construções doutrinárias e jurisprudenciais.

(16) Allan-Randolph Brewer Carias, ob. cit., pág. 166

Vale a pena assinalar, a propósito, a querela instaurada no "V Curso de Especialização em Direito Administrativo" na PUC-SP, onde figuras proeminentes como a dos Professores Celso Antonio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Adilson Dallari e Clóvis Beznos, que integravam a mesa dos debates, divergiam ou concordavam em tema de tão significativa importância. (17)

Enquanto o Professor Clóvis Beznos firmou posição no sentido de que nos contratos de obras públicas seria invocável a exceção, porém não nos contratos de serviços públicos dado o princípio da continuidade dos mesmos, o Professor Adilson Dallari salientava, ainda, que o próprio direito positivo a vem encampando, ainda que, em algumas normas, de maneira implícita.

O Professor Hely Lopes Meirelles analisava a opinião do Professor Clóvis Beznos admitindo sua inoponibilidade com relação aos contratos de obras públicas. Argüiu, ainda, o eminente Professor que somente num exame casuístico determinar-se-ia a possibilidade de se opor ou não a exceção.

Celso Antonio, respaldando as opiniões no sentido da inoponibilidade dessa exceção, quando se tratasse de serviço público, admitia, contudo, sua invocação nas demais hipóteses dos chamados contratos administrativos.

Na verdade, mesmo nos contratos havidos tão somente como de direito administrativo, há inclusive cobertura legal para invocação da "exceptio inadimpleti contractus".

Como por exemplo, a Lei Municipal 8248/75, bem como a Lei Estadual 89/72, que em seus artigos 58, inciso XVII e 61, XVII, respectivamente, ensejam que o contratante da Administração se exima do cumprimento do contrato, dado o descumprimento administrativo que cause empeco ao prosseguimento contratual.

Para elucidação do que se afirma, transcrevemos o Art. 61 da Lei Paulista 89/72, cujo teor é o seguinte:

"Art. 61 - Constituem motivo para rescisão do contrato:

.....
.....
.....

XVII - O atraso superior a 180 dias dos pagamentos devidos pela Administração, decorrente de obras, serviços ou fornecimentos já

(17) Notas taquigráficas do "V Curso de Especialização em Direito Administrativo", referente à Assembléia, após a aula de "Contratos Administrativos", proferida pelo Professor Hely Lopes Meirelles, em 05.06.1976.

recebidos salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, não se incluindo, nesse prazo, os débitos decorrentes de eventuais reajustamentos de preços."

Outra não é a disposição da Lei Municipal nº 8248 de 1975 que, quase "ipsis litteris", repete a estadual, em seu artigo 58 inciso XVII.

É bem verdade que tal respaldo não é o suficiente para que o contratado da Administração utilize-se da prerrogativa da rescisão unilateral. É bem de ver que deverá pedir ao Judiciário a declaração da impossibilidade de continuação do contrato.

Transpondo para o plano dos contratos das empresas estatais, verifica-se, de igual sorte, que, mesmo diante do silêncio legislativo ou da omissão contratual, invocável a regra, face a condições totalmente anômalas, que obrigariam ao contratado, na verdade, a celebrar um contrato tácito de financiamento, o que não seria sequer possível.

Não é demais lembrar que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestam, de maneira imediata ou mediata, serviço público.

Calha, a propósito, a afirmação de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao examinar o dever de licitar pelas sociedades mistas:

"Vale dizer: a torrencial maioria delas ocupa-se de atividades que se alojam, por definição, na esfera da alçada própria do Estado. Isto é prestam serviços que pelo Poder Público seriam exercidos se não houvessem sido descentralizados.

Bem por isso só podem estar em mãos de terceiros com base em deferimento feito pelo Estado, que lhes detém o senhorio, a titularidade jurídica natural." (18)

Se isso é assim, porque não transpor igual tratamento aos contratos celebrados pelas empresas estatais?

Entendemos, desta forma, que a exceção é invocável pelos contratados das empresas públicas e sociedades mistas, consoante a natureza do objeto contratado.

Enfrentar-se-á, agora, o problema da cláusula "rebus sic stantibus" – ou seja, o pactuado deverá se conservar constante até o final de sua execução.

(18) Celso Antonio Bandeira de Mello, "Sociedades mistas e dever de licitar", in R.D.P., volume 34., pág. 5/10.

No que concerne à concessão de serviço público, o amparo à justa remuneração está, até mesmo, a nível constitucional.

Dispõe o Artigo 167, item II:

"Art. 167 – A lei federal disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

- I –
- 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 –"

Destarte, verifica-se que a proteção constitucional é ampla, visando a que seja dada, ao concessionário de serviço público, uma tarifa que lhe assegure a justa retribuição do capital dispendido.

Entendemos que ao concessionário de serviço público – ainda que seja empresa pública, para esse fim constituída, ou sociedade de economia mista – a previsão constitucional é absoluta de molde a assegurar que se mantenha constante a equação econômico-financeira ao longo do contrato de concessão.

No que diz respeito aos contratos firmados pelas empresas estatais com entidades privadas, porém, cujo objeto é não a mera gestão administrativa, mas sim obras, fornecimento ou serviços de interesse público, há de se aplicar, com toda a largueza, a teoria da imprevisão, com suas três espécies, como exposta por Francis-Paul Bénoit (19), teoria da sujeição a fatos imprevistos, teoria da imprevisão e a teoria do fato do príncipe.

E por que é de se aplicar com igual largueza?

A resposta parece-nos óbvia! Pelos próprios fundamentos que fizeram florescer essas teorias no direito francês, e que foram tomadas por empréstimo na doutrina ou legislação de vários outros países, e porque as empresas públicas e sociedades mistas estão agindo em área de ação estatal.

Há, de início, a imperatividade de se fazer uma distinção, como já o fez Bénoit, entre a força maior, que impossibilita o cumprimento do contrato, e os fatos imprevistos, como denominados pelo autor que, tão-somente, tornam o contrato mais oneroso.

(19) Francis-Paul Bénoit, "Le droit administratif français", pág. 623/642.

Mas, vejamos uma a uma as teorias assinaladas e verifiquemos a pertinência ou não de sua aplicabilidade aos contratos das empresas estatais.

Fatos imprevistos são todos aqueles que, por ocasião da pactuação do contrato, eram ignorados pelas partes por absoluta impossibilidade de prevê-los.

Há de ficar bem claro, a fim de que não se cometam equívocos, que a não-previsibilidade das partes com relação a fatos, facilmente previsíveis, somente imprevistos por sua incúria ou inépcia, não autoriza se invoque a "teoria dos fatos imprevistos."

Examinemos, uma a uma, cada uma das espécies, ainda que de maneira perfunctória.

Os fatos imprevistos, a que se deverá submeter o contratado, poderão decorrer da administração ter necessidade de modificar cláusulas contratuais, a fim de adaptar o contrato a uma possível melhoria da obra ou serviço. Isto poderá ocorrer sempre que se verificar, supervenientemente, que tal ou qual solução seria a melhor e não foi possível prevê-la, em tempo hábil, antes da pactuação do contrato.

Descarta-se, aqui, a possibilidade legal que tem a Administração Pública de aumentar o contrato dentro de um percentual previamente fixado, e que, da mesma sorte, igual regra normalmente é disposta nos Estatutos das Contratações das Empresas Estatais.

Os fatos imprevistos caracterizam-se, principalmente, pela oneração do contrato.

Na outra hipótese, haverá uma extensão quantitativa contratual, com uma contrapartida de alteração do valor contratual na mesma proporção.

Entretanto, quando se fala em **sujeições a fatos imprevistos** utilizando-nos da nomenclatura de Bénait, a Administração, ao impor determinadas alterações às condições de execução, onera o contrato.

Tal ônus não deverá ser suportado pelo contratado, que terá direito ao **ressarcimento integral** do desbalanceamento de sua equação econômico-financeira.

Entretanto, poderá ocorrer que fatos alheios à vontade da contratante, de ordem econômica, repercutam no contrato, de maneira a causar um impacto insuportável. Nesta hipótese – diversa da força maior – diante dessa álea

econômica, poderá o contratado pleitear da Administração uma ajuda, que lhe minore os prejuízos. Enfim, uma ajuda que lhe permita dar cabal cumprimento ao contrato.

Infere-se, pois, que se por determinações dadas pela contratante houver modificação econômica no contrato, a **recomposição é total**. De outra parte, a álea econômica (teoria da imprevisão), suportada pela contratada, por motivos alheios à contratante, determinam, tão somente, uma **recomposição parcial**.

O fundamento de tal recomposição é que o interesse público, subjacente ao contrato, deve ser protegido. O contrato deve ser fielmente cumprido.

Resta-nos, com relação aos fatos imprevistos, por derradeiro, examinar a teoria do "fato do príncipe".

Divergem os autores no que entender por "fato de príncipe".

Enquanto alguns se referem a esta figura conceitual como relativa a fatos provocados pela Administração Pública, qualquer que esta seja, com repercussões no contrato, outros entendem que o "fato do príncipe" diz respeito somente a atos administrativos (lato sensu) da mesma autoridade contratante, no exercício de uma outra competência, que não aquela diretamente referida ao contrato.

Tais atos administrativos, embora não imediatamente ligados aos contratos, neles repercutem de tal forma a abalar a equação financeira.

Marienhoff diz não compartilhar da opinião dos que fazem a distinção acima exposta, porque a julga vaga de sentido lógico.

Para o conceituado administrativista a responsabilidade estatal é a mesma, quer seja provocada pela mesma autoridade, que celebrou o contrato, quer seja por outra.

Em suas palavras:

"Do exposto deduz-se a diferença existente entre responsabilidade por "fato do príncipe" e responsabilidade contratual do Estado: o "fato do príncipe" pressupõe uma "norma geral" emanada de autoridade pública – de qualquer autoridade pública – enquanto que a responsabilidade contratual do Estado pressupõe uma norma particular, específica, emanada de qualquer autoridade pública relacionada com contrato administrativo em questão. A responsabilidade pelo "fato do príncipe" não é direta; apenas reflexa, incide no âmbito jurídico do co-contratante, causando-lhe um dano ressarcível por este diferencial com respeito aos demais habitantes". (20)

(20) Miguel S. Marienhoff, "Contratos Administrativos", no "Primer Congreso Internacional y IV Jornada Nacionales de Derecho Administrativo", Mendoza – Argentina, 1977, pág. 19.

E, mais adiante, explica o tratadista que, ao se tratar de "fato do príncipe", a reparação é integral.

A transposição dessas teorias aos contratos das empresas estatais parece-nos, por tudo, aplicável, face ao exposto, à colocação inicial de que essas empresas, embora rotuladas como personalidades de direito privado, representam a "longa manus" estatal de um Estado cada vez mais intervencionista.

Não calha, aqui, a discussão se isso é um bem ou um mal, se necessário o fortalecimento de empresa privada, mas cabe, a propósito, referir e enfatizar que o texto constitucional não alberga uma intervenção que leve ao sufoco da iniciativa privada.

Por último, cabe enfrentar a temática referente ao controle jurisdicional, muito embora não pretendamos desbordar do tema "contratos", mas tão-somente finalizá-lo.

Os contratos firmados pelas empresas estatais são passíveis de exame pelo Judiciário, quer por meio da ação popular, quer por meio de mandado de segurança. E até mesmo pela ação de reparação por perdas e danos.

Caberá mandado de segurança na hipótese de, em sendo o caso de licitação, ser feita uma contratação direta a, também, nas hipóteses em que os editais desbordem do permissivo legal ou de seus próprios regulamentos de contratações.

A ação popular é o remédio legal, do qual qualquer do povo é titular para defesa do patrimônio público afetado, seja por um contrato lesivo, seja por um contrato não precedido de licitação, quando esta se imponha.

E, finalmente, a ação reparatória sempre é utilizável para recomposição de danos patrimoniais que esses contratos possam provocar.

PARECERES

ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM EMPREGO EM FUNDAÇÃO

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 Nº 4.303

Acumulação de cargo público com emprego em fundação instituída pelo Estado. Interpretação do art. 99, § 2º da Constituição Federal e dos arts. 188 e 203, IV, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

O Senhor Secretário do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas solicita pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado sobre a possibilidade jurídica de servidor público estadual manter, concomitantemente, vínculo empregatício, sob regime da Consolidação das Leis do Trabalho, com fundação instituída pelo Estado.

1. A Constituição Federal, no art. 99, recebeu, na linha de nossas Constituições anteriores, o princípio que veda a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, estabelecendo, desde logo, as exceções a essa regra. O § 2º do art. 99, a sua vez, marca pormenorizadamente a área de incidência da proibição, no plano constitucional, ao realçar que ela se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Esse elenco não é meramente exemplificativo, senão que, bem ao contrário, exaure a relação das pessoas administrativas, cujos cargos, empregos ou funções são inacumuláveis com outros cargos, empregos ou funções públicas.

Fora desse círculo abrangido pela prescrição constitucional proibitiva ficam, apenas, os cargos, funções e empregos em pessoas jurídicas de direito privado nas quais o Estado, como *fiscus*, tem a maioria do capital, e os cargos, funções e empregos em fundações instituídas pelo poder público.

3. A técnica adotada pela Constituição de 1967 e mantida pela Emenda de 1969 diverge da acolhida pelos nossos textos constitucionais anteriores no indicar com exatidão quais as pessoas jurídicas, ligadas ao Poder Público, cujos cargos, funções e empregos estariam dentro da área atingida pela proibição.

Rememora CAIO TÁCITO, em estudo excelente, que ao tempo da Constituição de 1946, entendia-se que os empregos em fundações eram acumuláveis com cargos públicos, na linha de pronunciamento da Consultoria-Geral da República. E

lembra ainda o insigne administrativista que, sob a égide de Constituição de 1967, como o Decreto-Lei nº 200 equiparava as fundações às empresas públicas, a Consultoria-Geral da República considerou que os empregos em fundações instituídas pelo Estado eram incompatíveis com cargos públicos. (Direito Administrativo, p. 309). Já se vê que, por essa orientação, entendia-se que as hipóteses de acumulação poderiam ser ampliadas pelo legislador ordinário, o que equivale a dizer que o rol de pessoas jurídicas a que alude o art. 99, § 2º, da Constituição Federal, não seria "numerus clausus", mas simples aglomeração de exemplos.

Contra essa interpretação do preceito constitucional levantou-se a doutrina mais autorizada, coesa no objetar que ao identificar com precisão as pessoas jurídicas cujos cargos, funções ou empregos seriam incompatíveis com outros cargos, funções ou empregos públicos, a regra constitucional tornou-se inaplicável pela legislação ordinária, do mesmo modo como a esta não seria dado restringi-la.

Nesse sentido é a opinião de CAIO TÁCITO (op. cit., p. 309), HELY LOPES MEIRELLES, (Direito Administrativo Brasileiro, p. 407), JOAQUIM CASTRO AGUIAR (Regime Jurídico dos Servidores Municipais, p. 116).

4. Por certo, pode a legislação ordinária estabelecer restrições ou proibições, com referência ao exercício simultâneo de cargos, funções ou empregos públicos com outras atividades, mas nunca pelas mesmas causas ou razões pelas quais o preceito constitucional veda as acumulações. Assim, nos casos em que se previne a colisão de interesses ou o tráfico de influência, é perfeitamente legítima a imposição de inibições, tal como ocorre, por exemplo, com a proibição de o funcionário "exercer, mesmo fora das horas de trabalho, emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que mantenham relações com o governo" (Estatuto, art. 203, V).

É de intuitiva evidência, porém, que esse preceito cuida de evitar que interesses contrapostos acabem por causar, de alguma forma, prejuízo à Administração Pública.

5. Aliás, na análise e compreensão do disposto no art. 203, V do Estatuto, não se devem levar em conta concepções e realidades do mundo dos nossos dias, que assumiram, também, considerável importância jurídica, FORSTHOFF mostrou que característico do Estado liberal era a oposição entre Sociedade e Estado (Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 1956 p. 56 e segs.). O Estado era visto como um mal necessário, razão pela qual deveria ser limitado por estreita teia de regras e princípios jurídicos. Só assim, dizia MONTESQUIEU, o homem adquire "cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté" (Esprit des lois, I, XI, c. 6). Aí está precisamente sintetizada a justificação do Estado de Direito.

As idéias socialistas surgidas no século passado forçaram a transformação da concepção do Estado que, de distante da sociedade ou até mesmo oposto a ela, passa a assumir decididas funções de formação do corpo social, estimulando e

planejando suas forças internas, melhorando a qualidade de vida dos indivíduos pela construção de hospitais, creches, escolas; pela previdência social e financiamento de habitação a pessoas de baixa renda; incrementando ou diminuindo o ritmo econômico, pela fixação de preços máximos e mínimos, por subvenções, incentivos fiscais, barreiras alfandegárias – utilizando, enfim, um vasto repertório de meios de ação em setores antigamente considerados como reservados à atividade privada. Em contraste, passou o Estado a delegar a particulares a execução sempre em número maior de funções públicas ou passaram os indivíduos, quer isoladamente, quer reunidos em corporações, a desempenhar tarefas de manifesta utilidade pública.

Tudo isso deixa a entrever que o Estado e Sociedade não são hoje pólos contrários, mas duas faces de uma mesma moeda, que perseguem juntos, unidos por múltipla e complexa rede de cooperação, fins de interesse comum. É, em suma, o Estado Social. Neste quadro, inúmeras entidades e instituições que mantêm vínculo com o Estado não possuem de nenhum modo interesses conflitantes com os dele. Assim, por exemplo, as escolas e hospitais, bem como as entidades de utilidade pública que buscam objetivos de caráter cultural, beneficente ou esportivo, sem qualquer preocupação de lucro.

Nada impede, a nosso juízo, que servidor do Estado seja empregado em alguma instituição com essas características. Na aplicação, portanto, do art. 203 V, do Estatuto, deverá verificar-se concretamente se o emprego no setor privado propicia, de alguma maneira, tráfico de influência ou conflito de interesses. Não se configurando qualquer dessas hipóteses não se poderá invocar aquele preceito.

6. Considerando, assim, por um lado, que a regra amplíssima, consignada no art. 188 do Estatuto tornou-se incompatível com a vigente disciplina constitucional das acumulações e, por outro, que o art. 203, V, do mesmo Estatuto, não se aplica aos empregos e fundações instituídos pelo Estado, não vemos nenhum óbice de ordem legal ao exercício simultâneo de cargo, função ou emprego público com emprego ou função em fundação instituída pelo Estado.

PORTO ALEGRE, 24 de janeiro de 1980.

TUTELA E SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA DAS AUTARQUIAS

EMÍLIO RODRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.296

RECURSO HIERÁRQUICO PRÓPRIO OU IMPRÓPRIO

Competência recursal quanto aos atos das Autarquias, sociedades de economias mistas e empresas públicas.

Admissibilidade do Recurso hierárquico impróprio dirigido ao Secretário ou a Governador, desde que estabelecidos em lei ou no regulamento da instituição.

Da SECRETARIA DOS TRANSPORTES chega a asta Consultoria-Geral indagação vasada nos seguintes termos:

"Competência do Secretário dos Transportes, para conhecer e modificar em grau de recurso hierárquico, decisão referente a assunto de pessoal, emanada dos órgãos vinculados (DAER-DAE-DEPRECINTEA)".

É o relatório:

Pelo Decreto nº 19.801, de 8 de agosto de 1969, dispondo sobre a organização administrativa estadual e estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa, verifica-se que **"todo o órgão da Administração Direta ou Indireta está sujeito à supervisão do Governador ou do Secretário de Estado em cuja área de atuação estiver enquadrada sua principal atividade"** (art. 6º).

Por sua vez, o § 2º do mesmo dispositivo regulamentar, determina que

"...a supervisão dos órgãos da Administração Indireta se exerce através de:

- I - Indicação, pelo Secretário de Estado, dos dirigentes da entidade, para fins de nomeação ou eleição, conforme sua natureza jurídica;"**

A Secretaria dos Transportes, por definição fixada no predito Decreto Estadual, atua no Setor Econômico, tendo como **órgãos vinculados**, o Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem, o Departamento Aeroviário do Estado, o Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais e a Companhia Intermunicipal de Estradas Alimentadoras, os três primeiros, entes autárquicos, e a última, empresa por ações nos termos do respectivo Estatuto, com capital do Estado e Municípios, conforme prevê a Lei nº 5.753, de 20 de maio de 1969.

Ora, a autonomia administrativa e financeira que, de regra, outorga a pessoa jurídica matriz de direito público (o Estado, no caso) às autarquias, permite antever a possibilidade de seus dirigentes máximos estarem subordinados à autoridade que os investiu no comando dos aludidos órgãos, ou seja, o Governador.

No entanto, o problema exige estudo mais acurado não só no que concerne com a natureza das autarquias e de empresa que se acha vinculada à Secretaria dos Transportes (CINTEA), como da extensão e alcance das peculiaridades que as distinguem.

A orientação assente neste Órgão Consultivo, a partir do PARECER Nº 11, de 15 de fevereiro de 1966, da lavra do então Consultor-Geral, Prof. JOSÉ NERY DA SILVEIRA, atual Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, deixou clara e infosmável que **"sendo um ente autônomo (muito embora não constituindo uma autonomia, em acepção própria), não há subordinação hierárquica da autarquia para com a pessoa estatal investidora, cujo amplo organismo íntegro, porque se isso ocorresse anulado estaria seu caráter autárquico."** (UMBERTO FRAGOLA, "Direito Administrativo, 1949, pág. 109; MIGUEL REALE, "Da recorribilidade dos atos das autarquias" in *Revista de Direito Administrativo*, v. 23/24; CELSO DE BARROS LEITE e JOSÉ LUCIANO DE NÓBREGA FILHO, "As autarquias de Previdência são autarquias?" in *RDA*, 38/469, apud HELY LOPES MEIRELLES, loc. cit., pág. 7).

À noção de hierarquia contrapõe-se a de autarquia.

"A hierarquia significa a superposição de graus, nos quais os agentes inferiores exercem suas funções com o dever de obediência a seus superiores sucessivos. Daí, um poder hierárquico, que confere ao superior o direito de dar ordens e instruções (característico da função administrativa, em relação à judicial) a seus subordinados, de lhes fiscalizar os atos, ou os anular em grau de recurso, assim como o de aplicar penas disciplinares. (...) A relação de subordinação, em que se encontram os órgãos com referência aos superiores, e a supremacia dos superiores com referência aos inferiores, é a hierarquia." (Apud NENEGALE, op. cit., pág. 111/112).

Inexiste relação de hierarquia, entre a pessoa administrativa maior e o ente autárquico criado, mas, apenas, **relação de controle**. Conforme explica ALBERTO DENICHELLI, in "Los Entes Autonomos", págs. 10 e 11.

"sobre a categoria dos órgãos centralizados pesa o poder hierárquico do Governo Central e sobre a dos descentralizados o poder hierárquico desaparece para dar lugar a um simples poder de tutela. E, ainda, que, na hierarquia, a subordinação ao superior é norma; com a tutela esta subordinação perde rigidez e dá lugar a uma independência mais ou menos ampla." (Apud NOGUEIRA DE SÁ, op. cit., págs. 88 e 89).

Mas, observa-se, a seguir, no referido pronunciamento, aprovado pelo Senhor Governador do Estado, em 2 de março de 1966:

"O que, entretanto, não se assegura à autarquia é o poder jurídico de emitir manifestações de vontade criadores da direito, contra o diaposto em sua lei institucional, ou em conflito com preceitos legais integrantes do ordenamento jurídico da pessoa maior, que lhe guardem pertinência. Como fonte secundária do direito, a disposição autônoma encontra, na lei, sua força vinculativa."

Por igual, não diverge desse enfoque o Parecer nº 592/68, da ex-Divisão de Assistência Jurídica desta Consultoria-Geral.

Invocando HELY LOPES MEIRELLES, consigna dito pronunciamento que

"a autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com a autoridade pública na medida do jus impeni que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno a autarquia traz insita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica de autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque a ela ocorre a sua natureza autárquica. Há, por parte do Estado, simples controle administrativo, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico", (Direito Administrativo Brasileiro, páginas 283/284, Edição 1966).

Enfatiza, ainda, o predito Parecer:

"Certo, entretanto, é que o controle estatal é necessário, pois, embora não haja uma hierarquia entre um e outro órgão, é imprescindível o controle, que difere fundamentalmente daqueles. Esse o magistério de NOGUEIRA DE SÁ, in verbis:

Ainda que as nossas autarquias administrativas propriamente ditas sejam pura criação da lei ordinária e possam (todas elas) não existir,

nem por isso o princípio autonômico deixa de ser uma realidade subjacente nessa forma de descentralização por serviço, como escrevia-mos em 1945. Sem ele não pode haver, em absoluto, a própria relação de autarquia. Entender, pois, que, em substância não difere o controle sobre os entes autárquicos, do poder hierárquico, é querer os fins sem querer os meios que condicionam a consecução deles”.

Viu-se, então, que inexistente subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal de onde proveio, mas tão somente relação de controle desta sobre aquela.

Na espécie, questiona-se a competência do Titular dos Transportes em face do recurso hierárquico interposto por servidor em exercício nas autarquias ou naquela empresa por ações, todas vinculadas à Secretaria dos Transportes, como estabelece a legislação aplicável e resultante de decisão proferida pelos referidos órgãos.

Ou, simplesmente: se o mencionado Secretário tem competência para conhecer e modificar decisão do DAER, DAE, DEPRC ou CINTEA em matéria de pessoal, o que constituía recurso hierárquico.

A indagação, além dos pronunciamentos já apontados, encontra roteiro que parece adequado ao seu deslinde, em manifestações doutrinárias de natureza vária. Entre essas, a que se ocupa de recursos hierárquicos próprio e impróprio, aludida por HELY LOPES MEIRELLES, em seu “Direito Administrativo Brasileiro”, 4ª Edição, págs. 631/2. Diz, a propósito, o festejado mestre paulista:

“Recurso hierárquico próprio é o que e parte dirige à autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo, pleiteando revisão do ato recorrido”.

“Recurso hierárquico impróprio é o que a parte dirige à autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa, como ocorre com os tribunais administrativos e com os Chefes do Executivo federal, estadual e municipal. Esse recurso só é admissível quando estabelecido por norma legal que indique as condições de sua utilização, a autoridade ou órgão incumbido do julgamento e os casos em que tem cabimento.

Vão se tornando comum esses recursos na instância final das autarquias e entidades paraestatais, em que a autoridade julgadora é o titular do Ministério ou da Secretaria de Estado a que a entidade se acha vinculada (não subordinada). Tais recursos são perfeitamente admissíveis, desde que estabelecidos em lei ou no regulamento da instituição, uma vez que tramita sempre no âmbito do Executivo que cria e controla essas entidades”.

Induvidosamente, cogita-se, no caso, de recurso hierárquico impróprio, afastável de logo, já que não há norma expressa na legislação pertinente às citadas autarquias e empresa por ações, dispondo de modo diferente.

Invocável, por igual, o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, consagrado estudioso de questões de Direito Público, quando sobre o assunto preleciona, de modo categórico:

“Como última palavra a respeito do controle, convém anotar que as decisões finais dos dirigentes das entidades autárquicas, salvo se a lei estatuir de modo diverso, não são suscetíveis de recurso para os órgãos controladores delas. Com efeito, o controle administrativo é instituído em nome de interesses da Administração Pública como um todo, e não como meio de defesa de interesses particulares. Sendo a autarquia uma pessoa jurídica e, por isso mesmo, exterior à linha hierárquica, suas decisões presumem-se definitivas. O Poder Central é estranho a elas. Se houve violação de direitos de particulares devem os lesados dirigir-se ao Poder Judiciário que, ele sim, é o guardião da legalidade. Eis por que quando a lei prevê a existência de recursos dirigidos à Administração Central contra atos da autarquia, tais medidas de apelo se denominam recursos hierárquicos impróprios”. (In Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, Edição Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1973, pág. 71).

Se a hierarquia inexistente com relação às autarquias, com maior razão em relação às empresas por ações como a CINTEA que é pessoa jurídica de direito privado.

EM CONCLUSÃO, na falta de lei que disponha expressamente, exaure-se nos dirigentes máximos, tanto das autarquias, quanto das sociedades por ações, a instância administrativa referente a assuntos de seu pessoal, em razão do que descabe o encaminhamento de apelo ao Secretário dos Transportes, ou mesmo à pessoa do Chefe do Poder Executivo.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 21 de janeiro de 1980.

TUTELA E SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA DAS AUTARQUIAS

ELMO PILLA RIBEIRO

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

PARECER Nº 4297

AUTARQUIA

Inexistência de subordinação hierárquica quanto à pessoa jurídica maior.
Recurso hierárquico impróprio. Sua admissibilidade pressupõe disposição legal expressa.

De dois modos pode a pessoa jurídica matriz interferir sobre os entes autárquicos de sua criação: o controle ou tutela e a subordinação hierárquica.

O Controle ou tutela destina-se a manter a atuação das autarquias dentro das raias traçadas pelas leis que as instituíram, bem assim a pôr sua ação em consonância com as diretrizes político-administrativas traçadas pela pessoa jurídica maior.

O controle ou tutela pode assumir várias modalidades, ser exercido "a priori" ou "a posteriori", e incidir sobre o mérito ou a legitimidade do ato praticado pelo ente autárquico, tudo dependendo, já se vê, do que dispuser a lei que o estabeleça e disponha sobre o modo de exercer-se.

Relativamente à subordinação hierárquica, têm a doutrina estrangeira e nacional acentuado inexistir ela entre a pessoa jurídica maior e a autarquia, inobstante derivar a existência desta da lei editada por aquela que a criou.

É que a subordinação hierárquica supõe não só a hierarquia, como o dever de obediência dos situados nos graus inferiores da escala hierárquica às ordens, determinações e instruções dos colocados nos patamares superiores da dita escala, com o correspectivo poder de os últimos modificarem, de ofício ou mediante recurso, as decisões de seus subordinados.

Ora, a criação da autarquia visa, através da personalização de um serviço público, dar-lhe melhores condições de execução, e implica, de si mesma, regime diferente de ponto de vista administrativo, técnico e jurídico, colocando o ente autárquico fora dos padrões comuns da Administração Pública, acarretando, por isso mesmo, a ruptura da linha hierárquica, a tal ponto que sustenta autorizada

doutrina que, se houvesse subordinação hierárquica da autarquia, em relação à entidade maior a que pertence, anulado estaria seu caráter autárquico (Cf. UMBERTO FRAGOLA – “*Diritto Amministrativo*” – 1949, pág. 109; MIGUEL REALE, Rev. Dir. Adm. – Vol. 23, pág. 24; CELSO DE BARROS LEITE – JOSÉ LUCIANO DE NÓBREGA FILHO, Rev. Dir. Adm. – Vol. 38, pág. 469; HELY LOPES MEIRELLES, Rev. Forense – Vol. 204, pág. 34; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO – “*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*” – 1973, págs. 67/68).

Se, pois, inexistisse subordinação hierárquica entre a pessoa jurídica maior e a autarquia, inadmitte-se doutrinariamente recurso hierárquico de ato da autoridade ou órgão do ente autárquico a autoridade ou órgão da pessoa jurídica matriz.

Assim, para romper o rigor desse princípio faz-se mister a existência de norma legal expressa que, rompendo também com o critério finalístico que presidiu a criação do ente autárquico, mande admitir recurso externo ou hierárquico impróprio – como o denomina HELY LOPES MEIRELLES (loc. cit., pág. 29) – de ato ou decisão de seu dirigente máximo, para a pessoa jurídica maior.

Isto posto, concordamos inteiramente com o lúcido parecer trazido à consideração deste Conselho Superior.

PORTO ALEGRE, 21 de janeiro de 1980.

CESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

NEY SÁ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.253

CESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO.

A forma jurídica apropriada para a cedência de bens públicos da União para os Estados é a cessão de uso.

O Superintendente do Departamento Central de Administração do Material (DECAM) dirige-se a esta Consultoria-Geral para relatar que o DECAM contratou com a sociedade mercantil UNITEL-Indústria Eletrônica S. A. a instalação de um Centro de Comunicações para a Secretaria da Segurança Pública do Estado, no Morro da Polícia. Entretanto, consoante refere, “**após instalados e colocados em funcionamento os equipamentos, foi feito o Teste de Aceitação Provisória, ficando constatada a não otimização do mesmo subsistema, face a existência de interferência em algumas frequências, sendo esta otimização uma das exigências do contrato firmado entre o Estado e a Empresa Vendedora-supramencionada**”.

Por isto – continua o relato – “**a empresa fez uma pesquisa de interferências no Morro Santana pertencente à Universidade Federal do Rio Grande do Sul**”, e em decorrência dessa pesquisa ficou constatado que o local seria o adequado para as instalações, com a eliminação, ou redução a nível tolerável, das interferências que se verificou existirem no Morro da Polícia.

Conclui o Diretor do DECAM por informar que o Estado obteve receptividade da UFRGS ao pedido formulado para a instalação dos equipamentos antes referidos no aludido Morro Santana, onde localizado o Campus dessa Universidade.

A matéria foi trazida ao conhecimento desta Consultoria-Geral para que se defina “**a forma jurídica mais adequada na cedência pela UFRGS ao Estado desse terreno, no qual a empresa UNITEL – Indústria Eletrônica S. A. providenciará na construção das futuras instalações**”.

É o relatório.

Algumas vezes é reconhecida à Administração Pública uma certa liberdade, dentro da lei, na escolha de instrumentos jurídicos que, à sua discricção, se afigurem mais adequados ao desempenho das tarefas a que se propõe.

No plano federal – e aqui é precisamente onde o problema deve ser encarado porquanto o imóvel objeto da consulta integra o patrimônio de autarquia pertencente a essa esfera – o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, dispondo sobre os bens imóveis da União, autoriza a que ela promova a cessão gratuita da posse de imóvel, não utilizado em serviço público, quando for de seu interesse prestar ajuda ou colaborar com os Estados, Municípios, entidades culturais ou de finalidades sociais, e, ainda, em se tratando de aproveitamento econômico de interesse nacional, a pessoa física ou jurídica, como decorre da palavra expressa dos artigos 64, § 3º e 125 do diploma legal em referência.

Nos termos do art. 126 do mesmo Decreto-lei, essa cessão “se fará mediante termo ou contrato, de que expressamente constarão as condições estabelecidas, e tornar-se-á nula, independentemente de ato específico, se ao imóvel, no todo ou em parte, for dada aplicação diversa da que lhe tenha sido destinada.”

Não constituindo a cessão forma de alienação, é dispensável autorização legislativa, consoante teve oportunidade de referir o ilustre CAIO TÁCITO em PARECER firmado quando Consultor Jurídico do DASP, cuja ementa é a seguinte:

“A cessão de imóveis da União, autorizada em lei, é cessão de uso, em que o cedente, conservando o domínio, transfere ao concessionário a posse direta, com a cláusula de utilização obrigatória do bem para o fim a que, expressamente, for destinado; é ato do Poder Executivo, que independe de lei especial.” (RDA, 32/482).

Nesta Consultoria-Geral, tratando de espécie análoga, encontra-se o Parecer nº 3.944, de 27 de outubro de 1978, da lavra do ilustre Consultor Jurídico ALMIRO DO COUTO E SILVA, esposando a mesma orientação constante do Parecer do DASP, antes mencionado.

Neste Parecer, aliás, anota-se a opinião em contrário de HELY LOPES MEIRELLES, ao dizer que a cessão não prescinde de autorização legislativa quando a posse do bem for transferida à outra entidade, porém, bem refutada pelo parecerista:

“Não encontramos, porém, fundamento legal ou justificativo para essa opinião, a não ser quando a cessão fosse feita por prazo tão dilatado ou em circunstâncias tais que quisesse implicasse, em termos práticos, na alienação de domínio ou na constituição de enfiteuse.” (R.C.G.E., 23/124).

Diante do exposto, somos de entender que a forma jurídica apropriada, no caso submetido à apreciação, será a cessão de uso, gratuitamente, segundo a modalidade expressa no § 3º, do art. 64, do Decreto-lei nº 9.760/46, combinado com os artigos 125 e 126 do mesmo estatuto.

Este é o parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 7 de dezembro de 1979.

USUFRUTO DE IMÓVEL ENFITEUTICO

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

PARECER Nº 4358

É válida a constituição de usufruto vitalício e reversível pelo enfiteuta que doa o prédio aforado.

C.T.F. e sua irmã C.T.F. requerem averbação em título de terreno foreiro, no Processo nº 45.298/79, ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Fazenda, da doação com reserva de usufruto que lhes fizeram seus pais P.B.F e N.T.F., tendo por objeto uma casa e três conjuntos localizados no Edifício Formac, nesta Cidade.

O terreno onde se acha construído dito edifício pertence ao Estado do Rio Grande do Sul, constituída enfiteuse em favor dos doadores.

A averbação é sobrestada, entendendo o Oficial Superior Fazendário que não pode o enfiteuta dispor da sua propriedade, constituindo, ao mesmo tempo, duas espécies de direito real sobre a coisa alheia.

Dado o impasse, deve manifestar-se esta Procuradoria-Geral.

É o Relatório.

Examinado o processo administrativo, cumpre indagar, primeiramente, da natureza jurídica do instituto da enfiteuse e do conteúdo do conceito de domínio útil. Não cremos que se possa falar em direito de propriedade fracionado de modo a se considerar senhorio e foreiro titulares de domínio em sua natureza. O primeiro detém a substância da coisa e o segundo um direito real sobre a coisa alheia. Pensar diferentemente seria colidir com o art. 527 do Código Civil. O senhorio direto tem direito à substância da coisa, excluídas as suas utilidades.

Nessa linha o pensamento de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

“O ponto de vista mais acertado, porém, é aquele que, reportando-se ao direito romano, considera o enfiteuta como simples titular de direito real sobre coisa alheia, embora o mais amplo que se possa estabelecer. Constituída a enfiteuse, o dono do bem enfiteutico continua sendo o antigo proprietário, não passando o enfiteuta de mero titular de um “jus in re aliena”.

Como diz PACIFICI-MAZZONI, antes da enfiteuse, quem tinha o domínio, na sua integridade, era o senhorio direto; concedendo a outrem o domínio útil, é natural reserve ele a propriedade. Para que nos persuadamos dessa verdade basta considerar que o nosso direito consagra sucessivamente o direito de opção do senhorio direto no caso de venda ("jus praelationis") assim como a devolução ao mesmo dos bens anfitêuticos, nos casos dos arts. 691 e 692, n.ºs. II e III, do Código Civil ("jus devolutionis"). O senhorio direto é, portanto, em face da nossa sistemática jurídica e de acordo com a doutrina clássica, o único e verdadeiro titular do domínio." (Curso de Direito Civil, Saraiva, São Paulo 6ª ed., vol. III, pp. 259/260)

Se considerarmos que a enfiteuse, no rol do art. 674 do Código Civil, se encontra no mesmo plano jurídico do usufruto, sendo ambos direitos reais sobre coisas alheias, não é de se conceber que o foreiro venha a dispor da coisa como se fosse o nu-proprietário em face do usufrutuário. Esse tem o uso e o gozo da coisa, àquele cabe o domínio sem os seus elementos vivos.

Não é, porém, nesse sentido que se orienta a doutrina pátria. PONTES DE MIRANDA, no Tratado de Direito Privado, afirma expressamente:

"Nada obsta, portanto, a que haja usufruto outorgado pelo senhorio e usufruto, ou uso, ou habitação outorgado pelo enfiteuta". (T. XVIII Borsoi, Rio, 1971, p. 137).

Também ORLANDO GOMES:

"(...) o imóvel, no qual lhe é dado (ao enfiteuta), também, constituir servidões, usufrutos e hipotecas". (Direitos Reais, Forense, t. II, 1972, p. 462).

Concluimos, assim, que é válida a escritura de doação com reserva de usufruto, na parte em que se refere a terreno enfitêutico onde os doadores instituem em favor próprio usufruto vitalício e reversível. Podem doar o domínio útil (Código Civil, art. 688) e, no mesmo ato, instituir usufruto.

No caso presente, é preciso notar, houve um lapso. Tanto a escritura quanto as matrículas do Registro de Imóveis consignam a expressão **"doação da nua propriedade"** (fls. 5, v.; fls. 7 "usque" 12).

Trata-se, evidentemente, de erro de técnica cartorária que deve ser corrigido. A própria autorização constante da Portaria nº 68 do Senhor Chefe de Gabinete do Secretário de Estado da Fazenda se refere a **"transferência do domínio útil"**.

Assim, somos de parecer que a averbação em título de terreno foreiro, **"in casu"**, somente deverá ser atendida após a retificação da escritura e matrículas do Registro de Imóveis, substituindo-se a expressão **"doação da nua propriedade"** pela outra **"transferência ou doação do domínio útil"**. Somente desse podem-dispor os doadores, nada obstando a que, sobre ele, instituem, em favor próprio, usufruto vitalício e reversível.

É o parecer, S. M. J.

LOTAÇÃO E RELOTAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS

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

PARECER Nº 4.321

LOTAÇÃO E RELOTAÇÃO.

Funcionário público estadual, titular de cargo extraquadro, lotado na Casa Civil do Gabinete do Governador, pode ser relotado na Procuradoria-Geral do Estado.

O Chefe da Casa Civil do Gabinete do Governador, em ofício dirigido ao Secretário da Administração, solicita a relocação do Auxiliar de Transportes F. A., padrão 6-6, extraquadro, matrícula nº 1081475, na Procuradoria-Geral do Estado, onde o aludido funcionário vem desempenhando suas funções. Alega **"a necessidade de que permaneçam no quadro de pessoal do Palácio Piratini somente os servidores que, efetivamente, nele exerçam suas atividades"**.

A Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, opinando pelo indeferimento do pedido, em razão de a Procuradoria-Geral do Estado possuir quadro próprio de pessoal, sugeriu o encaminhamento do expediente a este Órgão, para exame e parecer, no que foi atendida.

2. Em Direito Administrativo, lotação é o número de servidores que cada repartição possui para atender aos seus serviços. Consiste na distribuição dos servidores de acordo com as exigências das atividades dos órgãos públicos. Para HELY LOPES MEIRELLES, lotação é o número de servidores que deve ter exercício em cada repartição ou serviço. No seu entender, a lotação e relocação constituem prerrogativas do Executivo, sendo amplo e discricionário o poder de movimentação dos servidores, por ato do Executivo, no interesse do serviço. (Direito Administrativo Brasileiro, 3a. ed. S. Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1975, p. 379).

A propósito do assunto, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no art. 98, dispendo sobre medidas de aplicação imediata com relação ao pessoal civil federal, prescreve: **"Cada unidade administrativa terá, no mais breve prazo, revista sua lotação, a fim de que passe a corresponder às suas estritas necessidades de pessoal e seja ajustada às dotações previstas no orçamento"**. As lotações, segundo esse mesmo

Decreto-Lei, art. 94, IX, devem ser aprovadas segundo critérios objetivos que relacionam a quantidade de servidores às atribuições e ao volume de trabalho do órgão.

O Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, em seu art. 36, conceitua: **"Entende-se por lotação o número de funcionários que devem ter exercício em cada repartição ou unidade de trabalho"**.

Em síntese, portanto, lotação diz respeito ao lugar onde o funcionário público, em caráter permanente, deve exercer o seu cargo.

3. Quadro funcional, por sua vez, é o **"conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, repartição ou Poder"** (HELY LOPES MEIRELLES, *op. cit.* p. 378). Diferencia-se, portanto, nitidamente, da lotação, a qual não se refere ao número de cargos de uma repartição, mas ao de servidores que nela têm **exercício** em caráter permanente, pertençam eles, ou não, ao quadro funcional do Órgão. Assim, nas repartições que possuem quadro próprio de pessoal, a lotação nem sempre corresponde ao número de seus cargos, podendo excedê-lo, caso ocorra necessidade do serviço.

4. Os cargos públicos, por outro lado, em sua generalidade, estão agrupados em quadros funcionais. A exceção está nos chamados cargos extraquadro, situados à margem dos quadros de pessoal, para se extinguirem à medida que vagarem, devido à sua desnecessidade na organização administrativa de pessoal. Os titulares desses cargos, porém, embora fora de qualquer quadro de pessoal, devem necessariamente estar lotados em alguma repartição pública, para que possam ter exercício, cumprindo suas obrigações funcionais. Não importa se o serviço é constituído por cargos integrantes do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, ou se a repartição possui quadro próprio de pessoal, como acontece com a Procuradoria-Geral do Estado, pois o titular de cargo extraquadro em hipótese alguma poderia integrá-los, em razão da própria natureza do cargo que ocupa. Sustentar não ser possível a relotação de tal funcionário na Procuradoria-Geral do Estado, como foi alegado no presente caso, importaria em reconhecer a impossibilidade de o servidor trabalhar em qualquer repartição, pois os funcionários de todas elas pertencem a algum quadro de pessoal, sempre fechado para o extraquadro. Não poderia, inclusive, permanecer ele lotado na Casa Civil do Gabinete do Governador, cujos servidores pertencem ao Quadro Geral.

5. Diante do exposto, entendo que o Auxiliar de Transportes F.A. pode ser relotado, juntamente com seu cargo, na Procuradoria-Geral do Estado, onde passará a exercê-lo sem integrar o quadro de pessoal do Órgão, percebendo como vencimento o valor correspondente ao padrão 6-6, relativo ao cargo que ocupa, mais as vantagens a que tem direito.

6. A autoridade competente, no caso, para a prática do ato de relotação, é o Chefe do Poder Executivo, a quem cabe a movimentação dos servidores públicos,

segundo as necessidades do serviço, sendo inaplicável, na espécie, o Decreto nº 29.021, de 18 de julho de 1979, o qual, em seu art. 5º, inciso VII, atribui ao Secretário da Administração competência para lotar e relotar cargos ou funções somente nas Secretarias de Estado.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 26 de fevereiro de 1980.

TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CARTÓRIO DE REGISTRO DAS PESSOAS NATURAIS

MARISA GRASSI

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4287

SERVIÇO PRESTADO COMO EMPREGADO EM CARTÓRIO DE REGISTRO DAS PESSOAS NATURAIS.

Ausência de lei qualificando-o como tempo de serviço público. Manifestações da Procuradoria-Geral do Estado.

Averbação de tempo no Registro Funcional do funcionário não gera direito adquirido.

Possibilidade de a administração rever seus atos quando não embasados em lei.

B.J.C. matrícula nº 39.238, Escrivão-Classe "C", do Quadro dos Funcionários Fazendários, Órgãos de Arrecadação, requer a concessão do 5º quinquênio e a gratificação adicional de 25%.

A Administração, ao conferir os dados funcionais da requerente, verificou que foi considerado como tempo de serviço público, para todos os efeitos legais, o prestado como empregada no Registro Civil das Pessoas Naturais no Cartório de Caxias do Sul, comprovado por justificação judicial, tendo a valorização desse tempo, inclusive, beneficiado a interessada na concessão da gratificação de 15%.

Insurge-se a petionária com o indeferimento, alegando que não está requerendo a averbação do tempo anterior, o que, aliás, já foi realizado, com a fruição de vantagens daí decorrentes, sustentando, ademais, direito adquirido.

Anexa aos autos recorte de período cuja origem e data não se pode identificar, a respeito de uma publicação em jornal de São Paulo sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 72.059.

Face ao não-acolhimento do pedido de reconsideração, encaminha apelo ao Senhor Governador do Estado, vindo os autos a esta Procuradoria-Geral do Estado por determinação do Senhor Chefe da Casa Civil que solicita o pronunciamento a respeito da matéria.

É o relatório

2. Efetivamente, a interessada obteve benefícios em decorrência da averbação de tempo de serviço prestado ao Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, no período de 1º de junho de 1954 a 31 de maio de 1956. No entanto, não havia e nem há lei qualificando aquele tempo como de serviço público.

3. Segundo informam os autos, teria trabalhado como empregada no recinto do Cartório, no período citado, para logo após, ainda no ano de 1956, ingressar no serviço público, na Secretaria da Fazenda.

4. Ao tempo de contratação da requerente, para ter exercício no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, na Cidade de Caxias do Sul, vigia a Lei nº 1008, de 12 de abril de 1950 (COJE) que, no resguardo do interesse do Estado e proteção ao direito dos indivíduos, pertinentes às relações de emprego no recinto dos cartórios, dispunha:

"Art. 144 – Os ofícios de justiça indicados no artigo 120, letras a a f e h a k, poderão ter ajudantes substitutos ou escreventes.

§ 1º

§ 2º – Os escreventes serão admitidos pelo titular, mediante prévia autorização do juiz diretor do foro."

"Art. 146 –

§ 1º – Antes de assumir o exercício de suas funções, os ajudantes prestarão compromisso perante o diretor do foro, exibindo, nessa ocasião, o contrato de salários ajustados com o titular, para efeito de homologação"

5. Por sua vez, prescrevia o artigo 120 referido acima:

"Art. 120 – São auxiliares da justiça:

- I – Os servidores e serventuários do Tribunal de Justiça, do Conselho Superior da Magistratura e da Corregedoria-Geral da Justiça.
- II – Os serventuários dos ofícios seguintes:
 - a) tabelionato;
 - b) escrivânias;
 - c) registro de imóveis;
 - d) registro civil de pessoas naturais;
 - e) registro civil de pessoas jurídicas;
 - f) registro de títulos e documentos;
 - g) avaliadores;

- h) distribuidores;
 - i) partidores;
 - j) contadores
 - k) depositários públicos;
 - l) porteiros dos auditórios;
- III – Os ajudantes dos ofícios especificados nas letras "a", "b", "h", "i" e "j"; os suboficiais dos registros indicados nas letras "c" a "f"; e os fiéis dos depositários públicos.
- IV – Os oficiais de justiça
- V – Os intérpretes e tradutores públicos".

6. A legislação posterior, Código de Organização Judiciária de 1957, Lei nº 3119, em vigor quando a requerente foi nomeada funcionária pública estadual, caracterizava o vínculo privado entre o serventuário ou funcionário seu empregado:

"Art. 616 – Os empregados da justiça serão escolhidos, livremente, pelo serventuário ou funcionário e contratados para funcionar somente no recinto dos cartórios, não podendo perceber menos que o salário mínimo da região".

7. A mesma lei qualificou, no entanto, como tempo de serviço público aquele prestado como empregado ou colaborador da justiça, desde que houvesse, posteriormente, o ingresso regular nos quadros do Poder Judiciário.

8. É o que se lê no artigo 672, do COJE de 1957, que prescrevia:

"Os colaboradores e empregados da Justiça contarão o tempo de serviço das funções que desempenharem, quando nomeados auxiliares, funcionários ou sarventuários".

9. Ora, ainda que a interessada já tivesse ingressado no serviço público nessa época, não é beneficiária da norma, uma vez que o vínculo com o Estado tem sido com o Poder Executivo, com lotação na Secretaria da Fazenda.

10. Por outro lado, o expediente ressalta amplamente as reservas da doutrina e da jurisprudência quanto à prova de tempo de serviço público mediante justificação judicial, sendo inúmeros os pronunciamentos desta Procuradoria-Geral, além do anexado nos autos, de nº 3485/77, os de nºs 2380/73, 3076/75 e 3374/76.

11. Por fim, a averbação de tempo de serviço não gera direito adquirido, ainda que daí a requerente tenha usufruído benefícios.

12. Em verdade, o recorte de periódico não identificado, em anexo aos autos, pelo que se pode depreender de seus comentários, refere-se especificamente a

uma lei do Estado de São Paulo que garantia o provimento em cargos extrajudiciais, em "serventias não oficializadas", sem concurso, antes do advento da Constituição Federal vigente.

13. É necessário ressaltar, também, que a decisão apontada aprecia a Súmula 359, relativa à aposentadoria voluntária e aquisição de direitos na vigência de uma lei revogada, portanto, problema de direito intertemporal, nada tendo a ver com a situação dos autos.

14. Pode a administração rever seus atos quando verificar que não estão embasados em lei, cabendo, pois, a alteração da grade de serviço da requerente, não se computando o tempo de serviço prestado ao Cartório das Pessoas Naturais, em Caxias do Sul.

15. Da mesma forma, como entendemos no Parecer nº 3485/77, as importâncias recebidas em virtude da contagem desse tempo de serviço com base na justificação judicial, não deverão ser devolvidas, eis que resultantes de interpretação na época considerada correta pela administração, restando, para o futuro, ser computado apenas o tempo de serviço público.

16. ISSO POSTO, a pretensão da interessada no sentido de usufruir vantagem com base em tempo de serviço prestado no recinto do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, na Comarca de Caxias do Sul, sem vínculo com o Poder Público, deve ser indeferida, uma vez que a lei não o qualifica como tempo de serviço público estadual.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 9 de janeiro de 1980.

DOCUMENTOS EXIGÍVEIS PARA HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor Assistente de Direito Administrativo
na Faculdade Porto-Alegrense de Ciências Ad-
ministrativas
Especialista em Direito Administrativo

PARECER Nº 4353

LICITAÇÃO DOCUMENTOS EXIGÍVEIS COM LEGITIMIDADE.

"Na habilitação às licitações, **exigir-se-á** dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa à personalidade jurídica, à capacidade técnica, e à idoneidade financeira." (Art. 131, Decreto-Lei nº 200/67).

É ilegal a exigência de documento estranho às condições legais mencionadas. A competência para legislar e fiscalizar matéria de Segurança e Medicina do Trabalho é da União (Constituição, art. 8º, inciso XVII, alínea b, in fine; Lei Federal nº 6.514/77, e Portaria Ministerial nº 3.214/78).

As unidades federadas têm legitimidade para celebrar convênios administrativos.

Todavia, o poder de polícia administrativa, no caso, não pode ser legitimamente exercido através do instituto jurídico da licitação.

Desacolhida à Indicação, nº 103/79, da Colenda Câmara Municipal de Porto Alegre.

A Câmara Municipal de Porto Alegre, através da Indicação nº 103/79,

"sugere que as empresas fornecedoras e prestadoras de serviços junto aos Órgãos Públicos Estaduais cumpram os requisitos legais exigidos pelo Ministério do Trabalho, em Segurança, Medicina e Prevenção de Acidentes do Trabalho".

Na justificativa que sustenta aquela Indicação, o edil autor do requerimento expõe:

"Assim, a praticabilidade da coisa pública em poder interferir, fiscalizando essas empresas, será através do seguinte: antes de

qualquer contratação ou licitação, deverá a empresa privada comprovar, por certidão ou declaração da Delegacia Regional do Trabalho, sua regularidade, no que diz respeito às condições de Segurança e Medicina do Trabalho e à Prevenção dos Acidentes do Trabalho".

O Excelentíssimo Senhor Doutor Augusto Borges Berthier, Chefe da Casa Civil do Palácio Piratini, solicita o pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado a respeito do assunto.

É o relatório.

1. De regra, as compras, obras, serviços e alienações, pelo Poder Público, se realizam através do instituto jurídico da licitação. Os princípios jurídicos que a informam são o da legitimidade (que se refere ao regime jurídico pertinente àquele instituto), o da isonomia (igualdade dos licitantes perante a Administração Pública), e o da utilidade pública (que consiste em subordinar à apreciação de conveniência e oportunidade, devidamente justificada, a prática dos atos facultativos e livres relativamente ao seu conteúdo, quando competir à Administração Pública o exercício de poderes discricionários no procedimento administrativo licitatório); esta é a lição do Desembargador OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, Da Licitação, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 37/8.

2. O objetivo central da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa ao Poder Público (conforme HELY LOPES MEIRELLES, Licitação e Contrato Administrativo, S. Paulo, RT, 1973, p. 5/6). Para convergir àquele objetivo, as condições para alguém licitar têm de estar objetivamente nítidas no edital, e a documentação exigível do interessado deve-se ater ao que está expresso no Decreto-Lei nº 200/67, artigo 131, o qual é vinculante para a Administração Pública, *verbis*:

"Artigo 131 – Na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa:

- I – à personalidade jurídica;
- II – à capacidade técnica;
- III – à idoneidade financeira".

É onde aponta, também, a melhor doutrina:

"O Edital terá de consignar com clareza as condições para os interessados participarem da licitação, especificando a documentação necessária e a forma de apresentação das propostas.

Recorde-se que para a habilitação só são exigíveis documentos comprobatórios da personalidade jurídica, da capacidade técnica, e idoneidade financeira (...). Para o contrato sim, é que se pode pedir ao vencedor

documentos complementares dos que apresentou para a habilitação, visando a reforçar a segurança de sua execução, mas advertimos, mais uma vez, que não se devem exigir documentos inúteis aos fins contratuais, como são as certidões negativas estranhas à relação negocial. O Decreto-Lei Federal nº 200/67 já dispensou documentos alheios à licitação, ao determinar que na fase da habilitação se peça exclusivamente os comprovantes de capacidade jurídica, técnica e financeira (art. 131), estando assim revogadas as exigências das leis federais anteriores sobre este aspecto, por colidentes com a norma geral das licitações, cuja orientação é a simplificação documental e formal do certame." (HELY LOPES MEIRELLES, Licitação e Contrato Administrativo, S.P., RT, 1973, p. 117).

3. Resumidamente, estas são as regras que disciplinam a habilitação preliminar do instituto licitatório, resguardando a legalidade e a moralidade administrativas.

Assim, *prima facie*, se constata que exigir do licitante documentos alheios à comprovação de sua personalidade jurídica, de sua capacidade técnica, e de sua idoneidade financeira, na fase de habilitação, seria ilegal, por contrariar o artigo 131 do Decreto-Lei nº 200/67, aplicável ao Estado-membro por expressa disposição da Lei Federal nº 5.456, de 20 de junho de 1968.

4. De outro lado, a Lei Federal nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, alterou o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho, além de dar outras providências.

5. Embora essa mesma Lei reconheça expressamente que as empresas permanecem obrigadas ao cumprimento de outras disposições conexas à segurança e medicina do trabalho, incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários estaduais ou municipais (na nova redação do artigo 154 da CLT), compete privativamente às Delegacias Regionais do Trabalho, em cada Estado, promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, adotar as medidas que se tornem exigíveis, e impor as penalidades cabíveis (artigo 156, incisos I ao III).

Às empresas cabe cumprir as referidas normas, instruir seus empregados quanto às precauções para evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, adotar medidas determinadas pelo órgão federal competente, e facilitar-lhe o exercício da fiscalização (artigo 157, incisos I ao IV).

Aos empregados cabe observar as normas de segurança e medicina do trabalho, e colaborar com a empresa na aplicação da Lei (artigo 158, incisos I e II), constituindo ato faltoso do empregado a recusa injustificada à observância das instruções do empregador, e ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa (artigo 158, parágrafo único, alíneas a e b).

6. Complementando a Lei Federal nº 6.514/77, foi baixada a Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978, pelo Excelentíssimo Senhor Ministro do Trabalho, que aprova normas regulamentadoras do Capítulo V, Título II da CLT, relativo à Segurança e Medicina do Trabalho.

Esta Portaria Ministerial tem 5 artigos, e 28 Normas Regulamentadoras, e cada Norma Regulamentadora contém subitens (algumas têm mais de 15 subitens), e Anexos, Quadros e Tabelas diversas. Esta Portaria Ministerial, na edição da Revista Lex, sob formato de um livro usual, contém 177 páginas, e é exaustiva na matéria.

7. A fiscalização do cumprimento das Normas Regulamentadoras da Segurança e Medicina do Trabalho tem caráter eminentemente orientador, e será efetuada nas empresas, estabelecimentos, canteiros de obras, frentes de trabalho, e outros locais de trabalho onde atuem empregados sujeitos ao regime da CLT (embora os trabalhadores avulsos também estejam agasalhados pela Lei 6.514/77, no artigo 3º).

Logo, em qualquer local que o licitante vencedor vá executar uma obra pública, haverá a fiscalização federal do cumprimento das citadas normas de prevenção acidentária.

8. Operacionalmente, os que têm competência para fiscalizar, a teor da Portaria Ministerial nº 3.214/78, são o Inspetor do Trabalho (ou Agente de Inspeção do Trabalho), o Engenheiro e o Médico do Trabalho.

9. Em momento nenhum a Lei Federal nº 6.514/77, ou a Portaria Ministerial nº 3.214/78 outorgaram às autoridades estaduais competência para fiscalizar a matéria Segurança e Medicina do Trabalho, para a qual, aliás, a competência legislativa é privativa da União, a teor constitucional: artigo 8º, inciso XVII, alínea b, **in fine**.

10. A Lei nº 6.514/77 menciona a possibilidade do convênio administrativo, pelo qual a outros órgãos federais, estaduais ou municipais poderiam ser delegadas as atribuições de fiscalização e de orientação às empresas (é a nova redação do artigo 159, da CLT). Este dispositivo chega a ser ocioso, por repetir preceito constitucional (o do artigo 13, § 3º), e infraconstitucional (o do artigo 10, § 1º, alínea b, do Decreto-Lei nº 200/67).

O primeiro normatiza que não ficam arredadas as autonomias intra-estatais quando, mediante convênio administrativo, União, Estados e Municípios celebrem convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões; o segundo trata da descentralização da administração federal para as unidades federadas, quando estas estejam devidamente aparelhadas, mediante convênio.

11. Todavia, ainda que fosse celebrado o convênio entre o Ministério do Trabalho e algum órgão estadual, não seria legítimo incluir na licitação documento estranho à prova da personalidade jurídica, da capacidade técnica, e da idoneidade financeira, porque se cometeria uma ilegalidade, transgredindo o disposto no artigo 131 do Decreto-Lei nº 200/67.

12. Em resumo, ao concluirmos, entendemos que, apesar de reconhecermos o propósito altruista da Indicação nº 103/79 da Colenda Câmara Municipal de Porto Alegre, o Estado do Rio Grande do Sul não pode acolhê-la: **primeiro**, porque afrontaria o disposto no artigo 131, do Decreto-Lei nº 200/67, cometendo **ilegalidade**, eis que esta lei e a doutrina apontam que **só é legítima** a exigência de documentos relativos à personalidade jurídica, à capacidade técnica, e à idoneidade financeira; **segundo**, porque a matéria Segurança e Medicina do Trabalho é da competência legislativa federal (Constituição, art. 8º, inciso XVII, alínea b, *in fine*), e todo seu mecanismo fiscalizador pertence à União, conforme dispõe a Lei Federal nº 6.514/77, e particulariza exaustivamente a Portaria Ministerial nº 3.214/78; fica ressalvada a alternativa de convênio administrativo que, **ad futuram**, venha descentralizar a execução dessa lei, através de órgãos estaduais gaúchos; todavia, não poderia ser através do instituto licitatório, exigindo o Estado do Rio Grande do Sul documento estranho ao preceito legal (o já referido artigo 131, do Decreto-Lei nº 200/67) e à relação jurídica negocial, que se exerceria o poder de polícia administrativa da Segurança e Medicina do Trabalho.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 11 de abril de 1980.

INSPEÇÃO MÉDICA COMO PRESSUPOSTO PARA INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4364

A inocorrência de prévia inspeção médica não afeta o ato de nomeação para cargo em comissão, apenas priva o funcionário de aposentar-se com base no item IV do artigo 177 da Lei nº 1.751/52. Interpretação do parágrafo único do art. 182 dessa lei.

A SECRETARIA DA JUSTIÇA indaga se a inspeção médica anunciada no parágrafo único do art. 182 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado é requisito indispensável para a validade da nomeação para cargo em comissão ou se o é apenas para garantir ao titular desse tipo de cargo, independentemente do tempo de exercício, o direito à aposentadoria se invalidado por motivo de moléstia arrolada no art. 177, item IV, desse Estatuto.

É o relatório

2. Ao funcionário provido em cargo em comissão estendem-se as normas sobre aposentadoria previstas na Lei nº 1.751/52, desde que conte mais de cinco anos ininterruptos de efetivo exercício, conforme determina o art. 182 dessa lei:

"As disposições relativas à aposentadoria aplicam-se ao funcionário em comissão que contar mais de cinco anos de exercício efetivo e ininterrupto em cargos de provimento dessa natureza".

3. Esse requisito temporal, porém não é exigido na hipótese de invalidez por motivo de moléstia enumerada no art. 177, item IV, desde que o funcionário, titular ou não de cargo de provimento efetivo, tenha prestado exames médicos antes de ingressar ou de retornar ao serviço público. É o que dispõe o parágrafo único do art. 182, com a redação dada pela Lei nº 6.902, de 20 de outubro de 1975:

"O disposto no presente artigo aplicar-se-á ao funcionário provido em comissão, quer titular de cargo de provimento efetivo quer não, quando invalidado em consequência de moléstia enumerada no artigo 177, item IV, desde que se tenha submetido, antes de seu ingresso ou retorno ao serviço público, à inspeção médica prevista neste Estatuto para o provimento dos cargos públicos em geral".

4. Esta norma, todavia, aparentemente conflita com o disposto nos artigos 5º e 11, VI, do mesmo Estatuto, os quais exigem, respectivamente, a inspeção médica e o gozo de boa saúde de quem ingresse no serviço público, conforme se vê pela redação desses dispositivos:

"A inspeção médica, realizada por órgão oficial, precederá sempre o ingresso no serviço civil do Estado".

"São requisitos para o provimento em cargo público:

.....
Gozar de boa saúde;"

5. Surge, então, face a essa antinomia, a dúvida em saber se essa inspeção médica é obrigatória para a perfeição do ato de nomeação na hipótese de provimento de cargo em comissão ou se é indispensável somente para assegurar ao titular desse tipo de cargo o direito à aposentadoria caso venha a ser acometido de moléstia arrolada no item IV do art. 177.

6. A regra geral é a da obrigatoriedade dessa inspeção para ingresso no serviço público. Trata-se de medida imposta no interesse da Administração. Essa norma de caráter geral sofreu, contudo, com a redação do já citado parágrafo único do art. 182, um abrandamento em razão da natureza do cargo de provimento em comissão. Daí inexistir conflito nas regras, mas sim disposição de exceção em se tratando de cargo de confiança.

7. Como se sabe, essa espécie de cargo, por ser de natureza precária, não garante a seu ocupante os mesmos direitos outorgados ao titular do cargo efetivo. Sua permanência no cargo depende exclusivamente da vontade da Administração. Por isso, não é difícil concluir que a ausência desses exames médicos não acarretará qualquer risco ao Estado.

8. FACE AO EXPOSTO, concluímos:

O disposto no parágrafo único do art. 182 da Lei nº 1.751/52 constitui exceção à regra geral estabelecida nos arts. 5º e 11, item VI, dessa mesma lei, a qual se justifica ante ao caráter precário da natureza do cargo em comissão. Conseqüentemente, a falta de inspeção médica não afeta a validade do ato de nomeação para esse tipo de cargo, apenas priva o seu titular da possibilidade de aposentar-se nas hipóteses contemplados no item IV do art. 177 do Estatuto.

É o parecer S.M.J.

PORTO ALEGRE, 07 de maio de 1980.

A TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA E SUAS ISENÇÕES

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Faculdade de
Direito da Universidade do Vale do Rio dos
Sinos

PARECER Nº 4.293

TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA. ISENÇÕES.

Interpretação das alíneas "a" e "b" do art. 3º do Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969 e respectiva regulamentação procedida pelo Decreto nº 68.296, de 26 de fevereiro de 1971.

FUNDAÇÕES GOVERNAMENTAIS: quando personificações de direito público, espécies do gênero autarquia, gozam de isenção não condicionada; se de direito privado, têm a isenção subordinada, como as demais entidades estatais com personalidade jurídica de direito privado.

SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E OUTRAS EMPRESAS ESTATAIS, incluídas na expressão as empresas públicas e as fundações oficiais de direito privado, têm a isenção à condição, que deve ser comprovada, "ex-vi" do art. 179 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (C. T. N.), de serem subvencionadas, por meio de dotações destinadas a atender **despesas correntes** da entidade.

INSTITUIÇÕES DE CARIDADE: são tais as entidades pias, filantrópicas, assistenciais ou beneficentes, e as condições para isenção, constantes em regulamento que não extrapolou do poder regulamentador, mas explicitou o conteúdo da lei básica concessiva, consistem na declaração de utilidade pública pela União, Estados, Territórios ou Distrito Federal e na abstenção de atividades lucrativas, entendidas estas como a prática habitual de operações com fito de lucro, estranhas às atividades-fins da instituição, o que, acorde o "**princípio da especialidade**", configuraria desvirtuamento da pessoa jurídica.

Da Secretaria da Segurança Pública, por determinação do titular da indicada Pasta vem a esta Procuradoria-Geral expediente no qual é solicitado o pronunciamento da Casa sobre isenções da TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA (TRU), previstas na legislação de regência em favor de determinadas espécies de entidades.

Segundo informação da Assessoria Técnica do DETRAN, as dúvidas que remanescem acerca do alcance da isenção em tela podem ser reduzidas a três questões, assim resumíveis:

a) cabimento ou não da isenção para fundações vinculadas a órgãos públicos;

b) se é correto reconhecer-se a isenção referida para as empresas estatais e sociedades de economia mista que aleguem receber alguma dotação governamental, ou devem elas comprovar que a dotação é subvenção e, ou, apresentar aviso de crédito bancário referente a essa dotação;

c) as sociedades educacionais, filantrópicas, beneficentes, caritativas, literárias, religiosas e culturais, provando apenas que não têm fins lucrativos e não como dispõe a lei que não exercem atividades lucrativas, estão abrangidas pelo art. 7º, letra "b", do Decreto nº 68.296/71.

Distribuído, o expediente veio a esta Unidade de Procuradoria e Consultoria para Assuntos Fiscais, para exame e parecer.

É o relatório.

Para maior clareza de exposição, analisaremos cada questão separadamente.

I – FUNDAÇÕES

O problema que se coloca no tocante às fundações, e que motiva a consulta sob exame, é o de se saber se as ampara a isenção da Taxa Rodoviária Única (TRU) concedida pelo artigo 3º, alínea "a" do Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969 e reproduzida no artigo 7º, letra "a" do Decreto nº 68.296, de 26 de fevereiro de 1971. Os dispositivos referidos consignam isenção à "União, Territórios, Distrito Federal, Estados, Municípios e respectivas Autarquias, bem como às sociedades de economia mista ou empresas estatais, quando subvencionadas pela União, Território, Distrito Federal, Estados e Municípios".

Ponto é definir-se se as fundações governamentais se incluem no enunciado isencional e, caso positivo, em qual das espécies que ele consigna.

Impõe-se em decorrência, fazer breve incursão no campo conceitual em que as fundações são definidas e logram ter seus contornos extremados de outras personificações.

Fundamental assentar, sob os auspícios da melhor doutrina estrangeira (RENATO ALESSI, ALFONSO TESAURQ, ALDO BOZZI, OTTO MAYER, FRITZ FLEINER, ERNST FORSTHOFF, citados por CRETELLA JÚNIOR, in "Regime jurídico das Fundações Públicas no Brasil" – RDA, outubro/dezembro 67, vol. 90,

pag. 462), e nacional (RUY CIRNE LIMA, SILVIO MARCONDES, MIGUEL REALE, HONÓRIO MONTEIRO, CRETELLA JÚNIOR, GERALDO ATALIBA, apud CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in "Personalidade de Direito Público" – RDP, julho/setembro 67, vol. 1, pág. 117) que fundação é uma categoria estrutural, uma conformação básica que se pode operar tanto no campo de direito privado como nos lindes do direito público. O caráter fundacional de uma pessoa jurídica apenas lhe define a estrutura, que se ambasa no "patrimônio afetado a um fim", mas não a confina, necessariamente, à personificação privada, como corolário, segundo expressa uma corrente de pensamento, da qual nos adverte CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

"Vigora em nosso meio jurídico, mas sobretudo nas esferas administrativas, em arraigado preconceito que supõe que fundação é necessariamente pessoa de direito privado". (in obra supra citada, pág. 115).

Em oposição a esse preconceito denunciado pelo autor, cujas razões mais próximas entre nós se devem ao fato de ter o Código Civil Brasileiro arrolado as fundações entre as pessoas jurídicas de direito privado por ele reconhecidas (art. 16, I), o que não significa, entretanto, sejam elas só de direito privado, mas que existem também nesse campo, CRETELLA JÚNIOR aconselha proceder-se a "uma investigação científica pela qual se atinja a categoria fundacional", que ultrapassa as modalidades específicas do campo privado do direito. A fundação seria uma das "formas puras de que fala STAMMLER, aproveitadas, depois, pelos cultores dos institutos do direito privado e do direito público, para plasmar espécies consideradas." (in "REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL" – RDA, outubro/dezembro 67, vol. 90, pág. 460).

Com cristalina precisão, o já invocado CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO resume:

"No que concerne à estrutura, todas as pessoas jurídicas se agrupam em apenas dois tipos: corporativo ou fundacional" ... e "encaradas, umas e outras sob o prisma da capacidade, serão corporações públicas ou privadas a fundações públicas ou privadas." (in artigo e revista citados, pág. 116).

Assim entendendo o autor, a lição e a advertência que, no estudo sinalado consigna a seguir, são corolário que se espera:

"As fundações tanto podem ser públicas como privadas, a estrutura fundacional não é – contrariamente à desavisada suposição de alguns – exclusiva das pessoas privadas."

Em outro trabalho, "Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta" (Edição RT, 1973, pág. 147), o mesmo doutrinador espelha nitidamente a idéia, agora especificando que a dualidade há de operar-se conforme a decisão daquele ente político que criar a fundação, pois **"da vontade estatal tanto podem nascer fundações de direito público como fundações de direito privado"**.

Aceita a possibilidade de as fundações corporificarem personalidade de direito público a par da incontestada e tradicional personalidade de direito privado que lhes é atribuída e, conforme a regração específica a que ficarem submetidas em cada caso, impede verificar-se sob ambos os regimes – público ou privado – ou se sob um deles apenas, estão ou não amparadas pela isenção de que se cogita.

Quando pessoa jurídica de direito público, a fundação caracteriza ente autárquico, seguida, aqui também, a linha doutrinária antes tomada. CRETELLA JUNIOR refere, de modo incisivo:

"A fundação pública é pessoa jurídica de direito público interno, espécie do gênero autarquia". (In obra citada, pág. 467)

A classificação é acorde com o magistério do ínclito mestre rio-grandense autor dos **"Princípios de Direito Administrativo"**, onde, ao tratar das pessoas administrativas, assim aponta o substrato de sua lição:

"Corporações, fundações ou estabelecimentos públicos, alcança-se pelo que ficou exposto, a significação importantíssima das entidades autárquicas na administração pública brasileira". (CIRNE LIMA, RUY, obra citada, pág. 71)

Para o ilustrado CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO a configuração de autarquia pela fundação submetida a regime jurídico de direito público é, mesmo, a regra entre nós, quando diz que:

"E igualmente perceptível que a base estrutural de quase todas as autarquias brasileiras é fundacional ... são fundações públicas conquanto não se use com habilidade esta designação". (obra primeiro lugar citada, pág. 137)

Criada por lei uma fundação com personalidade jurídica de direito público, ter-se-á uma autarquia e, decorrentemente do enunciado na primeira parte do artigo 3º, alínea "a" do Decreto-Lei nº 999/69, sob exame, impõe-se a isenção da Taxa Rodoviária Única (TRU) em favor da entidade.

Sendo de direito privado a personificação da fundação, exsurtem alguns aspectos problemáticos que devem ser esbatidos para definir-se se vigora a exclusão tributária. Porque o dispositivo legal em tela, acima referido e, no início

transcrito, em sua segunda parte, confere isenção a **"sociedades de economia mista ou empresas estatais quando subvencionadas"**, o que abre aso à investigação sobre o enquadramento das fundações na regra de exoneração fiscal, a partir do exame do conteúdo da expressão **"empresas estatais"** utilizada na lei.

Em primeiro lugar, como na parte inicial do dispositivo foram destinatárias da norma as pessoas jurídicas de direito público – entes políticos e autárquicos –, segue-se que no segundo estágio a disposição legal visou apenas a entidades estatais com personalidade de direito privado.

Referiu-se o legislador, como visto, a uma das espécies de entes da administração indireta, a sociedade de economia mista, que tem contornos conceituais e legais seguramente definidos, não deixando margem a dúvidas nesse passo. Mas, de outra parte, a expressão empresa estatal não goza da mesma definição nem induz certeza semelhante acerca do órgão a que se endereça. Isso porque a denominação, contrariamente a outras designações incorporadas inclusive à regração positiva pátria, não qualifica nenhuma espécie particular ou determinada de ente.

Por isso, uma primeira diretriz que oriente a interpretação parece ser a de considerar que a expressão empresa estatal foi empregada com sentido genérico, querendo significar entidades estatais, quer dizer entes vinculados ao Estado, órgãos governamentais personificados. A acepção normal da locução **"empresa estatal"** é a que corresponde a qualquer ente emanado da vontade do Estado e a ele vinculado por laços que podem ser de comando ou de controle, excluída a hipótese, não ocorrente na espécie vertente, em que o direito positivo regrido em seu domínio a expressão, lhe tivesse dado conteúdo específico, estreito e limitado a algum tipo particular de personificação.

Com efeito, a expressão aventada combina vocábulos de significado aberto, utilizados em mais de um ramo de Direito e ainda não cristalizados numa regulação formal. Pois **"estatal"** é tão só um qualificativo que indica o já referido liame ao Estado, emanção de sua vontade ou exteriorização de um poder ou um atuar. Enquanto que **"empresa"** é categoria que, no plano jurídico, ainda busca sua exata conformação, oscilante entre os significados de **"objeto de direito"**, isto é, como exercício da atividade mesma ou de **"sujeito de direito"**, quer dizer, como personificação que titulariza relações jurídicas (cf., entre outras referências, REQUIÃO, RUBENS, in "Curso de Direito Comercial", 7ª edição, pág. 42 a 51).

Na verdade, a expressão empresa estatal, utilizada pelo legislador, só pode ser entendida como uma categoria geral, na qual se incluíam diferentes espécies de pessoas vinculadas ao Estado, despontando, entre essas, especialmente as fundações e as empresas públicas.

Certo, já que se versa matéria isencional, estamos nos lindes da assim denominada "interpretação literal" (CTN, artigo 111, I e II). Mas também aqui, contrariamente ao que uma compreensão precipitada do texto legal leve a crer, não determina a lei que se restrinja ou diminua o alcance da regra isentiva. O exercício exegético em seu processo literal, apenas impede a interpretação extensiva ou o amparo da analogia, pare ampliar a compreensão. Mas de outra parte, também veda uma leitura que lhe restrinja ou lhe venha inibir o alcance pretendido. A rigor, a interpretação literal, havendo extrair todo o conteúdo exato da norma e não mais, nem menos que ele, é a interpretação no seu sentido perfeito e próprio: é a exegese corata da lei, se tivermos presente a lição de AMILCAR DE ARAÚJO-

FALCÃO: "O intérpreta, portanto, não crie nem inove; limita-se a considerar o mandamento legal em toda a sua plenitude e extensão e a, simplesmente, declarar-lhe a acepção, o significado e o alcance. Pode ocorrer que o legislador tenha expressado mal a sua vontade, estabelecendo entre a edição da lei e seu espírito uma inequivalência, ou um desequilíbrio aparente, de modo que a fórmula verbal signifique menos (minue dixit quam voluit) ou mais (plus dixit quam voluit) do que se intentava dizer. Em qualquer dos casos, a interferência do intérprete, restabelecendo o sentido da norma pela pesquisa do seu espírito (mens legis), não amplia, nem restringe aquele mesmo sentido. É um erro, ou uma impropriedade, como se vá, falar, em um caso, em interpretação extensiva e, no outro, em interpretação restritiva."

Qualquer que seja a hipótese, será sempre declaratória a interpretação. "(in "Introdução ao Direito Tributário, Ed. Financeiras, 1959, pág. 83/84)

Em tal ordem de pensar, situa-se CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES em trabalho elaborado a propósito da "Interpretação Literal das Isenções Tributárias", onde conclui que:

"Com base na pesquisa do conceito do direito, e, em consequência, da fixação da natureza da interpretação jurídica, bem como das normas de interpretação do C.T.N., tanto à luz da sua sistemática, como de seus trabalhos preparatórios, somos levados a considerar que, quando o artigo 111 do C.T.N. fala em interpretação literal, não quer realmente negar que se adote, na interpretação das leis concessivas de isenção, o processo normal de apuração compreensiva no sentido da norma, mas simplesmente, impedir que se estenda a exoneração fiscal a casos semelhantes, alargando, além do seu exato limite, o que diz a letra da lei, sem no entanto deixar de incluir, na interpretação do texto legal, todos os casos que a sua significação indica como nele incluídos, sem o que a própria letra de lei também estaria ferida, e a exoneração, assim truncada, ficaria sem sentido." (in "Proposições Tributárias". Editora Resenha Tributária; 1975, pág. 61).

Na hipótese vertente, cumpre verificar em que sentido o legislador utilizou a expressão. Poder-se-á argumentar que, por ter a lei referido primeiro as sociedades de economia mista, que são espécie, a indicação seguinte das empresas estatais deve ser tida como espécie igualmente, pois o contrário revelaria uma conduta atécnica do legislador, referindo espécie e, após, gênero. Ocorra que como espécie não pode ser entendida a expressão, pois não existe entre nós, como tal, o tipo empresa estatal. Existe a designação empresa pública, mas à evidência, os vocábulos não se identificam literalmente. A assertiva de que a locução empresa estatal deve corresponder a empresa pública, porque esta é um tipo jurídico definido em nosso direito positivo, não colhe. Se o legislador pretendesse privilegiar uma espécie determinada não haveria razão para não referi-la pela denominação própria e particular, já existente e consagrada em lei (Decreto-lei nº 200/67, artigo 5º, II) quando da previsão isencional. Sendo o benefício endereçado às empresas públicas tão-somente porque evitar de indicá-las pelo nome?

A resposta só pode residir em que o objetivo da lei era, precisamente, o de incluir outros entes estatais e não somente as empresas públicas. Objetivo esse que, aliás, corporificou-se no texto, com o que se adequou a forma aos fins almejados, saliente que estes apenas não tinham a força vinculante, a qual emana do comando leal e não de sua motivação.

O mesmo motivo por que se excluíssem as fundações governamentais deveria alijar as empresas públicas, que não foram nomades, embora tenham capital exclusivamente público, enquanto que as sociedades de economia mista — de capital privado e público — por estarem nominalmente indicadas, têm, sem contestação, direito ou desgravamento fiscal. Tal conclusão, embasada num entendimento estreito do que seja interpretação literal, representa incongruência inaceitável: a literalidade da investigação concluiria pela ausência de destinatário da isenção consignada para empresas estatais, já que a denominação não é consagrada pelo direito positivo como definidora de algum tipo especial de organismo oficial.

Para se conferir alcance à disposição legal, é mister minimizar a importância de cada vocábulo isolado — empresa e estatal — e perquirir o seu significado integrado. Nessa linha, empresa estatal, que não consubstancia espécie, há de ser tida por empreendimento governamental personalizado, anta estatal, corporação ou fundação instituída pelo Estado e a ele vinculada.

Tomando outra ordem de idéias, percebe-se que a isenção em tela teve o intuito de desonerar fundos ou receitas aportadas à conta de dinheiro público. É assim que na parte ora analisada, a exclusão fiscal beneficia "sociedades de economia mista ou empresas estatais quando subvencionadas" por pessoas físicas da Federação. A consideração única da configuração jurídica da entidade não basta; é essencial que se mantenha, dentro outros recursos, com aqueles provindos dos cofres públicos. De sorte que a isenção, antes de endereçar a espécies particularizadas

de organismos, visa a desgravar verbas oficiais, elemento que não pode ser desprezado na apreciação da espécie vertente.

É, argumento extrajurídico, mas não irrelevante: se verbas oficiais devem ser poupadas do gravame fiscal, com excelência de razões, impõe-se o benefício atendendo a que os fins perseguidos pela fundação são, via de regra, de cunho assistencial cultural ou educativo.

Por fim, outra impugnação provável ao entendimento ora abraçado cabe ser anfrutada. Diz respeito à regração estatuída nos Decretos-Leis nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e 900, de 29 de setembro de 1969. O segundo dos diplomas indicados, revogando dispositivo do primeiro que equiparava as fundações às empresas públicas – o que demonstra ter vingado entre nós a concepção que assimila ou sarnelha os dois tipos, endossada por OTTÓ MAYER (in *“Le Droit Administratif Allemand”*, 1906, vol. IV, pág. 267/268) – firmou que **“não constituem entidades da administração indireta as fundações criadas por lei federal, aplicável entretanto a supervisão ministerial, quando recebam subvenções ou transferências (art. 3º)”**.

Além das merecidas críticas de que tem sido alvo a disposição excludente das fundações, por configurar **“rematado dislate erradicá-las da categoria de administração indireta”** (MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA, obra citada pág. 157), deve o articulado ser reduzido a seu exato alcance.

Primariamente, quando configurar autarquia em virtude da personificação pública, a fundação integra a administração indireta, pela prória legislação da Reforma Administrativa Federal (Decreto-Lei nº 200/67, artigo 4º, II, “a”). Depois, sob personificação de direito privado e não compondo a administração indireta, segundo o cânone legal, desde que receba transferências ou subvenções, – o que constitui a regra – submete-se à **“supervisão ministerial”, ex-vi do artigo 3º do já citado Decreto-Lei nº 900/69, complexo de controle e coordenação que, exatamente, caracteriza o regime dos órgãos da administração descentralizada. Mais uma vez, é BANDEIRA DE MELLO quem chama atenção para essa inconsistência:**

“Ora, curiosamente os controles previstos no artigo 26 são justamente os aplicáveis às entidades da administração federal indireta. Esse fato ressalta ainda mais o absurdo de o artigo 3º do Decreto-Lei nº 200/67 declarar, contraditoriamente, que tais fundações não são administração indireta a, ao mesmo tempo, colocá-las sob regime praticamente igual ao das entidades de direito privado que o são”. (obra citada, pág. 168)

Visto assim qua, embora **“não integrante da administração indireta”**, como quer a inovação trazida pelo Decreto-Lei nº 900/69, as fundações têm de ser entendidas como entidades estatais, pois são empreendimento ligado ao Estado, seja pela origem (criação) ou controle (supervisão), tudo em razão de uma atividade e de um fim que ao poder público da algum modo interessa.

Há mais que observar. A classificação das entidades integrantes da administração indireta, procedida pelo Decreto-Lei nº 200/67 e regulação posterior, vigora à nível federal e para a organização administrativa da União, como se vê da ementa e titulação inicial daquele diploma, considerado mais, que só com este alcance ou com extensão a territórios e Distrito Federal poderia a União dispor nessa matéria, com fulcro constitucional (artigo 8º, XVII, “a” e “t” da Constituição do Brasil de 1967, mantido pela Emenda nº 1/69).

Derivam daí dois aspectos. De um lado, a norma restritiva à integração das fundações na administração é regra só federal, nada diz quanto a fundações estaduais ou municipais; que, pelas legislações ressoectivas poderão compor a organização oficial, **“de lege ferenda”**. **“De lege lata”** é o que ocorre no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, em que integram a administração indireta estadual inúmeras fundações (Decretos nºs 20.478, de 27 de agosto de 1970, 23.980, de 15 de agosto de 1975 e 28.652, de 15 de março de 1979).

De outra parte, tendo estados e municípios, nessa matéria, competências para legislar dentro de seus territórios e para seus serviços, nada impede que estabeleçam designações próprias para as entidades que instituírem, pois não estão jungidos à conceituação e designação federais. Assim, em nosso Estado, a definição de administração indireta tem critério globalizador, dispondo que **“abrange todas as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, de direito público ou privado em que o Estado, por força de lei ou da participação acionária, detenha no todo ou em parte o controle de sua administração”** (artigo 1º, § 2º do Decreto nº 19.801, de 8 de agosto de 1969). Sem predeterminação de nomenclatura, a legislação estadual tem critério diverso do adotado na esfera da União. E, justamente nessa possibilidade de estados e municípios instituírem entes vinculados com denominações diversificadas, reside mais uma explicação para o uso do termo empresa estatal, pelo Decreto-Lei nº 999/69: e a de escolha de uma forma genérica de designação, por não conhecer, a priori, os **“nomina juris”** a serem escolhidos pelos diversos estados-membros e comunas da federação, para indicar as entidades deles emanadas.

Por fim, não é demais sinalar que, na própria órbita federal, onde se procurou reduzir as entificações da administração indireta ao trinômio – autarquia, sociedade de economia mista e empresa pública –, vai-se encontrar, na recente regulamentação do controle de recursos e dispêndios da administração descentralizada, o emprego da expressão **“empresas estatais”**, exatamente no sentido ora pugnado. Trata-se do Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979 que considera **“empresas estatais”** (art. 2º):

I – as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e empresas controladas pela União;

II – autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo poder público;

III – órgãos autônomos da administração direta.

II – ENTES GOVERNAMENTAIS SUBVENCIONADOS

A outorga do benefício às sociedades de economia mista e demais empresas estatais que não constituam autarquias, vale dizer, as entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, incluídas as fundações, como antes se concluiu, é condicionada, pela lei concessiva, à circunstância de serem elas subvencionadas pela União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios.

Subvencionada será, evidentemente, a entidade que for destinatária de contribuições caracterizadas como subvenções, pagas por aquelas pessoas públicas antes referidas. Mister se fez, portanto, elucidar o conceito de subvenção, para determinar, com segurança, quando uma instituição vinculada à administração pública e qua dela recebe verbas, faz jus ao desgravamento fiscal em tela.

Têm as subvenções, entre nós, definição legal, decorrente da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, a qual estatui normas gerais de direito financeiro aplicáveis aos diversos entes políticos da Federação, como deixa explícito o artigo 1º de indicada lei, forte na disposição constitucional que atribui à União legislar em tal matéria (art. 8º, inciso XVII, letra "c" da Emenda nº 1/69).

Inseridas no quadro das despesas correntes – em contraposição às despesas de capital – as subvenções constituem, dentro daquele gênero, espécie de transferência corrente, quer dizer, dotação à qual não corresponde contraprestação direta em bens ou serviços, significando por isso uma passagem de verbas do setor público para o privado sem o correspondente ingresso ou incremento no patrimônio, ou compensação em utilidades e prestações de serviços para o primeiro.

Por previsão expressa da lei nº 4.320/64, são subvenções – e, aqui, as que ora nos interessam – as transferências destinadas a cobrir **despesas** de custeio de entidades de direito público ou privado, tenham elas ou não caráter e finalidades lucrativos (art. 12, § 3º, I e II).

Do que, pode-se inferir que nem toda entidade beneficiada com verba pública é tida por subvencionada, acorde a regreção legal, mas apenas quando a dotação destinar-se à manutenção de atividade ou das operações da destinatária. Tendo a dotação finalidade de inversão ou investimento, tais como aquisição ou melhoria de bens, a transferência não configura subvenção, nos termos da lei financeira e não abrirá aso à isenção.

Compreende-se, em face da distinção retroempreendida, o porquê de terem, tanto o Decreto-Lei nº 999/69, bem como seu regulamento, posto como condição ao gozo da isenção da Taxa Rodoviária Única (TRU) a qualidade de subvencionada. Os dispositivos em questão (art. 3º, "a"; artigo 7º, "a", respectivamente), ao contemplarem hipótese de isenção de entes públicos e de entidades a eles vinculadas, tiveram por fito desgravar verbas públicas. Ora, a Taxa Rodoviária Única, como aliás quaisquer outras incidências de idêntico caráter, que se não vinculam a imobilizações ou investimentos, integram as despesas operacionais ou da custeio das pessoas jurídicas públicas e privadas, e podaria, não fosse a isenção, consumir parcela da dotação recebida para aquelas despesas. A fim de evitar uma neutralização da subvenção resultante de uma simples movimentação financeira de fundos que ingressariam no orçamento da entidade subvencionada, a deste saíam para a mesma fonte pública de origem, é que se instituiu a isenção sob enfoque.

No que respeita à verificação da tratar-se de subvenção, como exige a lei isantive, de observar que a entidade interessada há de fazer a prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei para a concessão da isenção, como exige o art. 179 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN). Significa dizer, no caso vertente, que as sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e outras entidades governamentais, pare sa habilitarem à exclusão tributária, deverão fazer prova – mediante demonstração da consignação no orçamento da entidade provedora e no seu próprio – de que recebem verba para custeio ou manutenção de suas atividades e ainda, como explicita o § 1º do art. 7º do Decreto nº 68.296/71, da existência do respectivo crédito bancário efetivamente realizado.

III – INSTITUIÇÕES DE CARIDADE

Primeiro, face aos termos em que foi colocada a consulta, deixando antever uma compreensão genérica da isenção a quaisquer entidades de fins não lucrativos, impende sublinhar que **somente instituições de caridade** são destinatárias da norma isencional.

Cabe, pois, praambularmente, precisar que sob a denominação de instituições de caridade há de estar contidas as entidades cujos fins sejam caritativos; não são, desterte, todas as pessoas jurídicas de intuitos morais, quais sejam esportivo, recreativo, instrutivo ou religioso, mas tão somente aquelas cujos objetivos foram a caridade, a beneficência, a filantropia, a assistência, a piedade.

Com ressalva da "sociedade pia" que mereceu expresse consignação no Código Civil Brasileiro (art. 16, I) as demais entidades caritativas não foram nomeadas pela lei, mas inserem-se na acepção genérica de sociedades morais. De qualquer modo, a lei não define também o que seja sociedade pia, e, nesse passo, a compreensão tem que ser feita a partir do uso corrente das expressões. Em

dicionários (V. CALDAS AULETTE, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, Ed. Delta, 5ª edição) os institutos de beneficência, as casas ou estabelecimentos pios e as instituições filantrópicas têm definição que evidencia sua similaridade e o cunho comum a todos de instituições onde "se recolhem, sustentam ou educam pessoas desvalidas"; onde "pessoas pobres são sustentadas e providas de outros socorros"; "as misericórdias, os asilos, estabelecimentos públicos de caridade".

Impulsões pelo fim de praticar a caridade, a instituição poderá conformar indiferentemente, qualquer forma de personificação jurídica, desde que apropriada. Poderão se constituir sob modalidade de sociedade ou associação – já Clóvis, comentando o inciso I do art. 16 do Estatuto Civil Brasileiro, sinalava que "o Código não distingue entre sociedade e associação" embora as mencione, e que, portanto, "o que se deve induzir da linguagem do Código é que é lícito, mas não obrigatório denominar associações às sociedades de fins não econômicos" (in Código Civil Comentado, 3ª edição, vol. I, pág. 210/211); como poderão, igualmente, revestir a estrutura de fundação, se assim instituída nos moldes da lei (art. 16, I; 24 a 30 do C.C.B.).

Uma segunda questão deve, também, ser enfrentada, vestibularmente. É a de se saber se os requisitos postos pelo Decreto nº 68.296, de 26 de fevereiro de 1971, como condição ao gozo da isenção das entidades caritativas não significaram extrapolação do exercício do poder regulamentar. O Decreto-lei nº 999, de 21 de outubro de 1969 consignou, em seu artigo 3º, isenção a instituições da caridade, simplesmente; seu regulamento, no art. 7º, explicitou: (1) reconhecidas como de utilidade pública pela União, Estados, Territórios ou Distrito Federal, (2) desde que comprovem, mediante documento extraído do registro público, que não exercem atividade lucrativa.

É verdade que o regulamento enunciou exigências não expressas no diploma básico. Mas, se presente a verdadeira noção do alcance do poder regulamentador, que se cifra não em mera repetição inócua das expressões da lei mas em explicitação, sob nova e mais completa forma, do seu conteúdo, para assim abrir caminho à fiel execução do comando legal, segundo ensinam os doutrinadores (CAIO TÁCITO, in RDA, vol. 34, pág. 3; BONIFÁCIO FORTES, in RDA, vol. 65, pág. 39; HELY LOPES MEIRELLES, in Direito Municipal Brasileiro, 2ª. ed., vol. II, pág. 775; JOSÉ CRETTELLA JUNIOR, in Direito Administrativo do Brasil, vol III, pág. 112, § 53; VITOR NUNES LEAL, in Delegações Legislativas, RDA, vol. 5, pág. 383/390), nada se surpreende de excesso no Decreto nº 68.296/71.

O Autor, por último mencionado, di-lo, de modo feliz:

"Mas o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir a sua

exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que, nessa sua função de complementar a lei não e infrinja.

Ora, se o regulamento completa a lei (e sem esse papel seria ele perfeitamente desnecessário), é evidente que a lei sempre deixa alguma coisa para o regulamento. Em outras palavras, toda lei passível de regulamentação, contém em si mesma certa margem, por pequena que seja de delegação ao Poder Executivo, ao qual compete expedir os regulamentos."

Ora, ambos os requisitos detalhados pelo Decreto nº 68.296/71 servem, precipuamente, a garantir de que se trata, em realidade, de instituição de caridade atuando nos respectivos fins.

Para a declaração de utilidade pública, na esfera federal, por exemplo, as exigências pertinem, exclusivamente, a regular constituição da entidade, a manutenção dos objetivos institucionais, à não remuneração da diretoria e à não distribuição de lucros sob qualquer forma ou a qualquer título (Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, art. 19, Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961, art. 2º).

Quanto à proibição de exercer atividades lucrativas, objetivo é, por igual, o de cingir a instituição de caridade à sua própria conformação. É o que se pretende evidenciar nas considerações seguintes, feitas com o propósito de responder à indagação formulada na consulta (alínea "c" do relatório desse parecer) sobre se as entidades hão de provar que não têm fins lucrativos ou que não exercem atividades lucrativas.

A resposta está no significado mesmo da denominação das entidades visadas: se se trata de uma instituição de caridade, os seus fins não podem, por definição, ser lucrativos, mas sim filantrópicos, caritativos. Em rigor, falar-se de uma instituição de caridade sem fins lucrativos representa um truismo. Por isso, o conteúdo da norma regulamentar é o que literalmente ela expressou: vedam-se as atividades lucrativas, já que o fito de lucro não pode "ab initio", estar presente ao instituir-se uma entidade beneficente.

Por atividade lucrativa hão de entender-se, em princípio, aquelas operações que gerem lucro, vale dizer, ganho financeiro, vantagem líquida ou diferencial entre receita e despesas. Nesse conceito, não se reduzem apenas as operações mercantis, pois, como lembra RUBENS REQUIÃO, embora tradicionalmente sejam associadas, as idéias de lucro e comércio não se identificam sempre, sendo que "muitas atividades lucrativas escapam ao âmbito do comércio no sentido jurídico e outros atos tidos como de comércio como um aval em letra de câmbio, podem não ter fim lucrativo" (in Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, página 3).

Mas, qualquer ganho auferido em operações efetuadas pela instituição seria de molde a retirar-lhe a isenção? Tem que ser negativa a resposta, sob pena de se interditar à entidade a própria subsistência e a consecução mesma dos objetivos para os quais foi criada, vez que, sem recursos, haveria inibição absoluta de atuação, a não ser pelos aleatórios fundos provenientes de doações e outras consignações gratuitas.

Para resolver a questão que se propõe acerca do tipo de atividade que seria facultada, parece conveniente invocar o "princípio da especialidade" das pessoas jurídicas, que SERGIO DE ANDREA FERREIRA, apoiando-se em JOSSERAND, de PAGE e CAPITANT, assim resume:

"Ao contrário das pessoas físicas, que podem exercer sua atividade em todas as direções sem estarem submetidas a fins determinados, as pessoas jurídicas são constituídas e têm de operar sob o império do princípio da especialidade. Em decorrência, há uma limitação consistente no dever de só exercerem seus órgãos os poderes funcionais, para alcançar os fins determinados, sob pena de atraírem "ultra vires". (in As fundações de Direito Privado Substituídas pelo Estado, 1973, pág. 39)

O princípio da especialidade, sublinhado via de regra no âmbito das pessoas jurídicas de direito público em razão da finalidade ínsita e vinculada de utilidade pública daqueles entes (CIRNE LIMA, Princípios de Direito Administrativo, págs. 22, 62, 65), no campo da personificação de direito privado, há que presidir a atuação das entidades de fins morais, levando-se em conta que elas fruem exatamente em virtudes dos fins declarados, de tratamento peculiar perante o direito positivo, especialmente o tributário, haja vista, "verbi gratia", a imunidade que lhes endereça a Constituição, no art. 19, inciso III, letra "c".

Considerando, em consequência da aplicação do postulado em epígrafe, que a instituição somente deve agir nos lindes naturais de suas atribuições institucionais, mas que, à guisa de manutenção, precisa auferir receitas, nada obsta a que, no campo próprio do seu atuar seja assistência social, educacional ou hospitalar, seja recuperação psicossocial, seja atendimento materno-infantil ou à velhice, etc – a entidade cobre aqueles que podem pagar seus serviços. Seria atividade lucrativa com efeito de afastar a isenção aquela desenvolvida com habitualidade fora dos objetivos da instituição, com o fito de lucro, desvinculada das atividades normais e típicas da entidade. Ocorreria, aí, verdadeiro desvio das finalidades e, sob a designação de instituição caritativa, poder-se-ia ter uma sociedade de fins econômicos.

Auferindo ganhos relativamente a parte dos serviços que presta, sob remuneração aos mais favorecidos, na medida do necessário para a manutenção e o desenvolvimento dos fins ideais colimados, a entidade não se desvirtua. Na medida do necessário, diz-se, porque, no caso, o que a define como de caridade é a dominância do intuito caritativo ou pio; se há prevalência de atividades econômicas e lucrativas, restando simples apêndice beneficente, atuação filantrópica secundária e restrita a uma parcela menor do desempenho da pessoa jurídica, não será ela a instituição de caridade que prevê a lei.

Nesse passo, confirma-se a asserção antes feita de que os requisitos do regulamento do Decreto-Lei nº 999/69 serviam a esclarecer condições nele implícitas: a "soi – dissant" instituição de caridade que praticasse habitualmente operações lucrativas desbordantes de seus fins institucionais não é instituição de caridade. Como advertiu FRANCISCO CAMPOS, em parecer sobre a natureza jurídica do Instituto Mineiro do Café, onde condenava o critério de distinção simplista baseado nas formalidades observadas na criação da pessoa jurídica:

"O direito, se existe ou para que existe, pressupõe que os atos que ele regula tenham a sua natureza e os seus efeitos determinados independentemente do capricho das partes em lhes atribuir o nome ou em os revestir desta ou daquela forma, ao sabor do seu arbítrio ou da sua fantasia. O "nomen juris" não pode ser, portanto, da essência do negócio".

E, destacando a relevância da atuação da pessoa jurídica para lhe definir os contornos:

"A mim me parece fora de dúvida que o critério decisivo para a conceituação da pessoa jurídica de direito público é o exercício por ela da competência de Estado ou de direitos de poder público". (apud HOMERO SENHA e CLOVIS ZOBARAN MONTEIRO, in Fundações no Direito na Administração, fev. 1970, pág. 217, grifo nosso).

De todo o exposto, resumimos as soluções sugeridas para as consultas veiculadas, pelo modo seguinte:

a) as Fundações Governamentais, quando personificarem entidades de direito público, sendo espécie do gênero autarquia, gozam de isenção, de acordo com a letra "a", primeira parte do art. 3º do Decreto-Lei nº 999/69; se de direito privado, têm a isenção subordinada, como as demais entidades estatais com personalidade de direito privado, segundo o referido na alínea imediata:

b) as empresas estatais, entendidas na locução, os organismos oficiais com personalidade jurídica de direito privado, tais como sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações de direito privado, têm a isenção subordinada à cabal comprovação de serem subvencionadas, isto é, de receberem dotações destinadas a manter o funcionamento da entidade;

c) não são todas as pessoas jurídicas de fins morais as beneficiárias de isenção pelo Decreto nº 999/69 e seu regulamento, mas apenas as de caráter caritativo, comprovando ainda a declaração de utilidade pública e que não desenvolvem, com cumho reiterado ou habitual, atividades lucrativas alheias às atuações típicas para as quais foi criada a instituição.

É o parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 14 de janeiro de 1980.

EXTINÇÃO DE CLAUSULAS DE INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE

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 4320

IMÓVEL CLAUSULAS DE INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE

As cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, estipuladas sobre imóvel pertencente à pessoa jurídica, extinguem-se com a extinção da pessoa jurídica gravada.

A CHEFIA DA CASA CIVIL DO GABINETE DO GOVERNADOR, encaminha à consideração desta Procuradoria-Geral o Processo PGE-670/79 apenso ao Processo nº PGE-512/79, ambos abrangendo matéria de interesse da FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA (CIENTEC), órgão supervisionado pela Secretaria de Estado de Coordenação e Planejamento, e da COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E COMERCIAL DO RIO GRANDE DO SUL (CEDIC), vinculada à Secretaria de Estado da Indústria e Comércio.

O Processo RGE-670/79, formado originariamente na Secretaria da Indústria e Comércio, trata da justificativa apresentada pela CIENTEC para a revogação das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade constantes da escritura do terreno situado na Rua Washington Luiz, 675, nesta capital, onde se localiza a sua atual sede.

Além das razões de direito e de conveniência invocadas no expediente para o levantamento das referidas cláusulas, cujo mérito foi examinado e justificado de sobejo, ressalta a necessidade de tal procedimento a fim de viabilizar a celebração de negócio jurídico de grande interesse para a CIENTEC e para a CEDIC, qual seja a concessão de direito real de uso recíproca de áreas de terras, de uma e de outra entidade, com vistas às instalações das respectivas sedes. A da CIENTEC a transferir-se parcialmente para uma área localizada no município de Cachoeirinha, junto ao Distrito Industrial, onde construirá sua nova sede, e a CEDIC a instalar-se na área deixada pela primeira.

Entretanto, à CEDIC só interessa transferir-se para a área ora ocupada pela CIENTEC se o uso do imóvel lhe for concedido livre e desembaraçado de quaisquer ônus, o que, do contrário, constituiria óbice inarredável a sua flexibilidade econômico-financeira.

Acompanha o expediente a escritura pública de doação do terreno sob exame pelo Estado do Rio Grande do Sul ao então Instituto Tecnológico do Estado, ex-autarquia, cujo patrimônio, depois de extinta, foi transferido para a Fundação recém-criada, nos termos da Lei nº 6.370, de 06.06.72, constando na sobredita escritura os gravames da inalienabilidade e da impenhorabilidade.

Indagada pela Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos a respeito do registro imobiliário do imóvel em questão, a CIENTEC junta ao expediente, através da Informação nº 29/CJ, de fl. 26 (Proc. nº PGE-670/79), nota expedida pelo titular do Cartório da 2ª Zona, dizendo da necessidade de haver escritura pública de transferência do imóvel pelo ITERS à CIENTEC, nela comparando o Estado do Rio Grande do Sul, por seu representante legal, para autorizar o levantamento das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade estipuladas pelo mesmo, quando da doação do imóvel.

Informa, ainda, a referida nota que a titularidade da CIENTEC para requerer a averbação da alteração dos nomes das vias públicas confrontantes com o imóvel só ocorrerá depois de formalizada a sobredita escritura pública.

Para tanto, a CIENTEC anexa ao Processo (PGE-670/79) minuta de escritura pública de transferência de domínio de bem imóvel, na forma solicitada pelo Cartório de Registro de Imóveis.

Todavia, a Assessoria Jurídica da Secretaria de Coordenação e Planejamento, ouvida a respeito da matéria, manifesta-se por intermédio da Informação nº 15/79, de fls. 34 e 35 (Proc. PGE-670/79), julgando necessária a autorização legislativa para a revogação das mencionadas cláusulas, argumentando que a lei autorizativa da doação pelo Estado ao ITERS (Lei nº 2.817/55) gravou o imóvel e portanto, o representante legal do Estado só poderia atuar autorizado por lei revogatória da anterior.

A diretoria do Patrimônio da Secretaria da Fazenda, perquirida a propósito da matéria, acolhe inteiramente as razões expendidas nesta última Informação e remete o expediente à apreciação da Casa Civil e esta à Procuradoria-Geral.

É o relatório.

Do exposto, depreende-se que a matéria limita-se à solução sobre a necessidade, ou não, de lei autorizativa da revogação das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade estabelecidas sobre o imóvel, quando da doação pelo Estado ao extinto ITERS.

Considere-se, de início, que lei nova há. A mesma lei que autorizou a criação da CIENTEC (Lei nº 6.370/72) determinou a extinção da Autarquia donatária e a

subseqüente transferência de todo seu acervo, bem como os valores em caixa e os créditos efetivos, para a Fundação de Ciência e Tecnologia (CIENTEC).

É do seguinte teor o artigo 8º e parágrafo da Lei nº 6.370/72:

"Art. 8º – A transferência do acervo da Autarquia Instituto Tecnológico do Rio Grande do Sul, bem como dos valores em caixa e dos créditos efetivos para a Fundação de Ciência e Tecnologia, dar-se-á mediante Decreto do Governador do Estado".

"Parágrafo único – Cumpridas as disposições constantes deste artigo, o registro dos Estatutos da Fundação, no competente Cartório, produzirá a extinção da Autarquia".

Com efeito, o Decreto Estadual nº 22.367, de 1º de março de 1973, em seu artigo único, acompanhado do balanço de encerramento do ITERS, tratou da transferência do ativo imobilizado da Autarquia, a saber:

"Artigo único – Consideram-se transferidos à Fundação de Ciência e Tecnologia, a partir de 8 de setembro de 1972, o acervo, os valores em caixa e os créditos efetivos do Instituto Tecnológico do Rio Grande do Sul, de acordo com o correspondente balanço de encerramento da Autarquia, levantado àquela data".

Logo, a formalização dos atos constitutivos da Fundação produziu, nos termos da Lei, a extinção, de pleno direito, da Autarquia.

Despicienda, portanto, a necessidade de uma outra lei para tratar literalmente da revogação das cláusulas restritivas incidentes sobre o imóvel, uma vez que, ao teor da Lei nº 6.370/72, a extinção da Autarquia produziu igualmente o efeito de extinguir os referidos gravames, os quais impunham-se tão-somente à Autarquia gravada e com ela desaparecendo.

As cláusulas de inalienabilidade e de impenhorabilidade utilizadas no Direito das Sucessões (arts. 1676 e 1723 do Código Civil) têm como características a temporariedade ou vitaliciedade, não ultrapassando à pessoa do gravado, herdeiro ou legatário.

Estas características, aplicadas às pessoas jurídicas, já mereceram o estudo de RUY CIRNE LIMA, que assim se expressou:

"... o nosso direito positivo não tolera a inalienabilidade, senão em caráter temporário, no máximo, vitalício (Cód. Civil, art. 1876 e 1723). Não era a inalienabilidade "homine instituta" desconhecida ao direito anterior (Ord. Filip., liv. IV, tit. XI, § 1º a 2º; Cf. PEREIRA DE CASTRO,

DECISIONES, Conimbricæ, 1745, Dec. 52, nº 11 e 18, pág. 200 e 202). Raputava-se, porám, igualmente, temporária, no máximo vitalícia (GUERREIRO, DECISIONES, ulyssepone 1759, Dec. 1, nº 3, pág. 2; Dec. 98, nº 9, pág. 513). Segundo o direito vigente, quanto à cláusula de inalienabilidade, "o conceito de temporariedade... corresponde a uma duração sempre inferior à de uma vida normal" (CLÓVIS BEVILÁQUA, ob. cit., t. VI, Rio de Janeiro, 1919, ao art. 1676, nº 2, p. 128). À inalienabilidade, cabe aplicar-se, portanto, com respeito às pessoas jurídicas, a disposição concernente à extinção do usufruto, com a qual o art. 741 do Código Civil mantém vigente, nesse particular o direito anterior (Cf. MENDES DE CASTRO, DE ANNONIS CIVILIBUS, Conimbricæ, 1680, nº 51, pág. 16; BORGES CARNEIRO, DIREITO CIVIL DE PORTUGAL, Lisboa, 1867, t. II, § 299, nº 17, p. 222). A cláusula de inalienabilidade extinguir-se-á com a extinção da pessoa jurídica, proprietária do bem; "ou se ela perdurar, aos cem anos da data" em que a mesma cláusula foi estabelacida (Cf. RIBAS, CURSO DE DIREITO CIVIL, Rio de Janeiro, 1915, t. I, p. 275 e seguinte)" (in Pareceres (Direito Privado, Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1967, p. 176-7) (grifou-se).

A regra do art. 741 do Código Civil, que impõe a temporariedade do usufruto, extensível, nos termos antes expendidos, ao ônus da inalienabilidade imposta às pessoas jurídicas, justifica-se, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, em seus comentários ao sobredito dispositivo, na perda do interesse sobre a nua-propriedade se o usufruto perdurasse ilimitadamente (in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Beviláqua. Vol. 2, Edição histórica, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976, p. 1205).

Diante disso, extinta a pessoa jurídica proprietária do imóvel onerado, extintas também ficam as cláusulas de inalienabilidade e, conseqüentemente, de impenhorabilidade estipuladas sobre o imóvel.

Por outro lado, a inalienabilidade dos bens públicos estabelecida pelo art. 67 do Código Civil persiste até a sua desafetação ao uso, serviço ou disposição, do poder público, mediante lei autorizativa, que dê nova destinação aos referidos bens.

No caso sob exame, a Lei nova ao determinar a extinção da Autarquia atribuiu ao seu patrimônio uma nova finalidade, qual seja, a de constituir uma fundação para perseguir determinados objetivos de interesse público, tal como a sua própria conceituação: um patrimônio destinado a um fim.

A exigência de que a nova lei autorizasse expressamente a revogação das cláusulas restritivas seria para dar vazão à interpretação liberal do texto de lei, critério este desde há muito considerado insuficiente e de legitimidade duvidosa pela doutrina (cfe. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., in A Ciência do Direito, São Paulo, Atlas, 1977, pág. 76).

De fato, ao intérprete há de interessar segundo KARL ENGISCH, o alcance prático da Lei, a extensão dos conceitos e normas jurídicas nela contidos (in Introdução ao Pensamento Jurídico, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, pág. 140).

Na mesma linha de raciocínio, CARLOS MAXIMILIANO, dissertando sobre a interpretação teleológica, disse o seguinte:

"Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito, quando assim se não procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical (JOHANNES BIERMANN Bürgerliches Rechts, vol. I. 1908, p. 30; DÜRINGER, op. cit., nº 23, ENNECCERUS, vol. I, p. 115)"

"Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística (WUEZEL, Das Juristische Denken, in Oesterreichisches Zentralblatt, Viena, vol. 21, p. 844); por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática" (in Hermenêutica e Aplicação do Direito, 7ª ed., Rio/São Paulo, Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, páginas 192-3).

Assim, a lei nova ao extinguir a Autarquia e, conseqüentemente, suas cláusulas restritivas, produziu a reversão dos bens ao Estado doador, e este, ato-contínuo, transferiu-os a uma Fundação para a persecução de seus fins, completando o procedimento no plano do Direito Público, conforme a vontade expressa do Estado.

Toçavia, no plano do Direito Privado existe formalidade a ser preenchida, qual seja, a celebração da escritura pública de transferência de domínio do imóvel em questão, na forma sugerida na minuta incluída ao Processo nº PGE-670/79 (fls. 28 a 30), nela comparecendo o Estado do Rio Grande do Sul, através de seu representante designado, para autorizar o levantamento das cláusulas restritivas constantes da escritura anterior.

A exclusão de cláusulas desta natureza por escritura pública já foi objeto do Parecer nº 2.958 (Processo nº PGE 2.211/74), do então Consultor-Geral, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER.

Em conclusão, sugere-se o encaminhamento do expediente à Secretaria de Estado da Fazenda, nos termos da delegação de competência prevista no artigo 7º e §§ do Decreto Estadual nº 29.021, de 18.07.79, para a designação do representante legal do Estado, que poderá ser o Diretor do Patrimônio, na escritura pública de que ora se trata, para a satisfação do pretendido pelos interessados.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de fevereiro de 1980.

JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4361

SERVIDOR DE FATO. Art. 166, § 2º da Lei 1751, de 22.02.52. Indeferimento do pedido de processamento de justificação administrativa de tempo de serviço, para fins de aposentadoria. A falta de investidura regular impede a formação do vínculo entre a Administração e o servidor. Inexistência de contrato bilateral, expreso e registrado no Tribunal de Contas.

N. P. atualmente Escrivão de Polícia, lotado na Secretaria de Segurança Pública, requer justificação administrativa para apuração do tempo de serviço que prestou, de julho a dezembro de 1953, no Serviço de Oficina e Almoxarifado, do Departamento de Produção Vegetal, da Secretaria da Agricultura.

A referida Secretaria, através do Serviço de Atividades Auxiliares da Supervisão Agroflorestal, informou que não dispõe de assentamentos em relação ao peticionário, não podendo, por conseguinte, fornecer grade de tempo de serviço.

Entendeu, a assessoria jurídica do referido órgão, que o pedido de justificação deveria tramitar nesta Procuradoria.

Tendo sido solicitados maiores esclarecimentos ao requerente, informou este que: 1) não teve assinada sua Carteira de Trabalho; 2) percebia salário-mínimo, sendo os pagamentos efetuados no próprio local de trabalho e oriundos de verba especial; 3) exercia a função de auxiliar de carga e descarga; 4) a jornada era de 8 (oito) horas diárias; 5) solicitou demissão.

É o relatório.

A primeira questão a considerar é prejudicial das demais, pois pelas declarações do peticionário, pode-se concluir tratar-se de servidor de fato, investido, posteriormente, na função pública.

O mesmo, na época, soube da existência de vaga na Secretaria de Agricultura, tendo a ela se dirigido, iniciando suas atividades sem qualquer formalidade de

admissão, ou seja, tornou-se "funcionário de fato", por carência de investidura legal. Não houve celebração de contrato, nem foi assinada sua Carteira de Trabalho, segundo declarações do próprio.

O professor JOSÉ CRETELLA JÚNIOR assim define a expressão "funcionário de fato":

"Pessoa que exerce cargo público sem investidura legal ou em virtude de investidura aparente. A expressão **de fato**, que significa **relativa a fato**, real, concreto, contrapõe-se à expressão **de jure**, que tem o sentido de **relativo a direito** legal, jurídico. 'Funcionário de fato' é o que não se investiu normalmente por nomeação ou eleição em cargo público..." (**Dicionário de Direito Administrativo**, Forense, Rio de Janeiro, 1978, pág. 261).

Foi, portanto, admitido ao arrepio de normas constitucionais e legais. A ilegalidade, no caso em foco, decorre de inexistência de qualquer ato formal (decreto de nomeação, portaria de admissão ou contrato).

3. Examinado o pedido, à luz da legislação estatutária, concluí-se que o requerente não se incorporou ao serviço público, por falta de investidura regular.

Como tal, caracteriza-se, no caso, o funcionário de fato, que faz jus, apenas, à remuneração pelos serviços prestados, "pro labore facto", não contando tempo de serviço para aposentadoria.

A inexistência de qualquer vínculo, entre a Administração e o funcionário de fato, faz com que não se considere de "serviço público", para nenhum efeito, o período de tempo de serviço prestado pelo último.

4. A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul vem mantendo orientação uniforme a respeito da justificação administrativa, para prova de tempo de serviço, de servidor de fato. No parecer nº 3.368, da lavra do Procurador do Estado, MARISA SOARES GRASSI, desta Casa, a ementa é esclarecedora:

"Tempo de Serviço. Incidência do art. 166, § 2º, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, na verificação do tempo de serviço de servidor de fato, investido posteriormente na função pública. Exercício de fato não gera direito a tempo de serviço".

No mesmo sentido o Parecer nº 2.125, também desta Procuradoria.

É imprescindível, para aplicação da referida norma estatutária, de apuração de tempo de serviço, que se trate de servidor, isto é, que tenha adquirido tal condição em decorrência de uma investidura regular, o que não ocorre no caso.

E não é possível admitir-se que, mediante justificação, se prove a investidura na função pública como bem acentuou o Conselheiro MÁRIO DIFINI no Parecer nº 3.435, do antigo Conselho do Serviço Público.

5. Outra questão a considerar, são os meios de prova de tempo de serviço de que dispôs o requerente.

A prova da investidura regular é extremamente importante e necessária, como início de prova documental, numa justificação, quer judicial, quer administrativa, de tempo de serviço.

Não faz, o peticionário, qualquer alusão à existência de prova documental, seja de admissão, continuidade ou interrupção dos serviços ou vínculo empregatício.

Se o peticionário, como alega, prestou seus serviços à Secretaria da Agricultura, no período de julho, a dezembro de 1953, teria outros meios de comprová-lo, além da prova meramente testemunhal, pois que nada ocorreu na administração que o impedisse, de acordo com as declarações da própria Secretaria.

A necessidade da prova documental é sustentada pelo Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) da seguinte maneira:

"Os registros de frequência e as folhas de pagamento constituem os principais elementos, em que se baseia a expedição das certidões de tempo de serviço. Se tiverem sido comprovadamente extraviados, recorre-se a outros documentos equivalentes ou assemelhados. Na ausência de qualquer documento escrito é que se admite o testemunho de pessoas idôneas (...). (Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, (61), p. 237, julho/setembro de 1960).

6. Quanto à possibilidade de instaurar-se uma comissão, para justificação administrativa de tempo de serviço, o extinto Conselho do Serviço Público, reiteradamente, afirmava a admissibilidade da justificação administrativa, só na hipótese de perecimento dos documentos probatórios e ante a impossibilidade de sua restauração (Pareceres nº 3.976, 4.151 e 4.400).

Os assentamentos da Secretaria estão intactos. Existem assentamentos funcionais, mas neles nada figura sobre o requerente. É óbvio, por conseguinte, que a prova testemunhal – mais frágil, por excelência – não pode prevalecer sobre toda documentação existente no órgão.

Portanto, a exceção aberta no § 2º, do art. 166 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul) da possibilidade de justificação perante uma comissão, parece totalmente

inoportuna e infundada, no presente caso, por inexistência de provas do exercício regular da função pública, exercício este, que é pressuposto básico para a instauração de um processo desta natureza.

7. Poder-se-ia – só para argumentar – enfocar a questão à luz da legislação trabalhista, ou seja, tratar-se de vínculo empregatício regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943).

Na época, 1953, era, apenas, admitido o contrato bilateral, expresso e registrado no Tribunal de Contas, no âmbito da Administração Pública. Tais requisitos para validade eram exigidos pelo art. 767, alínea "i", do Regulamento Geral de Contabilidade Pública.

É ilustrativo o Parecer nº 7.162, do Conselho do Serviço Público, relatado por JOÃO PETERSEN JÚNIOR, e publicado no Diário Oficial do Estado, em 1º de setembro de 1967, cuja ementa é a seguinte:

"O estabelecimento, no serviço público, de vínculo contratual, em termos idôneos, para subtrair o prestador de serviço ao regime estatutário, supõe, necessariamente, a existência de ato bilateral, onde se estipule as condições de relação de emprego assim convencionadas. Compete a ratificação por instrumento bilateral adequado de outra qualquer espécie de ato administrativo expedido com esse sentido".

Por outro lado, consideravam-se nulos, de pleno direito, os ajustes verbais, de acordo com o art. 778 do mesmo Regulamento Geral de Contabilidade Pública, verbis:

"Em nenhum caso poderá ser permitida a celebração de contratos verbais com a Fazenda Pública, sendo nulos de pleno direito os ajustes que assim foram concluídos".

A lei expressamente vedava, a doutrina é unânime neste sentido, a celebração de contrato verbal ou tácito como os previstos nos arts. 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando um dos contratantes for a Administração Pública, que não pode abster-se de suas normas próprias. Somente nas hipóteses expressamente autorizadas por lei, a Administração pode celebrar contratos sob a égide da legislação trabalhista consolidada.

PELO EXPOSTO, conclui-se que é de indeferir-se o pedido de processamento de justificação administrativa, pois a falta de investidura regular, impedindo a formação de vínculo entre a Administração e o requerente, faz com que não possa ser considerado como tempo de serviço público o período de julho a dezembro de 1953, o qual não pode, por consequência, ser computado para efeitos de aposentadoria.

É o parecer.

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

VERENA NYGAARD BECKER
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Universidade do
Vale do Sinos

PARECER Nº 4357

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO.
Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Considerações.

Com vistas a colher sugestões desta Procuradoria-Geral, é-nos submetido, por solicitação do Secretário do Interior, Desenvolvimento Regional e Obras Públicas, estudo dessa Pasta, intitulado "Parcelamento do Solo Urbano – Competência e Possibilidades de Intervenção pelo Estado e pelos Municípios".

Conforme se lê na apresentação do estudo, sua elaboração foi norteadada tão-somente pelo intuito de orientar, por via de noção geral, as ações e possibilidades de intervenção do poder público nos loteamentos e desmembramentos do solo urbano, tendo-se compilado as diversas hipóteses previstas na Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, sem qualquer intuito interpretativo.

Dessa forma, atendo-se rigorosamente à literalidade da lei, o trabalho contém um levantamento minucioso dos poderes conferidos aos Estados e Municípios para atuarem sobre o parcelamento do solo, seja manifestando-se sobre projetos de loteamentos e desmembramentos, seja editando normas e diretrizes relativas ao uso do solo urbano.

Considerando os objetivos e a natureza do estudo ora em apreciação, que acabamos de referir, algumas observações apenas afiguram-se-nos pertinentes.

1. A primeira delas, de ordem geral, diz respeito ao exato enquadramento da Lei nº 6.766 no sistema jurídico positivo. Desse ponto de vista, permitimo-nos questionar a afirmação – não obstante constar do próprio texto legal – de que o parcelamento do solo urbano é regido por dita lei, sendo dado aos Estados, Distrito Federal e Municípios o estabelecimento de normas complementares com vistas a adequar os prazos da lei às peculiaridades regionais e locais.

No que diz respeito às regras de direito urbanístico, tal assertiva, isoladamente encarada, pode induzir o entendimento equivocado de que a lei federal, tendo absorvido a matéria, está a distribuir competências entre as entidades políticas menores.

Todavia, no caso do Município, sua competência para dispor sobre a ordenação urbanística do seu território e, conseqüentemente, sobre o parcelamento do solo urbano, decorre diretamente da Constituição Federal que, no seu art. 15, II, ao assegurar a autonomia municipal, a ele confere poderes para dispor sobre todas as matérias de seu peculiar interesse.

Por assim ser, nem precisaria a lei ter previsto, no parágrafo único do seu art. 1º, que os Municípios poderão estabelecer normas complementares para adequar os preceitos nela contidos, às peculiaridades locais. Esta regra há de ser vista, não como uma outorga de competência, mas como um enunciado do próprio objetivo da lei federal, qual seja, o de orientar a atividade normativa dos Municípios, indicando os critérios urbanísticos e os requisitos urbanísticos mínimos para uma ordenação mais adequada do uso do solo urbano.

O mesmo se diga relativamente ao Estado, na medida em que este, também por força da Constituição Federal, exercerá sua competência residual sempre que se manifestar, de forma preponderante, sobre os demais interesses em jogo, o interesse regional.

No que concerne à Região Metropolitana, é de registrar-se a particularidade de que a atuação dos Municípios que as integram deve, em matéria de ordenação do uso do solo, compatibilizar-se com o planejamento metropolitano.

Em síntese, entendemos que os Estados e os Municípios, no exercício da competência que lhes é conferida pela Constituição Federal, e orientados pelos critérios e requisitos mínimos da Lei nº 6.766, não só podem, como devem editar normas sobre o parcelamento do solo urbano.

2. Outra observação que nos parece deva ser feita refere-se à omissão, no estudo ora em apreço, de algumas hipóteses de atuação do Estado e dos Municípios no contexto da Lei nº 6.766.

2.1. Com efeito, no rol das hipóteses levantadas, seria conveniente fosse mencionada expressamente aquela relativa ao estabelecimento de outros requisitos urbanísticos para os loteamentos, além daqueles mínimos previstos no art. 4º da lei. Embora esta possibilidade esteja englobada na de editar normas complementares, como prevista no parágrafo único do art. 1º, ela merece ser destacada em razão da importância de que se reveste para a correta aplicação da lei federal e, conseqüentemente, para a adequada ordenação do uso do solo urbano.

Neste particular, convém que os Municípios sejam alertados da necessidade de legislarem na matéria, estatuindo quantos requisitos lhes pareçam convenientes e oportunos tendo em vista as peculiaridades de suas respectivas áreas urbanas.

2.2. Outra hipótese a ser acrescentada ao texto é a contemplada no art. 18, II, da Lei nº 6.766 que, ao tratar dos documentos necessários para o registro do loteamento, preceitua que a lei municipal exija a execução, pelo loteador, no mínimo, das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais, podendo a lei municipal, todavia, optar entre exigir a execução dessas obras e a prestação de garantia para a execução, de acordo com cronograma apresentado pelo interessado e submetido à aprovação da Prefeitura.

Condicionando o registro do loteamento à apresentação do termo de verificação, pela Prefeitura, das obras mencionadas ou à aprovação, também pela Prefeitura, do cronograma acompanhado do competente instrumento de garantia, a lei contempla valioso instrumento que permite assegurar a efetiva implantação, pelo responsável, das obras de infra-estrutura urbana do loteamento.

Todavia, em razão de sua localização totalmente inadequada no contexto da lei, o preceito corre risco de passar despercebido, razão pela qual também merece especial destaque. Não é demais enfatizar a conveniência de o Município exigir a execução de outras obras, tais como as necessárias para a implantação dos equipamentos públicos de abastecimento de água, esgotos e energia elétrica.

Estas são as considerações que, S.M.J., se nos afiguram pertinentes ao estudo submetido à apreciação.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de abril de 1980.

TRANSFERÊNCIA DE OFICIAL DA BRIGADA MILITAR PARA A RESERVA REMUNERADA

ADNOR GOUI ART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER

Transferência de Oficial da Brigada Militar para a Reserva remunerada.

Benefícios de seu **jus**, quando, ao tempo em que vigia a Lei Estadual nº 1.753/52, já havia implementado as condições para se inativar.

Regramentos legais que disciplinam a espécie.

Vem a esta Assessoria o Processo nº 3.875, sem data, oriundo do Quartel do Comando Geral da Brigada Militar, no qual está inserido Ato a ser assinado pelo Senhor Governador do Estado, transferindo para a reserva remunerada o Coronel PM O.A.F.F. RE 12.025.1.

Dentre os benefícios a que fará **jus** o militar em pauta, no entender dos órgãos que opinaram no processo, consta uma gratificação de 20% sobre o soldo de Coronel PM, visto incidir sobre sua situação o parágrafo 2º do artigo 167, da Lei Estadual nº 7.138 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio Grande do Sul), de 30 de janeiro de 1978, combinado com o artigo 44, item II, letra b, da Lei Estadual nº 1.753/52.

É de se esclarecer, ainda, que o requerente, em conformidade com a grade de tempo de serviço acostada ao processo completou, em 10 de junho do fluente ano, 42 (quarenta e dois) anos, (quatro) meses e 01 (um) dia de tempo de serviço prestado à Força Pública do Estado.

É o relatório.

Consoante o parágrafo 2º, do artigo 167 da Lei Estadual nº 7.138, de 30 de janeiro de 1978.

"Ao Policial Militar que, de acordo com a legislação anterior à Lei nº 6.195, de 15 de janeiro de 1971, tivesse direito a promoção por ocasião

Parecer elaborado quando o autor era Assessor Jurídico do Chefe da Casa Militar.

da transferência para a reserva ou reforma, EM HIPÓTESE DIVERSA DA DO PARÁGRAFO 1º (grifei), fica assegurada a remuneração de inatividade relativa ao posto ou graduação a que seria promovido em decorrência da mencionada legislação...

A seu turno, soa o parágrafo 1º (mencionado na disposição antes transcrita) do mesmo artigo 167:

"O Oficial que contar mais de trinta e cinco e a praça que contar mais de trinta anos de serviço, ao serem transferidos para a inatividade, terão os seus proventos calculados:

I – Se Oficial, sobre o soldo correspondente ao posto imediatamente superior, ou, tratando-se do último existente na corporação, sobre o deste posto acrescido de 20%;

III

A hermenêutica do prefalado artigo 167 nos aponta que, ao fazer referência à "legislação anterior à lei nº 6.195 de 15 de janeiro de 1971", está, implícita e primordialmente, nos remetendo ao anterior Estatuto da Brigada Militar, seja, à Lei Estadual nº 1.753, de 27 de fevereiro de 1952.

Vejamos agora a situação do postulante, em ordem a averiguar se o mesmo se beneficia ou não das prerrogativas constantes daquele regramento.

Segundo informação colhida junto à Diretoria de Pessoal do Comando Geral da Corporação, o peticionário, ao término da vigência da Lei Estadual nº 1.753, de 27 de fevereiro de 1952 (revogada que foi pela Lei Estadual nº 6.195, de 15 de janeiro de 1971), isto é, em 14 de janeiro de 1971, contava 33 (trinta e três) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesseis) dias prestados à Força.

De outra parte, nessa ocasião era Major PM, tendo sido promovido a esse posto em 21 de abril de 1969.

Auscultando a Lei Estadual nº 1.753, à qual, conforme já se viu, nos remete aludido artigo 167 da Lei Estadual nº 7.138, verifica-se que ao regrar a transferência dos Policiais Militares para a reserva, assim dispunha:

"Art. 44º – A transferência de Oficial para a reserva é compulsória ou voluntária:

I – Compulsória:

- a) quando o Oficial completar trinta e cinco (35) anos de serviço;
- b)
- c)

II – Voluntária:

- a) quando o Oficial contar mais de vinte e cinco (25) anos de efetivo serviço, com vencimentos e vantagens proporcionais ao posto;
- b) quando o Oficial contar mais de trinta (30) anos de serviço, com promoção ao posto imediato e vencimentos integrais respectivos".

Assim, constata-se que o Coronel O.A.F.F. por ocasião do término da vigência da Lei Estadual nº 1.753/52, implementava plenamente as condições estabelecidas pelo artigo 44º, inciso II, letra **b** daquele diploma legal, visto que, conforme já se constatou, contava mais de 30 (trinta) anos de serviços na Corporação.

Se houvesse utilizado a prerrogativa ali consignada, poderia ter se inativado no posto de Tenente Coronel, com os vencimentos correspondentes a esse posto.

Entretanto, não se inativou...

Agora, editado o novo Estatuto da Milícia Estadual, vem o legislador estabelecer a obrigatoriedade de translação para a reserva remunerada do Oficial com mais de trinta e cinco anos de serviço, infletindo a norma que assim dispôs (art.167, § 1º, da Lei Estadual nº 7.138/78) sobre a situação do peticionário.

De outra parte, é incontroversa a incidência, no caso presente, do **caput** do artigo 167 de sobredita Lei 7.138, pois, como acima já se explicitou, se houvesse ocorrido a inativação sob a égide da Lei Estadual nº 1.753/52, faria o Policial Militar em tela, **jus** à promoção e vencimentos correspondentes ao novo posto. Portanto, aqui configura-se a "HIPÓTESE DIVERSA DA DO PARÁGRAFO 1º" aludida pelo tantas vezes citado artigo 167 e, por via de consequência, a todo aquele Policial Militar que satisfizer tal condição legal,

"... fica assegurada a remuneração de inatividade relativa ao posto ou graduação A QUE SERIA PROMOVIDO EM DECORRÊNCIA DA MENCIONADA LEGISLAÇÃO (grifei)..."
(artigo 167, **caput**).

Da leitura do regramento citado, verifica-se ter o legislador empregado os verbos no condicional, donde se poderia colocar aquela disposição, mais ou menos, nos seguintes termos:

"Ao Policial Militar que, de acordo com a Lei Estadual nº 1.753/52, tivesse satisfeito as condições ali consignadas, em ordem a se inativar, não utilizou tal prerrogativa, continuando na atividade, ao ser transferido

para a reserva, por força da Lei Estadual nº 7.138/78, fica assegurada a percepção da diferença de vencimentos entre o posto de que era titular e aquele ao qual seria promovido, e em decorrência da mencionada legislação”.

Do nosso ponto de vista, esta é a interpretação que se impõe.

Mesmo porque, se outro fosse o entendimento, possivelmente o conteúdo do parágrafo 2º, do artigo 167, da Lei 7.138/78, esbarraria no limite imposto pelo § 3º do mesmo artigo, segundo o qual.

“A remuneração de inatividade assegurada pelos parágrafos anteriores NÃO PODERÁ EXCEDER, EM CASO ALGUM, A QUE CABERIA AO POLICIAL MILITAR SE FOSSE ELE PROMOVIDO ATÉ DOIS GRAUS HIERÁRQUICOS ACIMA DAQUELE QUE DETIVER POR OCASIÃO DE SUA TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA OU REFORMA (grifei)”.

De todo o exposto se conclui que o Coronel PM O.A.F.F. não faz jus a 02 (duas) vezes 20% (vinte por cento) sobre o soldo do posto de Coronel PM, como consta do Ato a ser assinado pelo Senhor Governador do Estado, e sim, a 01 (uma) vez 20% (vinte por cento) e a diferença de vencimentos entre o posto de Major PM e a de Tenente Coronel PM.

É o parecer.

Casa Militar em Porto Alegre, 05 JUL 79.

A LICENÇA PARA EDIFICAR E SUA EXTINÇÃO

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO
Doutor em Direito
Livre docente em Direito Administrativo e Ciência da Administração na Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP
Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP

I – LICENÇA PARA CONSTRUIR E SEUS EFEITOS

1. – A licença para construir é o ato administrativo pelo qual o Executivo, exercitando competência vinculada, libera a construção de determinada obra, por verificar e proclamar a consonância entre um projeto de construção e o direito de construir **legalmente** garantido.

2. – Não é a licença, pois, que compõe o conteúdo daquele direito. Este já vem definido em lei. Apenas seu exercício é que está condicionado a um ato administrativo cuja função específica é conferir se há ou não há conformidade entre a obra pretendida (realização material) e o direito de construir **deferido pela lei**.

3. – Em suma: a licença é ato que remove obstáculo ao **exercício** de um poder jurídico pré-existente e que descende diretamente da lei, mas cuja atuação está condicionada a uma conferência administrativa. Ante um pedido de licença, ao Executivo nada mais cabe além de conferir se existe ou não o direito alegado e, se existente, proclamar tal fato, liberando o administrado para exercitá-lo. É por força de verificar o ajuste entre o direito pretendido e o quadro legal de onde ele resulta que a Administração libera o exercício da atividade material em apreço. Vale notar que a ordenação normativa atribui ao Executivo o **mister de proceder a esta análise e proclamar a adequação** (ou inadequação) do projeto à lei. Tratando-se de competência vinculada, uma vez delineada “in concreto” situação descrita objetivamente pela norma, o Poder Público não pode negar a licença.

4. – Cumpre referir, ainda, consoante remansoso registro doutrinário, que a licença tem eficácia **real** e não pessoal.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO COLLARILE, em trabalho de mão e sobremão, certamente o mais completo realizado entre nós sobre este instituto jurídico (Disciplina Urbanística da Propriedade, tese de doutoramento na PUCSP, edição restrita, 1979, pág. 73), traz em abono desta assertiva cita de ITALO DI LORENZO (Diritto Urbanistico, UTET, Torino, 1973, pág. 581), de acordo com o qual, a licença edilícia

“...remove, com eficácia real e não passoa um limite ao exercício de uma faculdade, visando a uma ou mais coisas, portanto introduz modificações jurídicas no âmbito de uma “rea” e não já, apenas, com relação a um sujeito”.

HELLY LOPES MEIRELLES também esclarece este ponto, elucidando que

“Aderindo ao terreno, a licença para construir ou lotear transmite-se automaticamente aos sucessores com a só alienação do imóvel, não sendo lícito à Prefeitura opor-se à expedição ou transferência do alvará ao novo proprietário ou compromissário comprador (Direito de Construir, Ed. Rev. dos Tribunais, 3ª ed. refundida, 1979, pág. 179).

5. – Não é a Administração que cria o direito de construir. Este se radica na lei, mas é a Administração que tem o encargo, o **dever**, de verificar se ocorre ou não uma realidade subsumida à hipótese legal. Daí que o administrado, por muito consciente que esteja quanto ao enquadramento de sua pretensão às exigências normativas, não pode exercitar este poder jurídico de construir, haurido na lei, sem que a própria Administração efetive o competente exame e libere a atividade pretendida.

Do mesmo passo em que é **dever da Administração** efetuar a remoção do obstáculo ao exercício do direito, é **poder dela**, por inserir-se em sua competência, expedir o ato de licença ou denegá-lo se incabível. Evidentemente, se ilegítimamente indeferir o pedido, caberá ao Judiciário, a instâncias do interessado, restaurar o direito, garantindo seu exercício ao postulante.

6. – Em face das características apontadas e pacificamente aceitas pela doutrina e jurisprudências pátrias, o prof. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO qualifica a licença como “acertamento constitutivo formal”, ao distingui-la da autorização. Verbis:

“O primeiro (autorização) cria direito, ao ampliar as faculdades jurídicas de quem recebe a autorização, enquanto o segundo (licença) consiste em acertamento constitutivo formal, pois se trata de declaração recognitiva de direito, de asseguramento da situação jurídica” (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Ed. Forense, 1ª vol. I, 1969, pág. 508).

E esclarece o alcance desta assertiva:

“Discute-se se ela é constitutiva de direito, porque esse direito preexistia no seu titular. Realmente, não é constitutiva quanto ao gozo de direito; porém o é quanto ao seu exercício. Este só pode lícitamente ser levado a efeito depois de licenciada a atividade de alguém que tinha

o gozo do direito. Por isso se diz que é constitutivo apenas sob o aspecto formal” (op. cit., pág. 509).

7. – É bem de ver, portanto, que o deferimento de licença – ao contrário de alguma opinião mais desavisada – nada tem de precário. Com efeito, a voz “precário”, reportada ao ato administrativo, significa provisório, cancelável a qualquer tempo, instável. Por evidente que um ato recognitivo de direito nada pode ter de precário, de instável, de provisório, ou de elidível ao talante de quem o expediu. O reconhecimento de um direito que procede diretamente da lei não pode depender da vontade da Administração.

Daí haver HELLY LOPES MEIRELLES enunciado, com propriedade, a diferença existente entre os alvarás de licença, atos definitivos e os de autorização, atos precários, nos seguintes termos:

“O alvará pode ser definitivo ou precário: será definitivo e vinculante para a Administração quando expedido diante de um direito subjetivo do requerente como é a edificação, desde que o proprietário satisfaça todas as exigências das normas edilícias; será precário e discricionário se a Administração o concede por liberalidade, desde que não haja impedimento legal para sua expedição, como é o alvará de porte de arma ou de uso especial de um bem público. O alvará definitivo conubancia uma licença; o alvará precário expressa uma autorização” (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Rev. dos Tribunais, 6ª Ed. atualizada, 1978, págs. 111/112).

SÉRGIO DE ANDRÉIA FERREIRA, o eminente professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, professa lição em que sublinha os mesmos traços, ao dizer:

“A primeira, a licença, de caráter vinculado envolve direito subjetivo oponível à própria Administração, a última, a autorização ou permissão, eminentemente discricionária é precária e revogável” (Direito Administrativo Didático, 1978, pág. 252).

8. – De resto, seria simplesmente absurdo inculcar-se precariedade à licença para construir, tanto em face de seu caráter meramente aferidor de um direito pré-existente, quanto à vista dos relevantes efeitos patrimoniais que são envolvidos com base neste ato administrativo. Deveras, uma vez obtida a licença, o interessado investe recursos de significativa grandeza, seja para construção de sua própria morada, seja para edificação de edifícios cujas unidades intenta revender. Ninguém poderia, sem abalancar-se a riscos descomedidos, alocar importâncias deste tomo assumindo a álea de suportar prejuízos de tão assinalado porte. Basta esta singela consideração para ressaltar a inconsistência e irresponsabilidade residente na assertiva de que a licença para edificar é ato precário. Com efeito: a

conseqüência natural da precariedade é a possibilidade de extinção do ato sem qualquer composição patrimonial.

9. Finalmente, importa notar que, à moda de qualquer ato administrativo unilateral, a licença goza de **presunção de legitimidade**. Este é o atributo do ato administrativo, graças ao qual as declarações jurídicas da Administração, até prova em contrário, são havidas como afinadas com o Direito.

Ao respeito JUAN CARLOS CASSAGNE averbou:

"Dentro de las prerrogativas 'hacia afuera', de que dispone la Administracion, uno de los pilares de nuestro regimen jurídico administrativo es la denominada presunción de legitimidad - también llamada presunción de validez del acto administrativo - por lo cual se presume que éste ha sido dictado en armonia con el ordenamiento jurídico, es decir, con arreglo a derecho" (El Acto Administrativo - Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 326).

E acrescenta:

"La presunción de legitimidad constituye un principio del acto administrativo que encuentra su fundamento en la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales, principio en el que basa a su vez el deber del administrado de cumplir el acto administrativo" (op. cit., pág. 327-328).

Trata-se de noção corrente e moente no direito administrativo, pacificamente aceita entre nós, sem bulha doutrinária, ou jurisprudencial, e que, por isso mesmo, dispensa maiores considerações.

10. - O que importa ressaltar é a conseqüência imediata deste princípio. Uma vez expedido o ato administrativo, o particular **tem o direito** de supor regulares os comportamentos que pratique na conformidade dele. - Em outras palavras: o administrado que atua em consonância com um ato administrativo - pelo menos se este tiver aparência de regularidade - está respaldado pelo ato, escorado nele.

Com efeito, por força da presunção de legitimidade do ato, o administrado pode, sem receios, **afiançado por uma declaração da Administração Pública**, desenvolver as atividades que o Poder estatal afirmou serem exercitáveis legitimamente.

Por isso, alguém a quem haja sido deferida uma licença de construir ou que adquiriu imóvel licenciado, ao proceder a edificação facultada, está resguardado pelo próprio Poder Público, protegido por sua declaração, a qual, de direito, não

pode ser havida como irresponsável, seja em acepção jurídica, seja na acepção comum da palavra. Quando menos, o princípio da presunção de veracidade, validade e legitimidade dos atos administrativos opor-se-ia a entendimento contrário.

II - EXTINÇÃO DA LICENÇA

11. - Inobstante a licença seja ato vinculado, gerador de direitos e ornada de presunção de legitimidade, podem ocorrer hipóteses em que a licença, mesmo depois de iniciada a obra, venha a ser extinta. Afora o caso óbvio de extinção pela simples consumação dos efeitos que lhe são inerentes, haveria a cogitar dos casos em que o próprio Poder Público, através de outro ato, propõe-se a eliminar a licença anteriormente concedida.

Sem digredir sobre as várias figuras extintivas passíveis de serem consideradas nos casos em que a obra já se iniciou, importa bõrdar brevíssimas considerações relativas às seguintes hipóteses:

a) caso em que a licença haja sido regularmente concedida, mas a Administração, ulteriormente, considere inconveniente ou inoportuna a licença deferida;

b) caso em que a licença haja sido regularmente concedida, mas sobrevenha lei nova incompatível com a construção em curso, por vedar o tipo de uso ou de características da construção licenciada;

c) caso em que a licença haja sido deferida sem atendimento da legislação então vigente.

12. - Se a licença foi regularmente deferida e a obra se iniciou, o administrado está de posse de direitos adquiridos. Este ponto é incontroverso.

"O inicio da obra gera direito adquirido à sua continuidade pela legislação em que foi aprovado o projeto..." diz HELY LOPES MEIRELLES (Direito de Construir cit., pág. 178).

"A permissão de construir (permis de construire) - que é, no direito francês, o equivalente da licença de construir - confere ao seu beneficiário direitos adquiridos" (Georges Liet - Veaux - Le Droit de Construction, 4ª ed., Librairie Techniques, 1976, pág. 93, apud LUCIA VALLE FIGUEIREDO, op. cit.).

"Iniciada, porém que seja a obra autorizada, o problema muda de feição, porquanto, neste caso, há, inequivocamente, direito adquirido" (voto do Ministro Moreira Alves, na qualidade de relator do R.E. nº 85.002-SP).

Ora, o art. 153, § 3º, do Texto Constitucional estatui:

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

Se nem a lei pode ofender ou desconhecer os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos, menos ainda poderá fazê-lo um simples ato administrativo. Com efeito, esta categoria de atos haure sua força na lei e há de estar em tudo e por tudo submissa a ela, como é de todos sabido.

Por isso SEABRA FAGUNDES apostilou:

"Administrar é aplicar a lei de ofício" (Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Ed. Forense, Rio, 1957, 3ª ed., pág. 17).
E FRITZ FLEINER deixou escrito:

"Administração legal, então, é aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro dos limites de suas disposições" (Principes Généraux du Droit Administratif Allemand, 1933, Librairie Dellagrave, trad. Einsenmann, pág. 87).

A seu turno, MICHEL STASSINOPOULOS sintetizou esta submissão da administração em relação à lei, nos seguintes e precisos termos:

"Em um Estado de Direito a administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir "contra legem" ou "praeter legem", mas está obrigada a agir sempre "secundum legem" (Traité des Actes Administratifs, Sirey, 1954, pág. 69).

13. Uma vez que a lei está obrigada a respeitar os direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, "a fortiori" os atos administrativos – que são subalternos à lei – também, e com maior razão o estão. Daí a impossibilidade de revogar licença regularmente deferida.

Segue-se que para desconstituí-la é insuficiente alegar interesse público que torne desaconselhável a manutenção de uma licença de construir regularmente deferida. Ademais, se era obrigatória a expedição da licença – por ser vinculado seu deferimento – a medida tomada era a única possível em face da lei. Como, então, tomar providência antinômica sem com isto ofender a própria lei que exigiu o deferimento da licença? Não se pode cancelar aquilo que se concedeu por se estar obrigado a fazê-lo.

Juridicamente, portanto, é impossível, sem ofender o direito, proceder-se a uma **revogação, propriamente dita**, de licença regularmente deferida. É que a revogação consiste na retirada, por motivo de conveniência ou oportunidade, de

ato administrativo anterior ou de relação por ele formada, com eficácia "ex nunc". Se a revogação é ato que se embasa em **juízo de mérito**, seu exercício supõe competência discricionária. Onde há competência vinculada, por definição só há um comportamento possível. Uma vez que este haja sido adotado, por ser o comportamento único permitido pela lei, descabe adotar outro. Qualquer decisão em sentido diverso será necessariamente ilegal.

14. – Não se imagine que esta conclusão, inconfutavelmente lógica e exigida pelo Direito, implicaria paralisar a realização do interesse público. Se acaso vierem a se pôr em contradição o próprio Direito aponta a solução possível: expropriar o direito adquirido à continuidade da obra licenciada. Foi, de resto, o que assinalamos de outra feita, ao tratarmos, em obra teórica, dos limites do poder de revogar. Na oportunidade grafamos:

"A revogação, **quando legítima**, não dá margem à indenização. Com efeito, quando existe o poder de revogar perante a ordem normativa, sua efetivação não lesa direito algum de terceiro.

Quando, pelo contrário, inexistente o poder de revogar mas a administração necessita, para atender um interesse público, rever certa situação e afetar relação jurídica constituída atingindo **direito de alguém** (não meras faculdades ou expectativas) a solução é **expropriá-lo**".

E pouco além:

"Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar, e iniciada a construção a Administração não pode "revogar" ou "cassar" esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que alterou-se a legislação a respeito" (Elementos de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 85/86).

15. – Alguns, como OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (Princípios Gerais de Direito Administrativo, cit., pág. 567) e HELY LOPES MEIRELLES (Direito de Construir, cit., pág. 181) consideram que, a despeito de haver direito adquirido, seria cabível "revogação", indenizando-se o administrado. Não nos parece correta tal solução, pois não é o mesmo ter que buscar em juízo uma indenização por danos e ser buscado no Judiciário, com **indenização prévia**. São caminhos diferentes. Desassiste ao Poder Público através de comportamento abusivo lançar o administrado em via menos conveniente para este último.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, em seu magnífico trabalho dantes citado, também sublinha que o caminho para desconstituir a licença regularmente expedida é a expropriação. E frisa, com propriedade, que o instrumento adequado

“... é a expropriação do direito – não do bem – mediante prévia e justa indenização” (op. cit., pág. 110).

Em abono deste ponto de vista invoca, ainda, as opiniões dos professores CELSO BASTOS e CAIO TÁCITO, no VI Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUCSP (notas Taquigráficas, 1977). Aliás, este último mestre, em parecer lapidário, publicado na Revista de Direito Administrativo, (vol. 114, pág. 471), faz completíssimo estudo sobre a irrevogabilidade das licenças regularmente expedidas, documentando, a flux, sua tese, com as mais abalizadas opiniões de juristas nacionais e alienígenas.

16. – Idêntica terá que ser a solução do problema, quando lei superveniente estabeleça disciplina incompatível com a licença expedida na forma da lei anterior. Ainda aqui será necessário expropriar o “direito de construir” adquirido nos termos da lei antiga, a fim de que o prejudicado receba prévia e justa indenização pelo sacrifício de seu direito.

O Supremo Tribunal Federal, no pré-citado R. E. 85.002-SP, em que foi relator o Ministro Moreira Alves, concluiu justamente pela impossibilidade de suprimir “sic et simpliciter” a licença dantes concedida, negando mesmo que se pudesse fazê-lo com indenização “a posteriori”. A ementa do acórdão, embora mencione “revogação” e “motivo de conveniência”, está reportada a hipótese em que houve superveniência de lei. Seu teor é o seguinte:

“Licença de construção. Revogação. Fere direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos não se atinge faculdade jurídica – o denominado direito de construir – que integra o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que já foi construído, com base na autorização válida do Poder Público. Há, portanto, em tais hipóteses, inequívoco direito adquirido, nos termos da súmula 473.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ, vol. 79, págs. 1.016 e sgs.).

Em síntese: licença válida gera direito adquirido. Sua supressão ulterior só pode efetivar-se mediante expropriação, que é a via constitucional prevista para a conversão de um direito em seu sucedâneo patrimonial. Razões de conveniência não se podem opor a direitos. Leis novas, por não poderem ser retroativas, também não podem desconstituir direitos anteriormente formados. A proteção aos direitos adquiridos, estabelecida na Lei Maior, garante os que iniciaram construção com base em licença regularmente expedida. Só a expropriação pode harmonizar os choques de interesses que exijam composição, quando ambas as partes possuem pretensões que merecem a tutela do Direito.

17. – No caso de licença expedida em desconformidade com a legislação pertinente, a situação apresenta-se parcialmente diversa. É bem de ver que não haverá cogitar de expropriação do direito a construir na forma da licença. Reconhece-se ao Poder Público a competência para fulminar seus atos viciados. Daí não se segue, entretanto, irresponsabilidade por eles. Pelo contrário.

A anulação tem como pressuposto a anterior prática de um ato inválido da Administração. Se a invalidade administrativa supeditou um comportamento do administrado, não cabe a ele sofrer os gravames patrimoniais que o próprio violador da ordem jurídica houve por bem desencadear. Seria um contra-senso que o administrado tivesse que arcar com as conseqüências de uma ilegitimidade praticada pelo Poder Público – a menos que houvesse concorrido para ela.

18. – Por sem dúvida a Administração atua legitimamente ao fulminar seus atos viciados. Mas, tais atos são, normalmente, fontes geradoras de conseqüências. Vale dizer: não se apresentam como irrelevantes no universo jurídico. Justamente por isso é que se cuida de invalidá-los. Se fossem um nada, se não produzissem efeito algum, não haveria porque ocupar-se deles.

É um equívoco freqüente, mas nem por isso menos grave, a afirmação sedida de que os atos nulos não produzem efeitos jurídicos nenhuns. Correto seria o dizer-se que os atos inválidos não deveriam ser produzidos. Portanto não deveriam produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos e que produzem efeitos jurídicos. Podem até produzi-los “per omnia secula”, se o vício não for descoberto ou se ninguém os impugnar. De resto, mesmo depois de invalidados, geram ou conservam uma série de efeitos. Assim, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa fé. É o que sucede quanto aos atos praticados pelo chamado “funcionário de fato”, consoante universal consenso. O próprio “funcionário de fato” tem resguardados os vencimentos que percebeu ao longo do tempo em que exerceu a função pública. Além disto, os atos inválidos geram, como conseqüência jurídica, a responsabilidade patrimonial pelos danos que causaram a terceiros.

19. – Precisamente porque os atos inválidos não são irrelevantes no universo jurídico – mas, pelo contrário, são fontes de inúmeras conseqüências – a Administração não pode ignorar os efeitos que ela mesmo fez gerar ao incorrer em ilicitude, sobretudo quando ulteriormente a corrige. Portanto, quando procede, corretamente, à restauração do direito – fulminando seus atos viciados – não pode desconhecer os resultados de sua ilicitude, nem alhear-se dos eventos que promanaram daquele seu comportamento injurídico cuja supressão deseja efetuar.

Isto é: desassiste-lhe transferir para a esfera patrimonial de outrem os danos que, em última análise, radicam-se no comportamento administrativo originalmente ilegítimo. Para suprimir aquilo que fez – e que não deveria ter feito – a administração necessita auto-inculcar-se a qualidade de transgressor do Direito. E,

ao fazê-lo, não é razoável, nem equânime, nem jurídico, que despeje sobre as costas de outrem – alheio àquela ilicitude – as consequências patrimoniais danosas advindas de sua própria ilegitimidade.

Por isso o Poder Público responde pelos danos patrimoniais causados pela anulação de licenças ilegitimamente concedidas, se o lesado não concorreu para a produção do vício.

20. – De resto, tal consequência não é mais que a aplicação singela da regra do art. 107, do Texto Constitucional brasileiro, segundo cujo teor:

“As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”.

A amplitude desta dicção deixa manifesto que o Poder Público não se pode correr de indenizar os particulares quando seus atos derem causa a danos patrimoniais gravosos a suas esferas jurídicas.

Registre-se, ademais, que a largueza da proteção constitucional, por força mesmo de seu teor, abriga hipóteses de danos por atos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos.

20. – Assim, é indenizável o dano causado em decorrência do nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas técnicas, mas por força do qual algumas casas ficam alocadas em nível inferior ao leito carroçável, ou, de revés, em nível muito superior a ele, sofrendo por isso acentuada desvalorização. Tem-se aí comportamento material lícito do Estado, que, todavia, assujeita-o ao dever de indenizar. É igualmente indenizável o dano que resulta da colisão de um veículo do Governo, dirigido com imprudência e imperícia por agente público, com um automóvel de terceiro. Nesta hipótese tratar-se-á de comportamento material ilícito. É ainda passível de indenização o prejuízo que sofra o proprietário de um edifício para garagens de automóveis, regularmente licenciado, se o Poder Público entender de faltar à circulação de veículos o perímetro central da cidade, onde esteja alocado o prédio inobstante o ato seja expedido em nome de interesse público atinente à boa circulação do trânsito e tranqüilidade dos moradores. Cogita-se, neste caso, de responsabilidade estatal por ato jurídico legítimo.

É também indenizável o dano sofrido por um particular em decorrência de injurídica proibição de circulação de um número de jornal ou revista, decidida sem que comparecessem razões de direito procedentes. Trata-se, na hipótese, de responsabilidade estatal por comportamento jurídico ilegítimo.

21. – No direito brasileiro, à moda do que sucede em todos os países civilizados, por força do Estado de Direito e em consequência do princípio da legalidade ou do princípio da igualdade, o Estado também se encontra adstrito a

reparar os danos que inflija a terceiros. No Brasil, sobretudo, doutrina e jurisprudência têm honrosa tradição, neste particular, pois sempre propugnaram posições evoluidas e acobertadoras da situação das vítimas.

Particularmente desde a Constituição de 1946, ante a clareza e amplitude dos artigos 194 (Constituição de 1946), 105 (Carta de 1967) e o atual 107 (Carta de 1969), encontra-se consagrado, de maneira inobjetable, princípio amplo da responsabilidade estatal, o que veio dispensar magistrados e doutrinadores de maiores construções teóricas para a defesa dos lesados por atos de pessoas públicas.

22. – É de lógica inconfutável a lição proferida pelo eminente administrativista Ministro SEABRA FAGUNDES ao ensinar, em parecer no qual versou o tema da responsabilidade pública pela anulação de licença para construir:

“Temos que se decisão judicial vier a dar por válido o ato anulatório, o Estado responderá pelas perdas e danos advindos do licenciamento indevido. A obrigação de indenizar resulta de culpa do serviço público, que a sentença não exclui, antes constata, ao ter como nula a concessão de licença feita com todos os trâmites, inclusive a audiência dos diferentes órgãos de assessoramento. Os prejuízos sofridos pela consulente serão resultado de mau funcionamento do serviço público, em cuja eficiência confiou de boa fé, elaborando projetos, adquirindo material, contratando pessoal e serviço, dando início à obra” (Revogação de licença para construção – “Direito à Indenização”, RDP 16, pág. 103).

23. – Outro jurista ilustre, o preclaro prof. SERGIO FERRAZ, tendo em pauta o tema licitação, deixou averbadas esplêndidas lições sobre a responsabilidade do Estado – e consequente dever de indenizar – em razão da anulação de atos administrativos. Disse o ilustre professor de direito administrativo da PUC do Rio de Janeiro:

“A súmula 473 do Supremo Tribunal Federal acabou por pacificar alguma divergência jurisprudencial que havia sobre o tema, afirmando, com todas as letras, que a administração deve anular e pode revogar (ou seja, deve anular por vício de ilegalidade, pode revogar por juízo de conveniência) os atos administrativos. Entretanto, essa revogação ou essa anulação não se fazem impunemente.

No estatuto de boa fé que se estipula entre o licitante e o licitador está, necessariamente, compreendida a idéia de que, aquele que provoca prejuízo a outro, deve responder por esses prejuízos. A administração pública pode revogar por conveniência uma licitação, mas cabe a ela indenizar todos aqueles que sofreram despesas, prejuízos, ônus ou encargos com o procedimento licitatório.

A administração deve anular, por vício de ilegalidade no procedimento licitatório, mas incumbe-lhe, realmente, indenizar todos aqueles que tenham sofrido prejuízos, desde que não tenham sido aqueles que deram causa à ilegalidade. Não tenho a mínima dúvida em afirmar que a reparação que a administração pública deve, em casos de revogação e de anulação, é a reparação integral" (Licitação, obra coletiva, Fundação Dom Cabral em coedição com Consultoria Editorial Ltda., págs. 206/207).*

23. – Tratando especificamente da anulação de licença para construir, a ilustrada procuradora municipal, doutora LUCIA VALLE FIGUEIREDO, em sua esplêndida monografia pré-citada, indica que se não de distinguir duas hipóteses: o caso de haver vício na expedição da licença por culpa exclusiva da Administração e o caso da concorrência de culpa. Sustenta, chamando à colação justamente os dois autores "supra" citados, que a Administração não pode se eximir de indenizar o administrado quando anula licença irregularmente expedida, se foi ela que incorreu em vício (op. cit., págs. 100 e 101).

24. – Em síntese: seria incompatível com o princípio da igualdade e com a própria noção de Estado de Direito, eximir-se o Poder Público de responder pelos prejuízos patrimoniais que sua conduta viesse a causar, quando da anulação de ato administrativo ilegítimo. Quem é estranho à ilegitimidade não pode arcar com os prejuízos que nele se originam e passam a desencadear-se a partir da anulação. O art. 107 da Lei Maior impede ao Poder Público evadir-se ao dever de repará-los.

25. – Tudo quanto se disse a respeito do dever público de indenizar, nos casos de anulação de licença a cujo vício seja estranho o particular, aplica-se, com maior razão, quando a anulação decorre de mudança de interpretação administrativa sobre a legislação em que se embasou para licenciar a obra.

É que o Poder Público não pode sobretudo em face da presunção de legitimidade dos atos administrativos "retro" mencionada deixar o administrado em situação instável, movediça, pendente de oscilações na interpretação das regras jurídicas que aplica.

Ao respeito HELY LOPES MEIRELLES teceu o seguinte comentário:

"Também não se justifica a invalidação do alvará por mudança de orientação administrativa, ou nova interpretação das normas edilícias de

(*) As judiciosas lições do prof. SÉRGIO FERRAZ, aqui expostas, levaram-nos a rever afirmação errônea que expressamos em obra monográfica sobre "Licitação", recém editada (Ed. Revista dos Tribunais, 1980), conquanto redigida em fins de 1978. Nela repetimos, sem fundamentação, a assertiva corrente e cediça, mas incorreta, de que a anulação de licitação não acarreta para o Poder Público nenhuma obrigação de indenizar.

construção, pois o critério anterior é válido para as licenças expedidas e gera direito subjetivo à sua manutenção" (Direito de Construir cit. pág. 180).

O consagrado mestre CAIO TÁCITO, senhor de lições serenas, reportando-se a um precioso trabalho do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, CARLOS MEDEIROS SILVA (Rev. de Dir. Administrativo, vol. 109, pág. 278) averbou em parecer de grande fôlego.

"A doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro, expressa em mais de 20 anos de iterativo entendimento, como documentou CARLOS MEDEIROS SILVA, é igualmente no sentido de que as modificações da jurisprudência administrativa não podem abalar os atos consumados, geradores de direitos subjetivos com desrespeito a situações definitivamente estabelecidas" (Parecer "in" Revista de Direito Administrativo, vol. 114, págs. 469/470).

26. – Segue-se que, desconsiderado o dever administrativo de respeito às licenças anteriores, expedidas com base em determinada interpretação razoável da legislação vigente, os prejuízos que resultem dos atos que as anularam são necessariamente indenizáveis.

A Administração falece o direito de irrogar aos particulares consequências patrimoniais lesivas por força de sua própria mudança de interpretação das leis.

Donde, os prejuízos que causar aos administrados, por anular licenças em decorrência da alteração de inteligência dos dispositivos pertinentes, acarretam responsabilidade pública, obrigando o Poder Público a indenizar os titulares das licenças suprimidas.

III – SÍNTESE CONCLUSIVA

27. – À vista das considerações anteriores, procede sumular conclusões que decorrem das premissas implantadas:

a) A licença para construir é ato vinculado pelo qual o Poder Público, reconhecendo o ajuste de uma pretensão jurídica à esfera de direitos outorgada pela lei, proclama este ajuste e libera o interessado para efetuar a edificação pretendida;

b) A licença é ato unilateral, deferida a instâncias do postulante, mas que corresponde a um dever e a um poder do Município;

c) A licença não é ato precário, mas, contrariamente, estável, seja por seu caráter recognitivo de direito pré-existente, seja pelas relevantes conseqüências patrimoniais que nela se vêem implicadas;

d) A licença é o ato de eficácia real e não pessoal, adere ao terreno e por isso transmite-se automaticamente aos sucessores com a só alienação do imóvel;

e) Como ocorre com os atos administrativos em geral, a licença goza de presunção de legitimidade. O Administrado tem o direito de supor regulares os comportamentos que pratique na conformidade da licença, pois está afiançado por uma declaração da Administração Pública e protegido pela decisão contida no ato;

f) A Administração falece o poder de revogar, isto é, extinguir por motivos de conveniência e oportunidade, licença regularmente expedida, seja porque não pode ferir direito adquirido, seja porque não pode emitir juízo discricionário em matéria onde a competência é vinculada. Se o fizer estará contrariando aquilo que decidiu nos termos da lei e não comporta legalmente outra solução salvo a adotada;

g) A Administração também é vedado suprimir licença regularmente expedida, no caso de superveniência de lei que estabeleça disciplina incompatível com a licença expedida nos termos da legislação precedente, pelo menos no caso de já haver sido iniciada a construção. O interessado tem direito adquirido ao prosseguimento da obra, protegido que está pelo artigo 153, § 3º, da Carta Constitucional;

h) Se a Administração necessitar desconstituir a licença por razões de interesse público, tanto no caso de juízo administrativo sobre conveniência e oportunidade, quanto no caso de superveniência de lei incompatível com a persistência da situação anterior, deverá **expropriar aquele direito de construir expressado na licença**, na forma do art. 153, § 22, do Texto Constitucional, cujos termos impedem outra solução;

i) Se a licença houver sido irregularmente expedida, o Poder Público pode anulá-la, mas não pode desconhecer os danos patrimoniais que causou a quem, com base nela e sem haver dado causa ao vício jurídico, sofreu prejuízos ao atuar em sua conformidade;

j) Se o Poder Público revogar, cassar, suprimir licença, seja por razões de conveniência, seja por superveniência de lei incompatível, seja por vício não imputável ao particular, fica obrigado a indenizar cabalmente os prejuízos que disto resultem para o lesado. O art. 107 do Texto Constitucional, que dispõe sobre a responsabilidade do Estado, assegura aos lesados por ato do Poder Público completa reparação;

k) Seria injurídico, (ademais de injusto e imoral) evadir-se o Poder Público às conseqüências de sua própria ilegitimidade. O princípio da legalidade ou o princípio

da igualdade e até mesmo a estrutura básica do Estado de Direito, conatural a ele, impedem que o Poder Público lance sobre os ombros do administrado as conseqüências detrimntosas oriundas de sua própria ilegitimidade;

1) A Administração desassiste, por alterar sua própria interpretação razoável dos dispositivos legais, fundando-se em novo critério interpretativo, anular licenças de construções expedidas, mormente no caso de edificações já iniciadas;

m) Se a Administração anular, por mudança de critério interpretativo, licença já deferida, responderá integralmente, segundo os termos do artigo 107, do Texto Constitucional, pelos danos causados a quem atuou na conformidade da licença expedida;

n) Seria injurídico, por ofensivo à presunção de legalidade dos atos administrativos, ao princípio da boa-fé, que necessariamente deve presidir o comportamento da Administração, e ao dever de firmeza que deve acompanhar os atos administrativos, eximir-se às conseqüências de suas decisões. E, fora do Direito, seria iníquo e contrário aos padrões mínimos de um Estado minimamente ético, procedimento deste jaez.

LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO EXISTÊNCIA DE SERVIDÃO NORMAS APLICÁVEIS

ARNOLDO WALD
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor Catedrático na Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Livre docente na Faculdade de Direito da Uni-
versidade Federal do Rio de Janeiro e na
Universidade Federal Fluminense

- DOS FATOS

1. Em 20.11.1976, vários proprietários de unidades autônomas do Edifício "Chopin-Prelude-Balada", situado na Av. Atlântica nº 1782, requereram ao Prefeito do Município do Rio de Janeiro que fosse reexaminado o projeto de construção do Copacabana Palace Hotel, em virtude de conflitar com os direitos de servidão atribuídos aos requerentes.

2. No item 2 da petição, salientam os interessados que

"o projeto apresentado prevê um embasamento na área ocupada presentemente pela piscina e pela pérgula, com altura de seis metros, destinada à circulação de automóveis, em razão de que os espaços livres seriam fechados".

3. Alegam os requerentes que, assim sendo, o projeto fere o direito de servidão devidamente inscrito no Registro de Imóveis, de acordo com o qual os proprietários do prédio onde vai ocorrer a construção se obrigaram a não efetuar numa faixa do mesmo

"quaisquer construções, exceto uma **passagem coberta**, ligando o Palace Hotel Copacabana ao futuro edifício do novo hotel a ser construído nos fundos do terreno".

4. Ainda entendem os requerentes que, realizada pela Companhia de Hotéis Palace a construção da cobertura em forma de L, não poderia a empresa modificá-la, tendo ficado exaurido o seu direito. Acrescentam que, numa das escrituras posteriores, na qual foi parte a Companhia de Hotéis Palace S. A., ficou esciarcido que a servidão de não construir tinha como única exceção a existência de "uma passagem coberta já levantada".

5. A fls. 27, o Diretor-Geral do Departamento de Edificações esclareceu que, ao despachar o pedido de licença deferido em 23.9.1976,

a) considerou a existência da servidão, permitindo passagem coberta cujas características, inclusive quanto ao dimensionamento (dimensões da projeção horizontal e altura), não parecem definidas com maiores detalhes;

b) condicionou a concessão da licença ao respeito dos direitos de terceiros;

c) esclareceu que, na forma da lei, o licenciamento de obras não importa em autorização para sua execução, quando feridos direitos de terceiros.

c) esclareceu que, na forma da lei, o licenciamento de obras não importa em autorização para sua execução, quando feridos direitos de terceiros.

6. Concluiu, afirmando que desconhecia, na época, qualquer reclamação de terceiros e que a escritura junta a fls. 14 e seguintes não vinculava a Companhia de Hotéis Palace, que nela não interveio, tratando, inclusive, de prédio vizinho.

7. Em 10.12.1976, o processo foi remetido à Procuradoria-Geral do Estado para dar parecer.

II. DA POLÊMICA

8. Duas são as questões básicas em que as partes se confrontam na interpretação da servidão de não construir.

9. A primeira se refere ao dimensionamento da cobertura permitida pela escritura de servidão. Trata-se de saber até que ponto o atual projeto, que prevê a circulação de automóveis e um embasamento de seis metros na área presente-mente ocupada pela piscina e pela pérgula, se coaduna com a autorização de construir uma cobertura na passagem que liga a parte da frente do prédio (atual Copacabana Palace) ao edifício dos fundos (atual anexo).

10. A segunda questão consiste em saber se o modo atual de utilização da servidão pode ser modificado pelo proprietário do prédio serviente de modo unilateral, sem ter ouvido previamente os proprietários do prédio dominante.

III. DA INTERPRETAÇÃO DA ESCRITURA

11. A interpretação técnica de expressão "passagem coberta" refoge um pouco à competência da Procuradoria-Geral, podendo ser esclarecido pelo Departamento de Edificações se ela pode abranger ou não a circulação para automóveis prevista no projeto e as demais modificações que o projeto vai trazer ao panorama local.

12. À primeira vista, devemos admitir que, tratando-se de uma exceção à regra, a sua interpretação deve ser restritiva. Efetivamente, a escritura proíbe que se levante no terreno "quaisquer construções" e admite, excepcionalmente, a passagem coberta. *Ipsis verbis*, "exceto uma passagem coberta". Ora, é norma de hermenêutica que as exceções devem sempre ser interpretadas de modo restritivo.

13. O elemento histórico nos leva, aliás, à mesma conclusão, pois a escritura é de 1943 e o que as partes pretendiam, na época, era a possibilidade de cobrir a área de circulação de pedestres e a pérgula, onde funcionava e ainda funciona o serviço de restaurante, com a única finalidade de proteger os hóspedes contra a chuva e o sol. Aparentemente, não se concebia, naquele momento, a passagem de veículos no local e a construção de cobertura para tal finalidade.

14. Se, todavia, na linguagem técnica a expressão "passagem coberta" admite uma interpretação mais ampla que se coadune com as inovações do projeto, a matéria poderá ser esclarecida mais adequadamente pelo Departamento de Edificações.

IV. DA MODIFICAÇÃO DA SERVIDÃO

15. Os requerentes de fls. 2 e seguintes entendem que, levantada a cobertura, exauriu-se o direito do proprietário do prédio serviente em relação ao direito de construir na área *non aedificandi*. No item 7 da petição de fls. 3, consideram os titulares do direito de servidão que o direito de construir se esgotou, invocando, neste sentido, a existência de escrituras que se referem, como única exceção o dever de não construir, a uma "passagem coberta já levantada" (fls. 3, itens 6 e 7).

16. Quanto à escritura, junta a fls. 14 e que, a fls. 16 verso, se refere à "passagem coberta já levantada", devemos salientar que, como lembrado pelo Departamento de Edificações a fls. 29, a Companhia Hotéis Palace não foi parte, nem interveniente, no mencionado documento, que assim não pode criar direitos nem deveres, sendo, para a citada empresa, "res inter alios acta".

17. O problema de se ter esgotado ou não o direito de construir da Cia. Hotéis Palace também nos parece discutível. O argumento básico na matéria não consiste no fato de se ter esgotado o direito, mas de não poder ser violado o direito dos titulares da servidão. Nada impediria que a Cia. demolisse a atual cobertura e

fizesse outra desde que não agravasse a situação dos vizinhos. O ponto fundamental não nos parece ser, pois, o de se ter esgotado o direito de construir da Cia. Hotéis Palace, mas de não poder ocorrer uma modificação em detrimento dos vizinhos. Acresce que a construção existente constitui um importante elemento de interpretação da vontade das partes no momento em que constituíram a servidão. A hermenêutica considera como relevante na maneira de interpretar os atos jurídicos, a forma pelo qual os mesmos foram executados durante longo tempo pelas próprias partes. Assim, a título de simples aplicação analógica, podemos citar o art. 131, III do Código Comercial de acordo com o qual.

"O fato dos contratantes, posterior ao contrato que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato".

18. Trata-se, no caso, de servidão de não construir ou de não levantar mais alto (*altius non tollendi*), que tem como objeto garantir o direito de luz ou de vista dos proprietários do prédio dominante.

19. Ora, é princípio geral do direito das servidões que o proprietário de prédio serviente é obrigado a abster-se de qualquer procedimento que possa embaraçar o seu uso ou diminuir-lhe as vantagens (V. Lafayette Rodrigues Pereira, **Direito das Coisas**, 2ª edição, Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, pág. 278). Por outro lado, a mudança de local (ou de dimensão) da servidão não pode ofender as comodidades do prédio dominante (Lafayette, **obra citada**, pág. 279).

20. Há consenso da doutrina e da jurisprudência no sentido de que as servidões devem ser exercidas *civiliter*, isto é, de modo a compatibilizar o exercício dos direitos do dono do prédio serviente e os do prédio dominante. O que beneficia uma das partes sem prejudicar a outra deve ser admitido, na lição de Pardessus, para que, em matéria de servidão: **Quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id obligatus est** (Ap. Didimo Agapito da Veiga, **Direito das Coisas** in Manual do Código Civil, vol IX, 1ª parte, Rio, Tip. do Jornal do Comércio, 1925, pág. 355). Assim sendo, uma vez alcançado o equilíbrio, nenhuma modificação pode onerar a situação de qualquer uma das partes, sem que haja acordo prévio entre os interessados.

21. Quanto às modificações da localização da servidão, esclarece o art. 703 do Código Civil que:

"Pode o dono do prédio serviente remover de um local para outro a servidão, contanto que o faça à sua custa não diminuindo, em nada, as vantagens do prédio dominante".

22. Embora o artigo 703 se refira mais diretamente à servidão de passagem, entendemos que é aplicável à presente hipótese em que se discute, no fundo, uma modificação da servidão, com um redimensionamento da "cobertura" de passagem.

23. A doutrina e a jurisprudência interpretando o art. 703 concluem que a modificação nunca pode ser unilateral, dependendo de acordo dos proprietários do prédio dominante ou de decisão judicial.

24. Já era a lição de Clóvis Bevilacqua, que a respeito se manifestou nos seguintes termos:

"Se essa mudança causar prejuízo ao titular da servidão, poderá ele opor-se" (Clóvis Bevilacqua, **Direito das Coisas**, 3ª edição, Rio, Freitas Bastos, 1951, vol. I, § 75, II, pág. 320).

25. Didimo Agapito da Veiga também esclarece que a divergência entre titulares do prédio dominante e do prédio serviente, no caso de remoção da servidão, deve ser resolvida pelo Juiz. (Didimo Agapito da Veiga, *ob cit.* pág. 359).

26. Mais recentemente, Washington de Barros Monteiro pondera a respeito que:

"Com efeito, a mudança não se efetua discricionariamente pelo dono do prédio serviente. Cumpre seja ela PRECEDIDA DE ACORDO DOS INTERESSADOS. Na falta de acordo, RECORRERÃO ESTES AOS TRIBUNAIS, que dirão a última palavra. AO DONO DO PRÉDIO SERVIENTE NÃO SE PERMITE, POR SUA EXCLUSIVA AUTORIDADE, consultando apenas os próprios interesses, EFETUAR A REMOÇÃO DO LOCO SERVIENS A REVELIA DA JUSTIÇA E DO DONO DO PRÉDIO DOMINANTE" (**Direito das Coisas**, 5ª edição, 1963, S. Paulo Saraiva, pág. 273).

27. Idêntica é a posição de Pontes de Miranda que entende ser necessária ação judicial para a remoção da servidão. No seu **Tratado**, invoca o eminente civilista a jurisprudência dominante concluindo que:

"Alguns julgados são explícitos em exigirem a ação de modificação do exercício (ação de mudança) se não há acordo (1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de setembro de 1943, R. dos T. 146, 216; 2ª Câmara Civil, 17 de fevereiro de 1933, 85, 385): ...**devendo, porém, essa mudança ser requerida, e não feita ao arbitrio da parte**", 1ª Câmara Civil, 2 de setembro de 1947, 1970, 638: "... **não podia ser feita discricionariamente, como o foi, satisfazendo unicamente ao interesse dos autores**. Impunha-se prévio acordo entre estes e o réu e não conseguindo isso, deveria ficar provado que a remoção pretendida em nada prejudicaria o dono dos prédios dominantes, nem o exercício da servidão" (Pontes de Miranda, **Tratado de Direito Privado**, Vol. XVIII, 2ª edição, Rio, Borsoi, 1957, pág. 381, § 2.226, 2).

28. Outros autores também exigem, no caso, que a remoção seja precedida de acordo entre as partes ou de decisão judicial (V Silvio Rodrigues, **Direito Civil**, vol. 5, S. Paulo, Saraiva, 4ª edição, pág. 275 nº 160).

29. A jurisprudência é mansa e pacífica na matéria subordinando sempre a remoção ao acordo entre as partes interessadas ou à decisão judicial (**Revista dos Tribunais**, vol. 85, pág. 385; vol. 77, pág. 521 e vol. 170, pág. 238).

30. Em voto que proferiu no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Orozimbo Nonato condenou os excessos e as agravações do ônus praticados tanto pelos titulares do prédio dominante como do prédio serviente, invocando a lição do Maunz para quem:

"Le propriétaire de la chose assujétie ne peut rien faire qui tende à emprèscher ("usage de la servitude ou à la rendre la plus incommode". (Ap. Voto do Ministro Orozimbo Nonato no RE nº 10.883-BA de 14.10.1947 in **Arquivo Judiciário** vol. 85, pág. 322).

31. Concluimos que a modificação da cobertura depende de prévio acordo entre as partes, ou de sentença judicial, conforme entendimento dominante da jurisprudência e da doutrina.

V. DOS EFEITOS DA CONCESSÃO DA LICENÇA

32. Não há dúvida que a licença concedida para construir a Cia. Hotéis Palace constituiria, em tese, um direito adquirido, que, aliás, decorreria da simples decisão da consulta, nos termos do art. 2º, § único do Regulamento de Licenciamento, como salientou o Procurador-Geral do Estado, no parecer que consta a fls. 14 e seguintes do processo anexo de nº 07/106.796/74, no qual invoca também o parecer 53/73 do Procurador Sabino Lamego de Camargo.

33. A jurisprudência não tem admitido a revogação do ato administrativo que gerou direito subjetivo conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 4.609 (RDA vol. 53/167) e nos Recursos de Mandado de Segurança nº 3.791 (RDA vol. 51/277-281) e nº 1.944 (RDA, vol. 48, pág. 130), trazidos à colocação por Seabra Fagundes no seu excelente parecer publicado na **Revista de Direito Público**, vol. 16 pág. 101.

34. A irrevogabilidade do ato jurídico perfeito não deve, todavia, ser confundida com a impossibilidade de anular o ato viciado, pois, como bem salientou Mestre Hely Lopes Meirelles, na sua excelente monografia sobre o direito de construir,

"os atos administrativos ilegais e a CONDUTA ILEGÍTIMA DO PARTICULAR NÃO GERAM DIREITO ALGUM PARA O BENEFICIÁRIO DA ILEGALIDADE".

(Hely Lopes Meirelles, **Direito de Construir**, 2ª edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 388).

35. Já o Ministro Pedro Lessa ponderava na matéria que:

"Não há disposição de lei, nem princípio de direito que veda à Administração a reforma ou cassação dos seus atos ilegais, visto como de tais ato nenhum efeito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal" (Ap. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, vol. 13, pág. 166).

36. O Supremo Tribunal Federal consolidou a sua jurisprudência na matéria na Súmula nº 346 de acordo com a qual:

"A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

37. Aplicando o princípio em matéria de licença de construção, o Excelso Pretório tem entendido que, quando concedida irregularmente, com violação da lei, a licença pode ser legitimamente anulada (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 32, pág. 669).

38. Ora, no presente caso foi reiterado pela Companhia Hotéis Palace que a licença respeitaria os direitos dos terceiros, titulares de servidão. A autoridade administrativa exigiu uma declaração específica neste sentido que consta a fls. 2 da pasta anexa que contém as plantas de nºs 1 a 10. O mencionado documento tem o seguinte teor:

"Companhia Hotéis Palace
Declaração

Declaramos, a quem interessar possa, estarmos cientes dos direitos da vizinhança, com relação a servidão a que se refere a inscrição feita no registro geral de imóveis - 5º Ofício, no livro 4-D, às folhas 213 sob o nº 2.130, e ao que consta averbado à margem da referida inscrição de servidão, sendo nossa intenção respeitá-los, assumindo INTEIRA RESPONSABILIDADE, NO CASO DE QUE, EM DECORRÊNCIA DO LICENCIAMENTO DAS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DE EDIFICAÇÃO CONSTANTE DO PROCESSO Nº 07/295.507/74 VENHAM A FERIR DIREITOS DE TERCEIROS.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1976.

Assinado: Maria Isabel Rodrigues Pereira Guinle, Diretor-
Presidente e Luiz Eduardo Guinle, Diretor Vice-Presidente".

39. No pedido de licença, a firma Gabarito Projetos e Empreendimentos Ltda. também afirmou, por sua vez, que pretendia respeitar "o convênio existente com os prédios vizinhos" (fls. LXII do processo anexo nº 07/000.781/74).

40. No despacho de fls. 61/62, o Diretor-Geral do Departamento de Edificações salientou que era **condição da concessão da licença** a apresentação, pelos proprietários, de declaração na qual assumiriam toda responsabilidade no caso de serem violados direitos de terceiros.

41. Para a própria decisão da consulta prévia, foi suscitado o problema da servidão no parecer do Dr. Waldimir Alves de Souza, que consta a fls. 15 do processo 07/106.769 apensado ao presente.

42. Acresce que a legislação estadual sobre a matéria define a função do Departamento de Edificações, determinando o art. 3º e respectivo parágrafo da Lei nº 1.574 de 11.12.1967 que:

"As repartições do Estado cabe apenas o encargo do exame de projetos, cálculos e memoriais a elas apresentados para autorização do licenciamento das obras decorrentes.

Nessa verificação, será examinado, nos seus pormenores, o atendimento do que estabelece esta lei em sua regulamentação para o que serão feitas as exigências ao seu cumprimento.

Parágrafo único. Uma vez enquadrados nos preceitos da presente lei, os documentos e desenhos que constituem os projetos, cálculos e memoriais serão visados pela repartição competente, não cabendo ao Estado qualquer responsabilidade pelo mau uso dos mesmos".

43. Por sua vez, o art. 16, parágrafo 2º, do Regulamento de Licenciamento e Fiscalização completa a norma legal acima transcrita esclarecendo que:

"O licenciamento da obra não importa em autorização para a sua execução, desde que venha ferir direitos de terceiros".

44. A Procuradoria-Geral tem, todavia, entendido que não deve ser aprovada licença de construções sem que o requerente prove a titularidade do domínio ou outra situação legal que o autorize a construir no local, de acordo com o direito civil. No caso de modificação de servidão, o entendimento dominante na Procuradoria é no sentido de se exigir a concordância do titular do prédio dominante ou uma decisão judicial que permita a modificação requerida. Assim se manifestou o ilustre Procurador Barbosa Lima Sobrinho, em parecer publicado na **Revista da Procuradoria**, vol. 11, pág. 248, no qual afirmou:

"Admite-se, não obstante, a mudança de servidão ou a sua alteração, mas sempre de acordo com a obrigação que as orienta e rege; desde que em nada ofenda as comodidades dos prédios dominantes. Não podemos dizer que seja esse o caso, nem que a Prefeitura possa atender apenas à tese ou conveniência de uma das partes, nem ser o juiz desse litígio. **Desde que se trata de uma servidão, ANTES DE APROVAR O PROJETO QUE ATINGE OU MODIFICA, CABE À PREFEITURA CONVIDAR O REQUERENTE DA OBRA A PROVAR A CONCORDÂNCIA DOS PROPRIETÁRIOS DOS PRÉDIOS DOMINANTES, DESDE QUE NÃO HAJA ESSA CONCORDÂNCIA, A QUESTÃO DEVE SER DECIDIDA NA ESFERA PRÓPRIA, QUE É A JUDICIAL, ABSTENDO-SE A PREFEITURA DE QUALQUER ATO QUE IMPORTE NA ALTERAÇÃO DO STATU QUO**". (*Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 11, pág. 248).

45. Assim, no presente caso, deveria ter sido exigida, previamente a concordância dos titulares da servidão. Ao que parece, tal medida não foi tomada, pois os requerentes da construção afirmaram, desde logo, que pretendiam respeitar os direitos dos vizinhos relativos a servidão, dando a entender que o projeto não conflitava com o direito de servidão ou que existia a concordância dos vizinhos para a construção na forma em que pleiteavam fosse aprovada.

V. CONCLUSÕES

46. Verificando-se, agora, que inexistente tal concordância e que, aparentemente, há dúvida suficiente para que se justifique um réexame da matéria, entendemos que a Procuradoria-Geral pode propor que se conceda um prazo razoável para que os requerentes comprovem que o projeto não viola os direitos dos titulares de servidão ou façam as necessárias adaptações ao seu projeto, a fim de respeitar os mencionados direitos, sob pena de ser anulada a aprovação do projeto".

ASSUNTOS MUNICIPAIS

REAJUSTE DOS SUBSÍDIOS E VERBA DE REPRESENTAÇÃO DO PREFEITO

RENIÇA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4316

PREFEITO E VICE-PREFEITO. SUBSÍDIOS E VERBA DE REPRESENTAÇÃO. FORMA DE ATUALIZAÇÃO DOS VALORES CORRESPONDENTES.

Consulta o Chefe do Executivo do Município de Santo Antônio da Patrulha se podem ou não ser reajustados "os vencimentos do Prefeito Municipal e Vice-Prefeito, a partir de 1º de novembro de 1979, no percentual de 31% (trinta e um por cento)". A indagação prende-se à alteração da tabela do salário mínimo, efetuada mediante o Decreto Federal nº 84.135, de 31.10.79, com vigência a partir de 1º.11.79.

No Município referido o Decreto Legislativo nº 01/76, datado de 20.12.76, estabeleceu, em seu art. 1º, os valores mensais da remuneração e verba de representação do Prefeito, para a legislatura de 1977 a 1981. No art. 2º desse diploma consta: "O total da remuneração e da representação serão anualmente acrescidos, por ocasião do reajuste do salário mínimo, de acordo com índices apontados à época, pelo Órgão Competente".

Por sua vez, o Decreto Legislativo (municipal) nº 01/78, de 19.09.78, assegurou, a partir de 1.08.78, a remuneração e verba de representação mensais ao Vice-Prefeito Municipal, correspondendo a 50% (cinquenta por cento) do valor mensal recebido pelo Prefeito Municipal (art. 1º). No art. 2º, esse decreto Legislativo explicita que "a remuneração e verba da representação serão reajustados anualmente em conformidade com o artigo 2º do Decreto Legislativo nº 01/76, que fixa a remuneração e verba de representação do Sr. Prefeito Municipal no quadriênio 1977 a 1981".

2. Passaremos ao exame da questão, reportando-nos ao Parecer nº 4200, de 29.10.79, desta Casa, emitido pela Procuradora Rosa Maria Peixoto Bastos, em que é ressaltado que, como garantia do princípio da independência dos poderes (cuja observância é obrigatória também nos Municípios), deve ser seguida a regra constitucional segundo a qual os subsídios e a verba de representação devem ser fixados ao final de cada legislatura, para viger na subsequente, e manter-se inalteráveis.

Essa inalterabilidade visa justamente a resguardar o Prefeito de influências do Poder Legislativo e, por isso, deve ser entendida com o sentido condizente com nossa realidade conjuntural. Para que os subsídios e a verba de representação se mantenham verdadeiramente inalteráveis devem conservar o seu valor real e não o nominal representado por cifras.

Esse aspecto foi assim colocado no Parecer nº 4.200 mencionado:

"Todavia, essa inalterabilidade do subsídio não exclui a possibilidade de o mesmo ser atualizado visando à conservação do seu valor real. A interpretação gramatical, nesse caso, é a que menos serve à aplicação dessa regra constitucional, pois o valor do subsídio que a Constituição deseja conservado é o real, não o nominal, esse de pouco significado diante de sua constante alteração. Se assim não fosse, o princípio da imutabilidade do subsídio no decurso da legislatura, exigido como garantia de independência do Executivo perante o Legislativo, transformar-se-ia em fator de empobrecimento do Prefeito e, conseqüentemente, também de desestímulo para o exercício do mandato, o que é inadmissível."

3. Visando a conservação do valor real do subsídio do Prefeito, já de longa data, tem sido indicadas pelos nossos mais renomados juristas algumas formas de atualização monetária para esse fim.

HELY LOPES MEIRELLES, por exemplo, condiciona a atualização à vinculação a um índice fixo (padrão de referência, UPC, percentual sobre a receita orçada, etc.). (Direito Municipal Brasileiro, 3ª edição, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1977, p. 799). Em pronunciamento publicado no Boletim do Interior nº 24, p. 16/17, de jan/mar. de 1971, da Secretaria do Interior do Estado de São Paulo, GERALDO ATALIBA entende válida a atualização das verbas remuneratórias dos Prefeitos mediante resolução das Câmaras Municipais, mesmo durante a legislatura em curso. Endossa esse jurista os argumentos de um Parecer emitido pelo Procurador do Estado de São Paulo ARMANDO MARCONDES MACHADO JÚNIOR no exercício de suas atividades no CEPAM (Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal), publicado na Revista de Direito Público nº 12, p. 316.

4. Nos dias atuais, parece pacífico o reconhecimento da necessidade de atualização das verbas remuneratórias dos titulares e substituto respectivo do Poder Executivo. Pode-se constatar isso pelo nosso direito positivo, que acolheu, de forma expressa, soluções anteriormente extraídas do sistema pelos juristas (mediante operações de exegese de certa complexidade), nem sempre aceitas.

Para a correção ou reajustamento da remuneração do Presidente e do Vice-Presidente da República, o Decreto Legislativo nº 75, 1º.12.78, estabeleceu em seu art. 3º:

"Os subsídios e a verba de representação, previstos nos artigos 1º e 2º serão reajustados a partir, inclusive de 1980, nas mesmas épocas e segundo as mesmas bases estabelecidas para os vencimentos dos funcionários federais".

No âmbito do nosso Estado, os subsídios e as verbas de representação do Governador e do Vice-Governador ficaram vinculados, para efeito de reajustamento, às mesmas épocas e às mesmas bases estabelecidas para os vencimentos do Presidente e Vice-Presidente da República (Decreto Legislativo estadual nº 3.822, de 05.12.78).

5. Quanto ao caso ora em exame, a atualização dos subsídios e da verba de representação foi prevista da seguinte maneira, pelo Decreto Legislativo (municipal) nº 01/76, de 20.12.76:

"Art. 2º – O total da remuneração e da representação, serão anualmente acrescidos, por ocasião do reajuste do Salário-Mínimo, de acordo com índices apontados à época, pelo Órgão Competente".

É de referir-se, inicialmente, que a utilização dos índices de reajuste do salário mínimo, como fator de correção monetária, foi proibida pela Lei Federal nº 6.205, de 29.04.75, nestes termos:

"Art. 1º – Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito.

§ 1º – Fica excluída da restrição de que trata o "caput" deste artigo, a fixação de quaisquer valores salariais, bem como os seguintes valores ligados à legislação da previdência social, que continuam vinculados ao salário mínimo: (...)

Entendemos que a remuneração do Prefeito e do Vice-Prefeito pode ter seu reajuste vinculado ao salário mínimo, por enquadrar-se a hipótese no § 1º do art. 1º da Lei nº 6.205/75. Não obstante a designação dada a essa remuneração (subsídios e verba de representação), não há dúvida de que é abrangida pela expressão "quaisquer valores salariais" do referido dispositivo, em vista de sua essência.

A propósito, é oportuno lembrar que o intérprete não deve apegar-se à literalidade do texto, mas procurar sempre o verdadeiro sentido imprimido à lei.

6. Com vistas à exegese do art. 2º do Decreto Legislativo nº 01/76 e hem assim o Decreto Legislativo nº 01/78, ambos do Município de Santo Antônio da Patrulha, vamos valer-nos da doutrina de Carlos Maximilião, extraída de sua obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito" (Freitas Bastos, 1941). Escreve esse autor

com apoio em François Geny, que "em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto". Portanto, o que importa é saber se existem elementos de convicção em sentido diverso da letra do texto.

Ambos os dispositivos em questão contêm a expressão "anualmente" a qual se liga ao reajustamento previsto com base no salário mínimo ("por ocasião do reajuste do salário mínimo, de acordo com índices apontados à época").

Na lição de Carlos Maximiliano, deve-se, na interpretação, proceder ao exame do dispositivo em si e em relação ao fim a que se propõe, assim como às circunstâncias específicas em que o legislador concebeu a lei e quis que ela obrigasse (obra citada, pág. 178 e 184).

7. Os dispositivos visam à atualização do valor da remuneração e da verba de representação, com base nos índices de reajustamento do salário mínimo. Quando as normas foram editadas, o salário mínimo era habitualmente reajustado uma vez por ano. Foi por essa razão (que é secundária), que o legislador usou a expressão "anualmente". Para que o fim visado pelo dispositivo seja atingido, a expressão em questão deve ser abstraída do texto.

Conforme as palavras de Carlos Maximiliano, "a norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi redigida" (obra citada, pág. 189).

Houve modificação em nossa realidade sócio-econômica, que determinou fosse alterada, duas vezes, no ano de 1979, a Tabela do salário mínimo, a fim de assegurar o valor real deste. As alterações foram efetivadas com base no § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, do seguinte teor:

"§ 2º - Excepcionalmente, poderá o salário mínimo ser modificado, antes de decorridos três anos de sua vigência, sempre que a Secretaria de Emprego e Salário reconhecer que fatores de ordem econômica tenham alterado de maneira profunda a situação econômica e financeira da região ou sub-região interessada".

A razão da alteração da Tabela do salário mínimo é a mesma pela qual se prevêem os reajustamentos da remuneração e da verba de representação do Prefeito e Vice-Prefeito, no art. 2º e o Decreto Legislativo nº 01/76 e no art. 2º do Decreto Legislativo nº 01/78. Para que seja atingido o objetivo desses diplomas, deve ser feita abstração da expressão "anualmente" (que consta de seus respectivos arts. 2º), porque essa expressão perdeu, no contexto, o seu significado, em virtude da mudança das circunstâncias que determinam os reajustes do salário mínimo.

No Município de Santo Antônio da Patrulha, o reajuste dos subsídios e da verba de representação do Prefeito e do Vice-Prefeito deve ser efetuado nas mesmas épocas e bases do reajuste do salário mínimo regional, em face do disposto nos Decretos Legislativos nº 01/76 e 01/78, respectivamente. Aplica-se, portanto, o percentual do reajuste do salário mínimo regional, a contar de 1º de novembro de 1979.

É o parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 13 de fevereiro de 1980.

PREFEITO NOMEADO

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4277

PREFEITO.

Servidor público estadual regido pela legislação trabalhista, nomeado prefeito de município declarado área de segurança nacional, tem direito a retornar ao emprego tão logo cesse o motivo determinante do afastamento.

Aplicação dos arts. 104 da Constituição Federal e 450 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O PREFEITO DE QUARAI, município considerado área de segurança nacional, deseja saber se o fato de haver sido nomeado para esse cargo não prejudicará o contrato de trabalho regido pela CLT, que mantém com a Secretaria Estadual de Saúde, para onde pretende retornar após o término do mandato.

É o relatório.

2. Trata-se de Prefeito nomeado pelo Governador do Estado, com prévia aprovação do Presidente da República, para chefiar o Poder Executivo de município declarado de interesse da segurança nacional, conforme prevê o art. 15, parágrafo 1º, letra "b" da Constituição Federal.

3. Tal circunstância o afasta do conceito tradicional de agente político destinado aos exercentes de mandato eletivo e o define como delegado da autoridade que o investiu na função.

4. Essa particularidade, todavia, não o afasta da incidência da regra do parágrafo 2º do art. 104 da Carta Maior, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 4 de junho de 1976:

"Art. 104 – O servidor público federal, estadual ou municipal, da Administração Direta ou Indireta, exercerá o mandato eletivo obedecendo as disposições deste artigo.

§ 2º – Investido no mandato de Prefeito Municipal, será afastado de seu cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração".

5. Inevitável, portanto, o afastamento do interessado de seu emprego na Secretaria da Saúde, e também, inquestionável o seu direito de opção entre a remuneração desse e os subsídios a que faz jus como Prefeito.

6. Tratando-se de servidor regido pela CLT, esse afastamento produz, na realidade, o desaparecimento temporário do pacto laboral, ou seja, a hipótese denominada de suspensão contratual, eis que se verifica a inatividade temporária de todas as cláusulas do contrato. Cessado o motivo determinante dessa suspensão, o empregado tem direito de retornar à posição anterior, voltando a vigorar o contrato original.

7. No caso em exame esse direito torna-se ainda mais evidente se atentarmos para o seguinte:

(a) o legislador constituinte, ao permitir a opção entre a remuneração do emprego e os subsídios do cargo de Prefeito, revelou expressamente essa intenção;

(b) sendo o requerente servidor estadual, o fato de ser nomeado Prefeito por ato do Governo do Estado que, em última instância, é o seu empregador, permite a aplicação, por analogia, do disposto no art. 450 da CLT, que diz:

“Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior”.

FACE AO EXPOSTO, concluímos que é assegurado ao requerente, na condição de Prefeito nomeado, além do direito de opção entre a remuneração do emprego que mantém com a Secretaria da Saúde e os subsídios do cargo ao qual foi guindado, também o de retornar à posição anterior tão logo desapareça o motivo que o afastou.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 28 de dezembro de 1979.

EXERCÍCIO CUMULATIVO DA VEREANÇA COM FUNÇÃO PÚBLICA

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.315

FUNCIONÁRIO-VEREADOR. Compatibilidade de horários. Art. 104, § 1º, 3º e 4º da Constituição Federal vigente. Exegese.
CONSTITUCIONALIDADE de Projeto de Lei que autorizasse a dispensa do funcionário, sem ônus, quando estivesse executando serviço de caráter extraordinário e não permanente relativo ao desempenho do mandato legislativo.

O Vereador JOSÉ EDSON LINK, da Santa Maria – RS, encaminhou sugestão ao Deputado NELSON MARCHEZAN, em Brasília, no sentido que fosse apresentado “Projeto de Lei que permita aos funcionários públicos que exercem o cargo de vereador, sejam dispensados de suas repartições, sem ônus quando estiverem a serviço da Câmara de Vereadores”.

Acrescenta, a seguir, que por diversas vezes “Os vereadores que são funcionários públicos são impedidos de prestarem serviços às Câmaras, nos horários normais de expediente e, principalmente em viagens, quando necessitam se deslocarem para outras cidades no caso de congressos, audiências com autoridades para tratar assuntos relacionados com o município, etc”.

No Gabinete do Deputado Federal, a sugestão foi encaminhada ao Líder do Governo na Assembléia Legislativa do Estado face às implicações que a matéria poderia acarretar para os Estados.

Por sua vez, a Assembléia solicitou orientação desta Procuradoria a respeito do assunto.

É o relatório.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 6/76 que deu nova redação ao artigo 104 da Constituição Federal vigente legitimou-se, quando até então era vedado, o exercício **cumulativo** e **remunerado** do mandato de vereador com cargo, emprego ou função pública, desde que houvesse **compatibilidade** de **horários** entre as duas atividades. Não obstante, na hipótese de ausência de tal compatibilidade horária, o §

3º, "in fine", combinado com o § 1º do mesmo art. 104 não abre outra possibilidade: o Vereador deverá, obrigatoriamente, licenciar-se do cargo, emprego ou função pública, com prejuízo dos respectivos vencimentos, contando, todavia, tal tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento (§ 4º do mesmo artigo). Nesta última, conforme já ficou assentado em diversos pronunciamentos desta Procuradoria, Pareceres nºs 3.423/76, 3.495/77 e 3.545/77 dentre outros, o funcionário-vereador perceberá, **exclusivamente**, os subsídios a que faz jus pelo exercício do mandato legislativo.

3. Conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES, a atribuição **precípua** do Vereador é a apresentação de projetos de leis, decretos legislativos e resoluções à Câmara, com a conseqüente participação na sua discussão e votação (**Direito Municipal Brasileiro**, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pág. 698).

A participação efetiva nos trabalhos das sessões das Câmaras Municipais constitui-se, portanto, na tarefa ordinária e principal da vereança. Daí, porque, a Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975 que estabeleceu critério e limites para a fixação da remuneração dos vereadores, em seu art. 2º, § 1º, dispõe que:

"A parte variável da remuneração não será inferior à fixa, e corresponderá ao comparecimento efetivo do Vereador e à participação nas votações". (grifei)

Preteceu, com isso, a lei fazer com que o vereador compareça às reuniões da Câmara e tenha participação efetiva nas votações.

De acordo, no entanto, com a exigência do preceito constitucional, mister é, para o exercício cumulativo da vereança com função pública, que as referidas sessões legislativas se realizem em horário não coincidente com o expediente normal de trabalho da repartição pública a que pertença o funcionário. Do mesmo modo, para participar de outras atribuições com caráter permanente, como por exemplo, integrar Comissões legislativas, de inquérito, técnicas, etc. necessária também se faz a compatibilidade horária. Apenas e excepcionalmente quando se cogitar de reuniões eventuais, de caráter extraordinário, tal exigência fica afastada. É o que ficou entendido em manifestação anterior deste Órgão contida no Parecer nº 3.545/77 publicado na Revista da Consultoria-Geral do Estado, vol. 18, pág. 175.

4. O mesmo critério há de ser adotado para o caso em tela. Assim, se os serviços e viagens aludidos possuem o caráter de excepcionalidade, eventualidade, constituindo-se em atribuições extraordinárias do exercício da vereança, não haverá óbice a que seja apresentado projeto de lei, mesmo estadual, a fim de que o funcionário-vereador possa executar tais tarefas de caráter não ordinário. Deverá, no entanto, o texto de lei ressaltar expressamente o caráter de eventualidade de tais serviços, sob pena de afrontar mandamento de hierarquia mais alta. Tal fato não pode significar a incompatibilidade horária prevista no final do § 3º do art. 105

da Constituição Federal, levando em conseqüência à aplicação do § 1º do mesmo artigo, isto é, o afastamento obrigatório da função pública durante o exercício do mandato legislativo.

De acordo com tal entendimento, a melhor exegese para a correta aplicação do texto constitucional é a que exige a compatibilidade horária como condição para o exercício conjunto da vereança com função pública apenas em relação às atribuições **normais, ordinárias** e de **caráter permanente** de ambas as atividades. Assim, aquelas que não possuem tais características não estão compreendidas no mandamento constitucional, não padecendo, por este motivo, de vício de inconstitucionalidade a norma legal que porventura dispensasse, de suas repartições, sem ônus, o funcionário-vereador que as executasse, face ao seu caráter episódico.

É de se ressaltar, por último, que inexistente, no âmbito da legislação estadual vigente, preceito legal neste sentido.

É, sub censura, o parecer.

PORTO ALEGRE, 13 de fevereiro de 1980.

EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO COM VEREANÇA

MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.356

VEREADOR.

Exercício de cargo público com vereança.

Art. 104, § 3º da Constituição Federal.

Impedimentos.

Art. 104, § 5º da Constituição Federal.

O Vereador SERGIO BLATTES, de Santa Maria, solicita um pronunciamento desta Procuradoria-Geral, **"sobre a possibilidade legal de o vereador, no exercício do mandato, assumir emprego, cargo ou função pública"**.

2. O exercício cumulativo da vereança com cargo público rege-se pelo disposto no art. 104 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada através da Emenda nº 6, de 4 de junho de 1976 e Emenda Constitucional nº 10, de 14 de novembro de 1977.

Nos termos do dispositivo constitucional ora invocado, ficou estabelecido:

"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. Não havendo compatibilidade, aplicar-se-á a norma prevista no § 1º deste artigo".

São destinatários desta norma os funcionários públicos que se elegendem vereadores. Neste caso é-lhes permitido acumular as vantagens dos dois cargos desde que haja compatibilidade de horários.

3. De outra parte, a norma contida no § 5º deste mesmo artigo aponta os **impedimentos** a que ficam sujeitos os detentores de mandato eletivo municipal, relativamente a cargos ou funções que venham a ocupar após assumirem o cargo eletivo.

Neste passo, estabelece o dispositivo constitucional:

“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”.

Os impedimentos marcados pelo parágrafo referido, são decorrentes do princípio da independência e harmonia dos poderes e visam assegurar o livre exercício dos mandatos eletivos. Em obediência a este princípio os membros do Órgão Legislativo não podem vir a ocupar cargos ou funções, no âmbito da administração municipal, que lhes venham a tolher o pleno exercício do mandato em razão de compromissos que venham assumir perante o Executivo, porquanto os cargos de confiança estão sujeitos ao **“nuto”** do Poder Executivo.

A **“contrariu sensu”**, os cargos providos por concurso público estão infensos às pressões e, neste caso, não há impedimento para que o vereador o assuma.

4. A questão proposta na consulta focaliza os impedimentos pois refere-se a vereador que se encontra no exercício e deseja saber da possibilidade legal de vir a ocupar cargo ou função pública.

Aplica-se, na hipótese, o § 5º citado, ressaltando-se que a vedação restringe-se a cargos em comissão e funções ou emprego da administração **direta ou indireta municipal**.

Diga-se que o preceito constitucional, na espécie, deve ser interpretado restritivamente cingindo-se exclusivamente às situações ali invocadas.

5. Sinal-se, ainda, que através da Emenda Constitucional nº 10 supra-referida, foi aberta uma exceção para o exercício de cargo comissionado, através do § 6º que foi acrescido ao art. 104, dispondo expressamente:

“Excetua-se da redação do parágrafo anterior o cargo de Secretário Municipal, desde que o vereador se licencie do exercício do mandato”.

6. Isto posto, concluímos:

A. O Vereador **não pode** ocupar cargo em comissão ou aceitar emprego ou função de confiança na administração pública direta ou indireta, municipal.

B. O Vereador poderá ocupar cargo público cujo provimento tenha sido feito através de concurso público.

C. O Vereador poderá exercer o cargo de Secretário Municipal, desde que se licencie da vereança.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 14 de abril de 1980.

CONTRATO DE LOCAÇÃO DE SERVIÇOS

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4337

Dispensa de autorização legislativa se verificada a existência de verba própria, antes aprovada.

A Câmara Municipal de São Sebastião do Cai, através de seu Vice-Presidente, no exercício da presidência remete a esta Procuradoria expediente contendo a seguinte indagação, **verbis**:

"Cumprindo deliberação do plenário desta Câmara, dirigimos consulta a esta douta Procuradoria acerca da regularidade da contratação, pelo Executivo, de profissionais liberais para serviços de assessoramento e outros, sem aprovação legislativa, nos moldes do contrato anexo por fotocópia".

Do exame do referido contrato infere-se que:

Trata-se de contratação de profissional liberal através de locação de serviços, de acordo com os arts. 1216 e seguintes do Código Civil Brasileiro;

O objeto do presente contrato é a elaboração de convênios, pareceres, contratos e serviços judiciários em que o Município for autor, réu ou parte interessada;

Os honorários são fixos mensais com reajustes semestrais, mais os que a parte contrária for condenada a pagar pelo princípio da sucumbência;

A vigência do contrato é de 09 de agosto de 1979 até 08 de janeiro de 1981, 17 meses, portanto;

Especifica a rubrica do orçamento pelo qual correrão as despesas do contrato.

É o relatório.

2. Para atender à consulta formulada é preciso explicar em partes.

A preocupação da Câmara de Vereadores é com a necessidade, ou não, de aprovação pelo Legislativo dos contratos firmados com profissionais liberais de acordo com os arts. 1216 e seguintes do Código Civil, ou seja, contrato de locação de serviços.

Quanto a esta questão cabe salientar que a contratação nessa modalidade é ato de gestão administrativa, é ato típico de administração e, por isso, é da competência exclusiva do Executivo, desde que haja dotação orçamentária destinada a cobrir a despesa originada. Se o legislador municipal aprovou verba específica para tanto, quando da votação do orçamento, se exauriu a competência do Legislativo sobre a matéria, devendo o Executivo se manter dentro do quantitativo e duração dos créditos à conta dos quais deva correr a despesa. Isso porque, conquanto tenha a Prefeitura Municipal competência para aplicação das rendas do Município, é princípio aceito de que os gastos da administração pública devam basear-se em recursos previstos e disponíveis.

3. No entanto outras considerações cabem a respeito da matéria, se bem que não sejam objeto da presente consulta, diretamente.

Impõe-se considerar que se trata de serviços técnicos profissionais especializados cuja contratação depende ou não de licitação, conforme se trate ou não de profissional de notória especialização.

Quando o profissional não for notoriamente especializado, determina o Decreto-Lei nº 200/67 (aplicável aos Municípios por força da Lei Federal nº 5.456, de 20-06-68) a obrigatoriedade da licitação para contratações acima de cinco valores de referência. Assim, entendemos que, obedecido o princípio da licitação, a contratação deverá reger-se pelos moldes da locação de serviços de que cuida o Código Civil.

Não se fez referência, no expediente enviado, à existência de prévia licitação.

Cabe transcrever, por oportuno, a lição de ANTONIO MARCELLO DA SILVA:

"A notória especialização seria, portanto, o manifesto e particularizado conhecimento de uma atividade, para cujo exercício o profissional ou firma buscasse sempre haurir novas técnicas, visando à perfeição. Para a lei, entretanto, é preciso ainda, que o interessado seja reconhecidamente capaz no campo de sua especialidade, isto é, que tenha boa reputação no exercício da atividade em que se especializou, não só entre os que procuram seus serviços mas, também, entre aqueles que exercem a mesma atividade. Somente esses poderão ser contratados independentemente de licitação". (Contratações Administrativas, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, pág. 33).

No caso em foco há habilitação profissional para o desempenho da atividade contratada, mas há notoriedade do profissional?

A dispensa da licitação caracterizaria fraude e possibilitaria a anulação do contrato e a responsabilização de quem o fez burlando o princípio licitatório, através de ação popular.

O mestre HELY LOPES MEIRELLES ao comentar a formalização e o conteúdo do contrato, diz textualmente:

"Igualmente nulo é o contrato administrativo omissivo em pontos fundamentais, ou firmado sem licitação, quando exigido, ou resultante de licitação irregular ou fraudada no seu julgamento." (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, 4ª ed., pág. 214).

O contrato tem que estar conforme a lei, caso contrário, é inoperante e assim deve ser conhecido pela Administração, "ex-officio" ou em recurso hierárquico ou pelo judiciário, mediante provocação do interessado.

O contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, pois a nulidade original impede a formação do vínculo eficaz.

Mesmo neste caso, gera a obrigação de indenizar os serviços feitos à Administração pelo suposto contratante de boa-fé pois a Administração auferiu vantagem com a prestação do particular.

Mas tudo isto seria válido para casos de necessidades eventuais, transitórias da Administração, e não à matéria objeto do contrato em questão que é, sem dúvida, necessidade permanente da Prefeitura Municipal.

4. Como se conclui nem a licitação resolveria, de todo, o impasse já que a matéria não é necessidade transitória. É imprescindível que a Administração Municipal crie os cargos necessários para a execução de seus serviços específicos de natureza permanente e, ao mesmo tempo, possua leis que lhe permitam atender aos casos excepcionais, sob pena de se ver envolvida em reclamações trabalhistas.

Para o exercício de funções sem cargo e, por tempo determinado, para a execução de funções correspondentes a cargos vagos, enquanto não puder provê-los legalmente, caberia a contratação pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Constituição Federal no artigo 106 prevê um regime diverso do estatutário e do trabalhista, a fim de melhor atender as conveniências da Administração. Há, no

entanto, necessidade que dita lei especial seja editada pelo Município, se quiser se utilizar desta prerrogativa.

5. Ante as considerações retro, conclui-se que, havendo previsão orçamentária, a contratação para prestação de serviços independe de autorização legislativa e sugere-se a criação de cargo para abranger esta atividade, devido a sua necessidade permanente.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de março de 1980.

PROIBIÇÃO DA VENDA DE GADO

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 da PUC/RS

PARECER Nº 4331

VENDA DE GADO BOVINO.

Proibição da meema através de lei municipal.
Vedação Constitucional (art. 19 da Emenda nº 1 de 1969).
Poder de polícia, netureza e limites da sua aplicação.

Indaga o Senhor Presidente da Câmara de Vereadores de CAMPINA DAS MISSÕES, representando a decisão unânime de todo aquele colegiado, se é permitido ao município proibir, através de lei própria, a venda de gado bovino para fora de seu território.

Consulta, enfim, sobre a constitucionalidade de uma tal medida.

É o relatório.

A questão central do expediente prende-se ao problema do comércio de gado bovino, e ao livre trânsito das mercadorias (semoventes) assim adquiridas.

O nosso regime constitucional, desde a primeira Carta Magna Republicana, de 1891, alicerçado nos postulados da ordem liberal, consagrou o direito de propriedade e a livre iniciativa como princípios fundamentais.

Coerente com essa linha adotada, erigiu a liberdade de comércio como um direito individual, e assegurou o fluxo de bens e pessoas entre as unidades federadas, aí incluídos os municípios.

Nesse sentido, não só garantiu a liberdade de negociar e transitar como, ainda, vetou que se impusessem tributos à circulação de bens entre Estados e Municípios.

Tal foi o mandamento do artigo 11 da Constituição de 1891, do artigo 27 da Constituição de 1946, do artigo 20 da Constituição de 1967, e do artigo 19 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

RPGE, Porto Alegre, 10(27):209-211, 1980

Fica evidente que a proteção do trânsito inter-estadual e intermunicipal de pessoas e mercadorias, sem admitir tributação sobre esse fato, é uma garantia complementar do direito de comprar, vender e remeter.

O exemplo comentado pelo saudoso e magistral PONTES DE MIRANDA serve aos objetivos de esclarecimento da questão proposta:

"O gado de produção de um Estado-membro, ou de um Território, ou do Distrito Federal, conduzido, através do território de uma ou mais de uma circunscrição nacional acima referida, ou através de municípios diferentes, para ser consumido em terceira ou quarta circunscrição ou município, ainda que faça pousadas, inclusive internadas; indispensáveis ou transporte de gado a pé, não está sujeito a impostos que envolvam tributação de trânsito, porque tal tributação seria inconstitucional". (Comentários à Constituição de 1967, volume II, pág. 389).

Ora, se não está sujeito à aplicação de impostos de trânsito, muito menos poder-se-á conceber a limitação do comércio e deslocamento de animais, sem razões específicas e ponderáveis.

Evidentemente, às prerrogativas decorrentes da propriedade e do direito à iniciativa econômica não têm caráter absoluto.

Sobrepuja-os o interesse coletivo, sempre invocável para justificar a intervenção do Estado no exercício do que se convencionou denominar "**poder de polícia**", ou seja, capacidade de vigiar, resguardar, interferir sempre que se encontre ameaçado o bem-estar social.

Exemplificando e concretizando, detém o Estado o poder de polícia sanitária, no intuito de resguardar a saúde da população.

Assim, estivesse o rebanho contaminado, ou fosse portador de moléstia transmissível, caberia, perfeitamente, o isolamento, a quarentena, a proibição de circular.

Vemos, desta forma, que se apresentam limites doutrinários e legais que podem paralisar o direito de propriedade.

Devem, contudo, tais limites, serem reconhecidos e definidos em lei, para que a discricionariedade do agente administrativo, insita à sua função, não se transforme em pura arbitrariedade.

Este é o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, "**verbis**":

"Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (art. 153). Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados democráticos como o nosso inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum." (Direito Administrativo Brasileiro, 5ª edição, págs. 104 e 107).

POR TODO O EXPOSTO, concluímos que não se apresentam condições objetivas no sentido de legitimar um diploma legal como aquele levantado na hipótese dos edis consulentes.

Pelo contrário, uma lei como a invocada, traria, de plano, a pecha da inconstitucionalidade, em que pesem as razões de ordem local apresentadas.

Se válidas são as preocupações externadas pelos Vereadores, outros deverão ser os caminhos a percorrer.

Talvez, à guisa de contribuição, a solução possa ser encontrada nas diferentes alternativas políticas e econômicas disponíveis, no sentido de conscientizar os produtores e estimular a produção, ao invés de tentar bloquear o comércio e o escoamento do produto, em geral fonte de riqueza e prosperidade das comunidades rurais.

Este é, S.M.J., o parecer.

PORTO ALEGRE, 03 de março de 1980.

COBRANÇA DE TAXA DE PAVIMENTAÇÃO

VERENA NYGAARD BECKER
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na Universidade do
Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 4322

O MUNICÍPIO pode cobrar do Estado a taxa de pavimentação prevista no seu Código Tributário.

O Prefeito Municipal de MONTENEGRO formula consulta acerca da legitimidade da cobrança, pela Prefeitura, de serviço de pavimentação efetuado em artéria fronteira a imóvel pertencente à Brigada Militar do Estado, uma vez que esta, invocando o disposto no art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 195/67, alega isenção tributária.

1. O exame do Código Tributário do Município de Montenegro desde logo revela que o Decreto-lei 195, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a contribuição de Melhoria, não incide na espécie.

Com efeito, lê-se no art. 18 da Constituição Federal:

Art. 18 – Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir:

.....
II – contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

Por sua vez, prescreve o art. 153, § 29, da mesma Constituição, que “nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça”.

Dessas normas se extrai que, se de um lado, o Município tem competência para instituir a contribuição de melhoria, podendo ou não fazer uso dela, de outro, somente poderá cobrá-la se a lei municipal a tiver instituído.

É o que, precisamente, não ocorre no caso da presente consulta. O Código Tributário de Montenegro, instituído pela Lei nº 2.063, de 31 de dezembro de 1976,

alterada pela Lei nº 2.150, de 30 de novembro de 1979, não contempla a contribuição de melhoria.

Nem pretendeu a Prefeitura cobrar este tributo, cujo fato gerador é a valorização dos imóveis beneficiados pela obra pública. A Brigada Militar é que assim entendeu, interpretando a documentação recebida do Executivo municipal para fins de cobrança.

2. O tributo que a Prefeitura está exigindo da Brigada para recuperar a despesa feita com a obra de pavimentação parece-nos não ser outro senão a taxa de Serviço de Pavimentação, prevista no Código Tributário municipal, nestes termos:

"Art. 67 – A Taxa de Serviços de Pavimentação é devida pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços de pavimentação de logradouros públicos, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Art. 68 – Consideram-se serviços de pavimentação:

.....
II – os de calçamento da parte carroçável do logradouro público, qualquer que seja o material usado;
.....

3. Não se tratando de contribuição de melhoria, mas de taxa, é legítima a exigência de pagamento feita pela Prefeitura à Brigada Militar.

Com efeito, contribuintes da taxa são as pessoas que se utilizam do serviço ou o têm à disposição. A propósito, alerta BERNARDO RIBEIRO DE MORAES (in A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro, 1968, pág. 75):

"Devemos observar, a fim de evitar dúvidas, que o contribuinte não é, sempre, a pessoa exclusivamente beneficiada. A Taxa de Calçamento beneficia o proprietário do imóvel e as pessoas que transitam na rua. Todavia, ela é cobrada, às vezes, somente do proprietário do prédio confinante com a vida pública.

De outro lado, por se tratar, na espécie, de pessoa jurídica de direito público, não se há de pensar em imunidade tributária (CF art. 19, III, "a"), pois esta diz respeito unicamente a impostos e depende de previsão constitucional. Tampouco está o Estado isento do pagamento da taxa em questão, pois, só podendo isentar quem tem a competência para tributar, a isenção teria de ser prevista na lei municipal. Ao que nos consta, tal não ocorre.

4. Todavia, se a cobrança do tributo à Brigada é legítima, inadequado foi o procedimento que, para tanto, a Prefeitura adotou.

Com efeito, em lugar de fatura, que foi o documento remetido à Brigada para fins de cobrança, cumpria que a Prefeitura, observando as regras do art. 92 do Código Tributário Municipal, notificasse aquela Corporação através de notificação de lançamento.

CONCLUINDO, respondemos à consulta no sentido de que a Prefeitura de Montenegro tem o direito de exigir da Brigada Militar do Estado o pagamento da taxa de serviços de pavimentação, devendo, para tanto, remeter-lhe a competente notificação de lançamento, com os requisitos previstos na lei municipal.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 21 de fevereiro de 1980.

VEREANÇA E PRESIDÊNCIA DE FUNDAÇÃO

MÁRIO NUNES SOARES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Questiona-se: Pode o vereador exercer simultaneamente a vereança e a presidência de fundação estadual de natureza privada?

1. Ao vereador se prescrevem incompatibilidades e impedimentos, sujeitos a interpretações restritas, com características peculiares à natureza de sua atividade, em que remarca o traço político. A regra é franquear ao cidadão o exercício dos mandatos de representação popular, como direito, ao lado dos deveres políticos que lhe são impostos. Trata-se de afastar alguns óbices oriundos do instituto da acumulação, com normas peculiares para o caso dos vereadores.

Assim, a Constituição Federal, na Seção VIII do Capítulo VII, versando sobre os funcionários públicos, edita regras sobre o instituto da acumulação, primeiro, para os cargos profissionais da administração e, além, cuida de regular a acumulação do servidor profissional em relação ao mandato político.

Nesta ocasião, atende também o princípio segundo o qual a quem está investido em funções de um poder, é vedado exercer as de outro, salvo as exceções previstas na própria Constituição, conforme estabelece o seu artigo 6º, § único.

2. Um subsídio histórico para interpretação da matéria vem à colação desde logo. Reeditou-se com o sistema revolucionário a remota condição de "munus" público, anexada ao exercício da vereança. Não perdurou, não obstante, a vereança gratuita, volvendo-se a remunerá-la (Lei Complementar nº 25) e avançando-se ainda outras facilidades, concernentes à participação do servidor público na atividade política em nível municipal, pela Emenda Constitucional nº 6.

São conquistas relativas à descentralização do poder e do fomento à autonomia local, a merecer o prestígio de interpretações que não lhes embarguem o sentido.

3. A questão proposta leva ao exame do art. 104, da Constituição Federal, com redação nova vigorante pela Emenda nº 6, que dispõe sobre o exercício coevo da função pública e da vereança, e sobre as correlativas vedações.

Dispõe a 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. Não havendo compatibilidade, aplicar-se-á a norma prevista no § 1º deste artigo.

4. Destacam-se da fatualidade da questão em exame os seguintes elementos:

a) administração indireta

b) compatibilidade de horário.

As fundações, pelo teor do art. 3º, do Decreto-Lei 900, de 29 de setembro de 1969, não integram a administração indireta como qualquer coisa que sua natureza pudesse sugerir. A força da lei prevalece, com efeito, por comando expresso:

"Art. 3º. Não constituem entidades da administração indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967".

Aliás, para o caso do exercício da vereança, seria inviável interpretação diversa, porquanto o legislador federal, quando redigiu a emenda e fez uso da locução "administração indireta", forçosamente expressou a linguagem em uso na organização federal, onde explícita está a exclusão das fundações do quadro da administração pública, abarcando o sentido, evidentemente, o feixe de normas e princípios a que se subordinam as entidades administrativas.

"A fortiori", excluem-se quaisquer limitações que delas dimanassem, por obra de um caráter administrativo não existente, a restringir efeitos e consequências jurídicas que o legislador não concebeu quanto aos direitos políticos do cidadão.

Onde não restringiu a norma, não pode fazê-lo o intérprete, pois constitui-se amplo o direito ao exercício de mandato eletivo. Advertimo-nos de início, aliás, da tenção do legislador, inclinado a que se ampliem as faculdades do exercício da representação popular na vida municipal.

5. O direito ao exercício da vereança, pois, com reduções estatuídas para os servidores públicos, entremostra-se em amplitude que somente o texto constitucional pode recortar.

Com efeito, o clássico Maximiliano observa:

"Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que o direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade". (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 313, 9ª edição, Forense, Rio).

6. De resto, a não inclusão das fundações na administração indireta ficou assentada pela Consultoria-Geral da República, e, pois, o seu consectário que, desfigura a cumulação quando se trata deste instituto relativo à atividade profissional dos servidores.

Conclui o parecer I-032, do então Consultor-Geral da República Romeo de Almeida Ramos:

"Como se vê, retiraram-se as fundações do quadro de órgãos que compreendem a Administração Federal (Art. 4º do Decreto-Lei 200/67).

Não vejo, pois, como se possa aplicar a tais entidades os princípios do instituto da acumulação, desde que o suporte legal que ensejou sua aplicação deixou de existir, mediante revogação expressa". (Revista do Direito Público, S.P. Vol. 12, pág. 107).

A reforma administrativa estadual, implantada pelo Decreto nº 19.801, de 8 de agosto de 1969, em simetria com o modelo federal, não inclui as fundações na administração indireta, ao estabelecer nos seus lindes apenas as entidades criadas em lei e as sociedades por ações, não sendo o caso da fundação de que se está tratando (art. 1º, § 2º). Tal o entendimento da Procuradoria-Geral do Estado pelo parecer nº 3.944, do Procurador Almiro do Couto e Silva. (Revista da Consultoria Geral do Estado, Volume 23, pág. 123).

7. Não incluídas na administração indireta, aos seus servidores não se estendem as restrições introduzidas para os que àquela pertencem. Não se plasma uma sorte de acumulação e sobressai a regra do direito amplo ao exercício de mandato eletivo.

Não haveria nada a cogitar, pois, no concernente à compatibilidade de horário do empregado da fundação em regime privado, que exerça a vereança.

Trata-se de questão de economia interna da organização.

Neste sentido, o da economia interna da entidade fundacional, não se pode conceber, pela natureza do cargo de Diretor-Presidente, que lhe fosse prescrito um

horário de trabalho, de modo a impedir-lhe o comparecimento às sessões da Câmara.

A atividade de um dirigente de empresa não se afeiçoa, salvo de uma maneira insólita, a um horário marcado para a sua presença física na organização, sendo impertinente rasourá-lo no nível dos funcionários sujeitos ao ponto.

É possível, pois, o exercício simultâneo da vereança com a presidência da fundação estadual, na configuração exposta.

TRABALHOS FORENSES

SUBFATURAMENTO NA REMESSA DE SUCATA CONTESTAÇÃO

REJANE BRASIL FILIPPI

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DOS
FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação ordinária que lhe move PIRELLI SUL COMPANHIA INDUSTRIAL SULRIOGRANDENSE, vem, pelo presente, dizer a Vossa Excelência o que segue:

1. A primeira situação focada na inicial diz respeito à **remessa de sucata** para industrialização em outro Estado, obedecendo ao seguinte esquema: a) adquire a A. a sucata nesta praça com imposto diferido e a transfere para São Paulo (à outra empresa do mesmo grupo); b) para efeitos de tributação utiliza nestas saídas valores inferiores aos do mercado (subfaturamento); c) retorna a sucata transformada em lingote de cobre ao estabelecimento da A. neste Estado, onde, finalmente, é elaborada, saindo sob a forma de produto industrializado sem similar.

2. Justifica a adoção de base de cálculo reduzido nas remessas para industrialização através de 2 ordens de argumentos:

1º – Ausência de prejuízo para o fisco estadual, eis que na operação final (saída do produto industrializado) é recolhido o mesmo "quantum" de imposto, em virtude do sistema de compensação débito-crédito que caracteriza o ICM.

2º – A remessa de sucata para industrialização não representa **etapa** no processo de circulação de mercadorias, pois o bem sai para retornar. Assim, tal operação está ao abrigo da não-incidência, pois não constitui fato gerador do ICM a citada transferência, à falta de presença do elemento **circulação**.

Examina o conceito de circulação à luz de 2 correntes (contrárias) na doutrina e jurisprudência.

A primeira identifica circulação com transferência de propriedade e posse da mercadoria.

Dentro deste ponto de vista, os bens remetidos e transformados em São Paulo não circulam, pois sua posse e propriedade permanecem com a A.

A **posição** adotada pela corrente oposta, liderada por RUBENS GOMES DE SOUZA, abstrai a causa jurídica da operação para caracterizar o fato gerador do

ICM, e o considera "não mera saída física, mas como fenômeno de circulação de mercadorias desde o produtor até o consumidor final". De acordo com os que assim pensam, também aqui, nas remessas para industrialização se configuraria hipótese de não-incidência: **como o bem sai para retornar, não se constitui nova etapa no processo circulatório.**

A autora considera a saída-retorno da sucata de São Paulo com um corte uma interrupção no percurso da mercadoria em direção ao consumidor.

3. Afirma que a natureza do contrato feito com o executor da encomenda é de empreitada. Anteriormente, porém, identifica a operação com a figura jurídica do comodato.

4. Nem comodato, nem empreitada configura a espécie. Existe prejuízo concreto para o fisco estadual em decorrência da primitiva saída tributada a menor. A hipótese é, claramente, de incidência do imposto, traçado em Lei (Lei nº 6.485, de 1972, com alteração da Lei 6.518 de 1972, em seu art. 1º):

"Art. 1º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM) tem como fato gerador:

I - a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor".

5. Diz o CTN, art. 114:

"Fato gerador da obrigação tributária é a situação definida em Lei como suficiente à sua ocorrência".

A lei tributária faz escolhas entre situações de fato e jurídicas como determinantes da ocorrência de fatos geradores. No ICM, o legislador elegeu a saída das mercadorias do estabelecimento comercial, industrial e produtor (situação de fato) ou a transmissão de propriedade quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente (situação jurídica).

No caso em foco, estão presentes todos os elementos do suporte fático da regra jurídica.

A autora promove saídas de sucata para industrialização, esta passa à disponibilidade de estabelecimento distinto situado fora do Estado, que a transforma e lhe agrega valor, os bens em questão são mercadorias, e é inegável que a operação concretiza transferência de sua titularidade.

Ao examinar a natureza do fenômeno econômico de circulação, YVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES (ICM - Análise e Princípios Estruturais, págs. 64, 65,

Ed. 1976, S. Paulo) conclui que, embora irrelevante a natureza jurídica pela qual se processará a mudança da titularidade, é imprescindível que esta se realize, ainda que precária, na sua posse para aperfeiçoamento:

"Em trabalho posterior extrai a definição deste fato gerador, como sendo a saída real ou simbólica de mercadorias do estabelecimento comercial, industrial, ou produtor, que envolva a mudança de sua titularidade ainda que precária, na sua posse, para aperfeiçoamento (industrialização legal), independentemente do título jurídico pelo qual esta se dê, integrada na circulação ou em etapa deste fenômeno econômico".

6. FERNANDO BROCKSTEDT, ao invés de alteração de titularidade, refere-se à "tradição" da mercadoria como aspecto de importância para o ICM:

"E para que a circulação produza efeitos, é necessário que a mercadoria passe à disposição de uma pessoa, isto é, saia de sua disposição, para a disposição de outra pessoa, tidas as pessoas no sentido fiscal próprio, considerando-se autônomo cada um de seus estabelecimentos". (O ICM - FERNANDO BROCKSTEDT, ed. 1972 - P. Alegre, pág. 70)

7. Houve, na hipótese dos autos, uma saída, uma entrada, um recebimento, uma chegada no estabelecimento destinatário. Deu-se, pois, a tradição, ou mudança de titularidade conforme aludem os autores citados.

Dentro desta linha de raciocínio, não há dúvida de que, no caso, ocorre incidência.

Tendo o ICM como fato gerador um fenômeno de circulação, cuja exteriorização é a "saída". Sendo a causa jurídica da circulação irrelevante para o imposto, as remessas de sucata são saídas geradoras de ICM, pois estão (inequivocamente) em função do fenômeno econômico de circulação de mercadorias.

8. Que a mercadoria (sucata) está e permanece dentro do fluxo da circulação, e que está indo sem interrupção em direção ao consumo, não há a menor dúvida. Tanto assim que o destinatário em São Paulo lhe agrega valor.

9. Até mesmo entre estabelecimentos da mesma pessoa, nas transferências de mercadorias em geral, em operações interestaduais, observa RUBENS GOMES DE SOUZA (citado por BROCKSTEDT, fls. 13/17, op. cit.) que há incidência do ICM, sustentando que existe imposto sempre que:

"um comerciante, um industrial ou um produtor transfiram de um estabelecimento para outro, próprio ou alheio, mercadorias ou produtos

em curso de fabricação, e a transferência lhes agregue valor. Essa agregação de valor pode resultar do recebimento de um preço que inclua lucro, ou da adição de custos de transporte ou seguro, ou ainda simplesmente do fato de se transferirem as mercadorias para praça onde alcancem maior preço ou valor de uso devido à maior procura. Sendo a incidência independente da transmissão da propriedade, pretende-se exigir o imposto sempre que as mercadorias deixem um estabelecimento."

10. De resto, nem a própria contribuinte acredita na tese de não-incidência. Recolheu imposto nas saídas de sucata, embora a menor. A contradição é evidente: se não houvesse circulação, não haveria incidência, e imposto algum deveria ser pago. Se imposto foi pago, e as normas gerais de direito tributário prevêm base de cálculo específica, é porque ocorre a incidência, e se esta se verifica é porque existe uma circulação.

11. De resto, YVES GUIMARÃES (op. cit., págs. 152/153) refere-se especificamente às saídas de sucata para fora do Estado, quando comenta o problema de sujeição passiva indireta (diferimento), relativamente a "papel usado, resíduo de sucata de metais, de plástico, vidros etc." ...ressalvando que:

"Registre-se que a sujeição passiva indireta por substituição não se verificará quando as mercadorias em apreço **forem remetidas para fora do Estado**. Nas saídas destas mercadorias nesta circunstância, o imposto deve ser recolhido pelo remetente, que será o contribuinte legal, antes de iniciada a remessa, por guia especial, da qual duas vias acompanharão as mercadorias para serem entregues ao destinatário, juntamente com a documentação fiscal própria".

12. O instituto do comodato antagoniza com a natureza da operação promovida pela Autora. Ainda que no comodato o bem também retorne ao seu proprietário, ele volta, findo o contrato, com valor reduzido pelo uso depreciado por um consumo parcial.

Aqui ocorre o inverso, a mercadoria retorna com valor agregado.

No comodato predomina a idéia de gratuidade, e é de sua essência a transferência do uso da coisa. O bem dado em comodato deve ser infungível, sendo condição para caracterizá-lo que seu objeto seja uma coisa que deva, ela mesma, ser devolvida a seu proprietário.

Assim, o que está ao abrigo da não-incidência é o comodato em geral, espécie de contrato que não induz nunca à existência de uma circulação, como ocorre na hipótese dos autos, em que inexistente, como já foi demonstrado, um empréstimo gratuito de uso de coisas infungíveis.

PREJUÍZO DO FISCO DECORRENTE DO SUBFATURAMENTO CONSTA- TADO NA REMESSA DE SUCATA

A Autora adotou, como base de cálculo ao imposto incidente nas operações de remessa de sucata para industrialização, valor inferior ao estabelecido nas normas legais aplicáveis: art. 2º, II, do Decreto-Lei 406, de 31.12.68; Lei 5.373/66, art. 5º, II; Decreto 20.148 (4/2/70), art. 24, II; Lei 6.485/72 (art. 12, II); Decreto 22.493 (26/6/73), art. 24, II.

O art. 2º, do Decreto-Lei 406, estabelece (o que é repetido nos demais diplomas legais abrangentes do período destacado na notificação) que:

"Art. 2º – A base de cálculo do imposto é:

I – o valor da operação de que decorreu a saída da mercadoria;

II – na falta de valor a que se refere o inciso anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça da remetente.

13. Cabia, portanto, à A., ao remeter a sucata, utilizar base de cálculo, nestas operações, consentânea com o preço corrente da mercadoria ou similar na praça da remetente, tal como prevê o texto legal. Adotou, porém, procedimento que foi censurado pelo fisco: deu às saídas valores fictícios e inferiores aos do mercado.

Como exemplo, destaca a fiscalização, a remessa de "sucata de cobre nu" por Cr\$ 8,00 o quilograma. Na mesma época, anunciava e vendia o mesmo cobre nu a Cr\$ 14,14 o quilograma.

Caso mais grave: adquire da CEEE sucata de cobre a Cr\$ 7,50 (sem ICM face ao diferimento), remete a mercadoria por base de cálculo a menor: Cr\$ 6,00.

14. As remessas aludidas com adoção de valores inferiores foram uma constante no comportamento da empresa, que, aliás, não contesta a existência de tal prática, tão pouco os valores levantados pelo Fisco, apenas procura justificar-se esgrimindo argumentos já antes examinados.

15. A escolha da base de cálculo, evidentemente inferior à legalmente fixada, causou **retardamento** no ingresso do imposto ao erário público, e devido na época das aludidas saídas.

16. Pela prática desta irregularidade, foi-lhe imposta multa no valor de **Cr\$ 207.469,88**, cominado no art. 71, III, da Lei nº 6537/73.

17. Ao aplicar à contribuinte somente uma penalidade em virtude de atraso no recolhimento do ICM, obrou com benevolência a fiscalização. Como a mercadoria,

após beneficiada em São Paulo, retornasse ao estabelecimento de origem (R. G. Sul), sendo, então, **tributada** quando da saída do produto industrializado na etapa final, considerou, apenas, a intempetividade, bem como a forma inadequada no recolhimento do tributo na fase intermediária de circulação.

18. Como a apuração do ICM está sujeita ao resultado da contabilização dos créditos com as entradas de mercadorias no estabelecimento contribuinte e dos débitos relativos às saídas, **aparentemente a totalidade do imposto devido** nas operações-sucata foi recolhida.

19. Foi esquecido, porém, um aspecto de extrema importância: na **1ª etapa** (primitiva remessa de sucata) o imposto a recolher constitui receita firme do Estado. Na **última etapa**, a saída do produto industrializado sem similar goza de incentivo fiscal nos termos da legislação pertinente.

REFLEXO DIRETO NA ARRECADAÇÃO DO ESTADO DECORRENTE DA REMESSA DA SUCATA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO POR VALORES INFERIORES AOS FIXADOS EM LEI

20. É certo (e a A. habilmente não o revela) que o **produto industrializado** obtido em seu estabelecimento a partir do lingote de cobre devolvido de S. Paulo, tem sua saída ao abrigo de **incentivo**.

Este consiste no montante do imposto pago, incidente sobre o valor adicionado pelas indústrias, relativamente a produtos sem similar no Estado, que é integralmente restituído ao contribuinte.

Considera-se, para os efeitos da Lei, como **valor adicionado**, o valor da saída dos referidos produtos deduzido do valor das respectivas entradas.

No caso: o valor da saída do produto final industrializado, **deduzido** o custo efetivo da sucata já transformada em lingotes de cobre (somente a partir deste estágio ela é considerada matéria-prima hábil à atividade protegida pelo Estado), dá o montante do tributo a ser pago que será restituído, tratando-se aqui de saída de produto incentivado.

Na saída primitiva da sucata a São Paulo, a mesma deve ser regularmente tributada, pois não há saída de produto incentivado, e o ICM decorrente da operação é receita firme do Estado.

Utilizando valores inferiores nas ditas saídas, lesou o fisco em parcela do imposto daquela operação.

Embora afirme que na última etapa (face à compensação débito-crédito), o mesmo **imposto** seja recolhido no Estado do R.G. Sul, esqueceu-se de assinalar que

tal tributo lhe será então restituído. A faxia de incentivo, quanto menor for o valor atribuído à primitiva remessa de sucata, aumenta, e vice-versa. Daí o interesse da Autora em "subfaturar", diminuindo artificialmente o custo da matéria-prima, já que em São Paulo ela sofre pequeno valor adicionado.

Em síntese: ao utilizar-se do recurso do subfaturamento, remetendo sucata para outro Estado em base inferior ao de sua aquisição, exerce a Autora prática fraudatória: o subfaturamento lhe proporcionará, mais tarde, maior devolução por parte do Governo do Estado, em virtude dos incentivos de que goza como fabricante de produtos sem similar e que consistem, como já foi dito antes, na **devolução** do imposto pago sobre o valor adicionado ao custo da matéria-prima.

A discussão de todos esses problemas, Ex^ª, evidencia um fato: a voracidade das grandes empresas, muito especialmente as multinacionais. É de domínio público que os conglomerados exploram até o limite o seu poder de barganha e o interesse que tem a Administração, em todos os níveis, na instalação de grandes unidades industriais pelo que isso pode representar em aproveitamento de mão-de-obra, ativação de mercado, etc. Esse interesse do Poder Público leva a que tais empresas obtenham um sem número de favores fiscais, tais como isenções de impostos, incentivos, doação de imóveis, obras e serviços sem pagamento, etc.

No caso dos autos, a empresa autora não se contenta com os enormes favores que lhe são adjudicados. Através de manobras tais como subfaturamento, jogos contábeis e a prática continuada de atos jurídicos simulados ("contratos" de mútuo, comodato e outros entre empresas do mesmo grupo), a PIRELLI persegue o objetivo anti-social, abusivo e ilegal, de ampliar os limites e os valores do incentivo que lhe foi concedido por lei, de modo a subverter o espírito da norma que incide sobre suas atividades e fazer tábua rasa das relações de Direito Tributário aplicáveis à espécie.

ITEM II DA INICIAL

1. Este tópico versa sobre empréstimos feitos pela demandante à empresa do mesmo grupo situada em São Paulo (Pirelli S.A.), referente a matéria-prima (vergalhões de alumínio, cobre em lingotes, fitas de cobre). Durante os exercícios de 1973 e 1974, efetivou a **devolução** desta matéria-prima para a firma paulista, mantendo para as operações de devolução a mesma base de cálculo da operação anterior. (Empréstimo)

O mútuo (não há dúvida de que a espécie caracteriza contrato de mútuo) obedecia às seguintes regras:

a) remessa da matéria-prima "encomendada" de São Paulo com a base de cálculo adequada ao preço corrente do mercado atacadista da praça da remetente;

b) entrada da mercadoria no estabelecimento da A. com crédito fiscal correspondente ao imposto pago em São Paulo;

c) importação da matéria-prima para **solução do mútuo**, via porto de Santos, entregue diretamente à Pirelli Paulista;

d) o ICM relativo à última saída, porém, é recolhido no Estado do Rio Grande do Sul, por ser a hipótese de incidência em que há transmissão de propriedade, embora a mercadoria não transite pelo estabelecimento do transmitente;

e) a mesma base de cálculo utilizada na primitiva remessa correspondente ao empréstimo é atribuída a esta saída promovida pela mutuária, fazendo com que pela compensação débito-crédito nada recolha ao fisco estadual.

A tese do fisco é a de que a última operação – **saída da matéria-prima correspondente à devolução** de que agora se cuida – deve manter base de cálculo específica estabelecida pelas normas tributárias, que é o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente. (art. 24, II, Decreto 22.493/73)

2. A inadequação da base de cálculo nas operações de devolução da mercadoria emprestada foi constatada pelo fisco através de levantamento procedido nos livros da Autora.

Sucedem que, ao mesmo tempo em que remetia mercadorias a São Paulo a título de **solução de mútuo, vendia**, paralelamente, matéria-prima da mesma espécie e qualidade, à firma daquele Estado.

Para ambas operações – devolução e compra e venda – eram utilizados valores diversos.

Assim, as notas fiscais nºs 005508 e 002042, emitidas na mesma data, e documentando saídas da mesma mercadoria (para São Paulo), mas versando operações de natureza distinta, evidenciam o complô fiscal, para não dizer a fraude fiscal, aliás, bem urdida pela demandante:

a) Nota fiscal nº 005508 valor Cr\$ 19,50
(compra e venda)

b) Nota fiscal nº 002042 valor Cr\$ 8,65
(devolução de M.P.)

3. Em relação ao contrato de mútuo, cria a A. várias teses para sustentar os artificios inteligentes com que burla a Fazenda Estadual:

a) a base de cálculo especificada em Lei (24, II, D. 22.493/73) prevalece tão-somente na saída de responsabilidade do mutuante (por ocasião do empréstimo), mas não se aplica na subsequente remessa da mesma mercadoria (igual em espécie, qualidade e quantidade) promovida pelo mutuário.

A admitir-se um valor por ocasião da remessa e outro quando da devolução, atentaria contra a gratuidade do contrato;

b) há dificuldade na fixação da base de cálculo correta segundo o critério do chamado preço corrente;

c) inexistente prejuízo do erário gaúcho e conseqüente vantagem à demandante;

d) a espécie assemelha-se à devolução de mercadorias, a qual produz a anulação da operação anterior, devendo se efetivar sob mesmo regime jurídico daquela;

e) a incidência do ICM deve ser efetuada apenas sobre o valor acrescido, isto é, sobre a diferença a maior entre o valor da operação de saída e o da que a precedeu.

Não havendo valor acrescido, o débito resultante da saída será igual ao crédito da entrada, preservada a neutralidade da operação.

4. A base de cálculo fixada legalmente (24, II, Decreto nº 22.493/73) deve prevalecer para a remessa da mercadoria emprestada, bem como para o reenvio das mercadorias promovido pelo mutuário quando dá solução do mútuo.

Há duas saídas tributáveis promovidas por dois contribuintes distintos.

Como bem se acentua no parecer anexo (225/75 G-9):

“Não importa que, para efeitos contábeis, comerciais ou semelhantes, possa (ou deva) ser atribuída às duas operações exatamente a mesma grandeza econômica, posto que para os efeitos fiscais outro é o critério estabelecido, podendo, tranqüilamente, co-existirem os dois tratamentos (o contábil e o fiscal), não interferindo um na área de atuação do outro”.

5. Não há dificuldade em fixar-se base de cálculo correta: a própria contribuinte vendia a mesma matéria-prima a São Paulo, por valores que estabelecia (ao realizar suas vendas), não tendo, pois, valia a alegação do desconhecimento de tal elemento, ou impossibilidade em fixá-lo.

De resto, na peça fiscal (cujo levantamento numérico não contesta) – recolhe-se que custo da mercadoria na importação é substancialmente superior ao

preço atribuído por ela na operação de remessa da mercadoria recebida, não sendo admissível que o mercado atacadista detenha preço inferior ao custo de importação.

É inadequada a citação que faz de trechos da obra de FERNANDO BROCKSTEDT, pois o autor cuida de casos de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa, onde não ocorre venda firme.

6. O prejuízo do erário do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL é concreto: adotando-se base de cálculo a menor, paga-se menor ICM.

A matéria-prima reenviada definitivamente a S. Paulo – será lá transformada e destinada ao consumo. Àquele Estado, portanto, caberá diferenças que deveriam ter sido recolhidas em nosso Estado. Não importa, no caso, que se trate de operações entre estabelecimentos do mesmo grupo econômico, da qual não lhes resulta vantagem. O que importa é o fato de que foi burlada a correta distribuição de receita reservada a cada Estado. O ICM aqui sonogado não é passível de recuperação.

7. Não há analogia entre o mútuo e a figura da devolução, e inservível, portanto, a jurisprudência trazida à colação pela demandante.

8. Interessante ressaltar o documento anexo, constante de um memorando 914/73, de 1-10-73, com o seguinte texto:

"Confirmamos nosso interesse na compra de 37 lingotes de cobre eletrolítico..."

Despachar como DEVOLUÇÃO – EMPRÉSTIMO"

APLICAÇÃO DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 7º, I, "e", DA LEI Nº 6.537/73:

Insurge-se, também, a Autora, contra a multa aplicada pelo Fisco e equivalente a 200% do valor do tributo devido.

Isto porque entende que, se as operações foram registradas, com individualização da mercadoria, sua quantidade e características, não há como vingar penalidade aplicável pelo não registro de operações.

A penalidade, porém, não é discrepante, em função dos fatos ocorridos, que se ajustam inteiramente ao suporte da regra do art. 7º, I, letra "e".

As operações foram, é certo, registradas, mas com valor fictício, irreal, pois a contribuinte efetuou lançamento em seus documentos de valores inferiores àqueles que correspondem ao quanto exato a ser oferecido à tributação.

O comportamento desassemelha ao de contribuintes que deixaram de recolher o imposto, porém o informaram corretamente em guias. Ou ao dos que registraram o imposto com exatidão em seus livros fiscais, abstendo-se do pagamento. Ao proceder da demandante cabe apenas um entendimento: omissão de operações que determinam o surgimento de débito de responsabilidade própria.

ITEM III DA INICIAL

APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS FISCAIS.

a) A autora vende mercadorias a terceiros, emitindo notas fiscais com destaque de ICM.

Posteriormente, concede descontos nos preços dos bens transferidos. Adota esses descontos com base de cálculo para créditos fiscais de que se aproveita e ora glosados pela fiscalização.

Na realidade, é ilegítimo o procedimento da demandante: em data posterior à emissão do documento fiscal hábil e através de documento impróprio (estranho ao elenco dos documentos fiscais), estorna débitos corretamente consignados. Não pode vingar o argumento de que os destinatários da mercadoria não se utilizarão da totalidade do crédito fiscal oriundo da transação. Ocorre, exatamente, o inverso: os adquirentes não estão obrigados a proceder o estorno dos créditos fiscais originários, face a alteração posteriormente procedida, e prova inexistente de que o tenham feito, na realidade.

O prejuízo ao fisco estadual é evidente: em função dos descontos, estornava parte do débito originário, reduzindo-o, ao passo que os destinatários das mercadorias mantinham o crédito resultante da operação, "a posteriori" alterada.

b) Do mesmo modo, irregular, procede a A. nas devoluções de materiais efetuadas por clientes: emite notas de crédito equivalentes aos valores das operações, de modo a anular quaisquer efeitos decorrentes dos negócios desfeitos. Note-se que, em relação às devoluções, não exhibe notas fiscais que os terceiros teriam emitido com o fito de documentar as restituições. Os documentos com que pretende justificar a utilização destes créditos ilegítimamente apropriados não guardam, segundo o fisco, "a mínima afinidade com um documento fiscal regular, apresentando-se como peça de uso, e para controle, de natureza interna, merecendo, por isto, a censura do art. 33, III, do Decreto nº 22.493/73, já invocado". De resto, é importante destacar a ausência de prova no sentido de que houvessem os remetentes pago o imposto relativo à etapa que lhes dizia respeito, única condição ao questionado aproveitamento. (art. 3º, Decreto-Lei nº 406/68, art. 41 Decreto nº 22.493/73).

É, exatamente, o comentário de YVES GUIMARÃES (op. cit., pág. 198):

"É de ver, porém, que o crédito do imposto relativo às devoluções recebidas de particulares ou produtores se condiciona à prova do pagamento do imposto por ocasião da saída da mercadoria devolvida".

c) Mantém os argumentos utilizados pela A. contra a **censura** pelo fisco, do aproveitamento de créditos decorrentes da entrada em seu estabelecimento, de **feiras**, a mesma superficialidade dos anteriores.

Fieiras não são bens **consumidos** no processo de industrialização, mas integrantes do **ativo fixo** da empresa.

Passíveis de desgaste, como parte de equipamento industrial, enquadram-se, é verdade, no dispositivo citado pela A., § 7º, do art. 33, do Decreto nº 22.493/73, pois, na qualidade "de partes, peças e acessórios de máquinas, aparelhos, etc.", **são ressalvados**, expressamente, no parágrafo mencionado quanto à possibilidade de utilização do crédito correspondente à sua entrada. Detentores de tais características, a lei não prevê para feiras hipótese de aproveitamento do crédito fiscal.

A prova de que são, efetivamente, bens duráveis cuja recuperação é possível, se encontra no fato de que sofrem retificação, o que será apreciado no item que diz respeito ao seu retorno, após retificadas. Conseqüentemente, compreende-se que a entrada desta mercadoria, ainda que venha com débito do imposto, satisfeito pelo vendedor, não origina crédito para seu adquirente, pela impossibilidade de sua compensação, pois a mercadoria, assim onerada, não vai mais circular, saindo das mãos do comprador, integrada que ficará naquela conta e como tal indisponível contabilmente pela sua destinação.

d) A A. aproveitou-se, também, de crédito fiscal correspondente a mercadorias constantes de notas fiscais **que não contém** destaque de ICM. O não destaque gera, de plano, a presunção, como afirma o fisco, de que o tributo correspondente, se devido, não foi satisfeito.

Em conseqüência, descabe promover-lhe o aproveitamento, sem que se comprove ter havido, apenas, falha formal (omissão de lançamento). O que inocorre, pois tal prova não foi produzida.

e) O fisco impugnou o aproveitamento de crédito fiscal apropriado em função de recebimentos de feiras após retificadas por terceiros. E o fez pelas mesmas razões com que afastou a possibilidade de apropriação do crédito quando da entrada original de feiras no estabelecimento de Pirelli (letra "c" supra). Bens integrantes do ativo fixo, não consumidos no processo industrial, descabe o aproveitamento do respectivo crédito gerado pela nova entrada, após a retificação.

f) **omissão a lançamento.**

(Números 4, 5 e 6 do auto de lançamento)

O presente item trata de: a) notas fiscais não lançadas no livro de registro de saídas e conseqüentemente não tributadas; b) notas fiscais regularmente emitidas (saídas de vergalhão de cobre) com ICM destacado corretamente, porém com base de cálculo lançada a menor no livro de saídas, do que decorreu tributação a menor; c) notas fiscais (com destaque de ICM) não lançadas ou lançadas na coluna de isentos no livro Registro de Saídas.

Afirma a A. que, embora tenha praticado tais irregularidades, não houve falta de pagamento do tributo devido.

Refere-se (relativamente às infrações aludidas no item "c" supra) que, em alguns casos, não houve concretização da compra e venda, fato que originou a devolução das mercadorias. Em outros, remessas de bens para conserto em outro Estado, deixou de registrar o débito do imposto, mas não registrou, igualmente o crédito correspondente.

A fiscalização (documento anexo) dá notícia da presença de sonegação.

Foi necessária a ação fiscal para que exsurgesse a prática das infrações antes arroladas, possibilitando ao Estado recuperar o montante sonegado.

De resto, a existência das infrações decorre da própria natureza dos atos ou omissões apuradas, assinalando-se que o auto de lançamento é claro, preciso, minucioso, aponta cada nota fiscal censurada, a respectiva data, valor, etc.

A pericia revelará que aconteceram concretamente as omissões a lançamento destacadas na peça fiscal.

É evidente, porém, que não lançar nota fiscal em livro próprio resulta em ausência de tributação na saída e conseqüente prejuízo para a Fazenda.

O mesmo sucede com o fato de efetuar lançamentos, nos livros fiscais, de base de cálculo menor do que a destacada na nota fiscal.

E, por último, causou prejuízo para o fisco e obrou erroneamente a contribuinte quando, embora destacando o ICM em documentos fiscais emitidos, omitia-os a lançamento, ou simplesmente registrava-os em coluna imprópria à denúncia do débito. Com tal prática, deixou de recolher impostos no montante de Cr\$ 82.798,00.

Ao assim proceder, deixando de tributar inúmeras operações, tem contra ela presunção de sonegação.

A esta presunção não opôs prova válida: quando sustenta tratar-se de "devoluções" de mercadorias, não informa quem a teria promovido (se contribuinte ou usuário), quais os motivos do evento, e qual a documentação fiscal que daria motivo ao alegado reingresso.

Da mesma forma, não comprovou a alegação de que, em alguns casos, houve saídas que se caracterizavam como "remessas para consertos".

DECADÊNCIA.

Busca a contribuinte amparo no instituto da decadência, eis que grande parte das operações não lançadas teriam ocorrido em data anterior a 5 de junho de 1970 (mais precisamente entre fevereiro a junho de 1970), absorvidas, portanto, pelo fluxo do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

O direito do fisco de efetivar o lançamento estaria extinto a partir de junho de 1975, eis que não fora exercido no prazo de 5 anos, cujo termo inicial conta-se a partir de junho de 1970.

A razão não está com a contribuinte, que busca, para o caso, a aplicação do citado art. 150, § 4º, do CTN, que trata, especificamente, de homologação de lançamento.

Em tais casos, o prazo decadencial se inicia a partir da ocorrência do fato gerador, sem que a Fazenda Pública nele se tenha pronunciado "considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito."

Aqui, na espécie dos autos, trata-se de situação inversa: aquela em que não houve o recolhimento do tributo.

A norma aplicável é, portanto, a estabelecida no mesmo CTN, art. 173, I:

"O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados:

I - do primeiro dia do **exercício** seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado."

A exigência agora procedida através da notificação, que data de 5 de junho de 1975, se encontra em pleno vigor, considerando-se extinto o prazo, nos termos do dispositivo citado, apenas em dezembro de 1975.

Conforme se verifica, o prazo de decadência tem início em instantes diversos.

Na hipótese dos autos, o sujeito passivo da obrigação tributária omitiu-se, simplesmente, na prática que lhe competia, determinando, portanto, o aparecimento do lançamento "direto" ou "de ofício", circunstância que atrai a aplicação da norma contida no art. 173, I, supra.

FACE AO EXPOSTO, pede seja julgada improcedente a ação, mantida a peça fiscal impugnada na sua integridade, porque legítima em todos os seus termos, condenando-se a Autora no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios devidos ao procurador do Réu, calculados à base de 20% sobre o valor da causa.

Requer a realização de perícia, indicando como assistente técnico o Senhor HUMBERTO VIOMAD FRANCO MALFUSSI, brasileiro, contador, com local de trabalho à Secretaria da Fazenda.

Porto Alegre, 12 de julho de 1977.

SENTENÇA

Vistos os autos.

Pirelli Sul Cia. Industrial Sulriograndense pediu a anulação do auto de lançamento de ICM nº 34075005, de 5-6-75, que configurava a discordância do Fisco com relação a determinadas operações praticadas pela autora, no tocante àquele tributo.

Relativamente ao item I da autuação, o Fisco entendeu que a remessa de sucata para industrialização em outro Estado fora efetuada por valores inferiores aos do mercado. Por isso, pretendia imposto e multa. Mas o tributo fora recolhido quando da saída do produto industrializado. Ademais, a remessa para industrialização não caracterizava uma etapa da circulação, pois o bem saía para retornar. O julgador administrativo, a quem recorreu a autora, decidiu que não cabia a cobrança do ICM, que tinha sido pago em fase posterior do processo circulatório. Contudo, afirmou que o reconhecimento fora efetivado fora do prazo, o que possibilitava a aplicação da penalidade prevista no art. 71, III, da lei 6.537/73, ou seja, multa moratória, no valor de Cr\$ 207.469,88. Mas somente se poderia cogitar de mora se houvesse incidência do ICM nas remessas para industrialização e posterior devolução sem emprego de outros materiais. Entretanto, indevido o tributo, na espécie, segundo quaisquer das correntes doutrinárias existentes a respeito da hipótese de incidência.

O item II da autuação tratava de devoluções de matérias-primas recebidas por empréstimo, tendo sido tomado por base de cálculo do tributo o mesmo valor adotado por ocasião da remessa do bem fungível. Embora a operação a título gratuito, o Fisco posicionou-se no sentido de que o ICM deveria ser calculado pelo valor de mercado e não pelo que servira de base à incidência quando da primitiva remessa. O procedimento da autora em nada tinha prejudicado os cofres públicos. A operação tinha valor equivalente ao que lhe foi atribuído pela empresa mutuante. Não era aplicável o preço corrente, mas o efetivo valor da operação. Não houve valor acrescido quando da devolução, pois, no mútuo, não afetava a obrigação o aumento ou diminuição do preço da coisa, já que a própria coisa é que exprime a utilidade para o mutuante, não o seu valor. Não houve vantagem para a autora, nem dano para o Fisco.

De outro lado, era indevida a multa baseada no art. 7, I, "e", da lei 6.537/73, equivalente a 200% do tributo, ainda que este fosse cabível. A infração tipificada na letra "e" consistia em omitir a ocorrência de fatos sucetíveis de dar nascimento à

obrigação tributária. Na espécie, havia registro do fato ocorrido. Assim, havia inadequação entre a sanção e a realidade. Fora desprezado o princípio da tipicidade penal. As operações consistiram em devoluções de lingotes de cobre emprestados. Os livros fiscais continham o registro de tais operações e, por isso, não se podia falar em omissão de registro. A suposta divergência no valor atribuído às mesmas não se iguala à falta de registro.

O item III da autuação dizia respeito ao aproveitamento indevido de crédito do ICM em determinadas operações. A autora havia constatado não terem sido considerados na nota fiscal descontos concedidos a clientes, que alteravam o valor da operação e do próprio imposto. Informou aos destinatários a ocorrência, através de notas de crédito, nas quais constava o valor do ICM reduzido em razão da diminuição da base de cálculo. A redução do ICM obrigava os clientes a estornar crédito correspondente. O desconto suplementar tornava o débito originário superior ao real. A regularização podia ser feita através do estorno de parte do débito, com o lançamento de igual crédito, ou mediante pedido de restituição. Como o art. 56, do decreto 22.493/73 permitia o lançamento, como crédito, de importância indevidamente paga, julgou a autora estar agindo legalmente. De qualquer modo, o procedimento não prejudicou a arrecadação, nem deu vantagem indevida à autora. Portanto, impunha-se a manutenção do crédito lançado e a inaplicação da multa cominada.

A autora recebeu devoluções de material, efetuadas por clientes. Em consequência, emitiu notas de crédito equivalentes aos valores das operações, para anular quaisquer efeitos defluentes dos negócios desfeitos. As devoluções foram efetivamente realizadas, embora com documentação irregular, não sendo possível presumir tivesse a autora forjado documentos e lançado operações inexistentes em seus livros. A infração foi, portanto, regulamentar, não substancial, nada deixando de recolher-se ao Estado. Ademais, negar-se direito ao crédito, por inobservância de requisito formal, importaria em infringência do princípio da não cumulatividade da incidência do ICM.

O crédito referente à aquisição de feiras deveria ser mantido. Trata-se de material passível de ser consumido no processo de industrialização, embora não se incorpore ao produto final. As feiras enquadravam-se no art. 33, § 7º, do decreto 22.193/73, o que ressaltava a legitimidade do crédito efetivado.

A Pirelli S. A. Cia. Industrial Brasileira havia devolvido material adquirido da autora sem efetuar o destaque do ICM na nota fiscal. A remessa correspondeu um débito. Assim, à entrada correspondeu um crédito, pois, caso contrário, na posterior saída do bem ocorreria duplo pagamento de imposto. Isso já seria o bastante para justificar o procedimento da demandante. De outra parte, o destaque do ICM, a maior ou a menor, em face de erro de escrita, não constituía cálculo em desacordo com a lei, de modo que o destinatário podia creditar-se pela importância exata. Concluiu-se que, nesse item, tampouco houve lançamento que propiciasse vantagem indevida à autora ou dano ao erário.

A feira, embora consumida no processo de industrialização, permitia retificação. Contudo, não era bem durável, nem integrante do ativo fixo da empresa. Mas o simples fato de as feiras permitirem retificação não as desclassificava como produtos consumidos no processo de industrialização. Por isso, correta a conduta da autora, no particular.

O item VI aludia a notas fiscais não lançadas ou lançadas na coluna de isentos no Registro de Saídas. Embora isso tivesse acontecido, não deixou de ser pago o ICM devido. Em alguns casos, o lançamento do débito pelas saídas deveu-se a não comercialização da compra e venda, que originou a devolução das mercadorias recebidas. Como o crédito destas não tinha sido lançado, a autora igualmente não registrou o débito pelas saídas. Se efetivasse tal registro, seria desprezado o princípio da não cumulatividade do tributo. O débito poderia ser lançado se houvesse, ao mesmo tempo, o registro dos créditos pela entrada. Em qualquer modalidade, porém, nenhum imposto seria devido. A questão resumia-se em mera infração regulamentar. Portanto, não poderia ser acolhida a pretensão fiscal nesse tópico também.

Grande parte das operações referidas foram remessas para conserto, ocorridas antes de 5-6-70. Assim, já se havia concretizado o prazo de decadência previsto no art. 150, § 4º, do CTN. Sendo o ICM tributo cujo lançamento se faz por homologação, aplicável a regra acima. Ademais, a maioria desses bens era constituída de feiras, que o Fisco entendeu tratar-se de bens duráveis, com impossibilidade de aproveitamento do crédito do ICM. Mas, se assim fosse, haveria isenção, nos termos do art. 5, XIV, do decreto 22.493/73. Caso contrário, haveria direito ao crédito nas devoluções, o que anularia o débito pelas saídas.

Quanto à nota fiscal nº 002134, aconteceu lapso da autora na indicação do dispositivo de isenção, que era o art. 5, VII, e não o art. 6, XXII, do decreto acima mencionado. A simples incorreção da nota não alterava a essência da obrigação, transformando em tributável o que era isento.

No tocante às notas fiscais 000357, 000362, 002002 e 001989, continham erros materiais. Todavia, as operações foram registradas. Descabia, portanto, a penalidade prevista no art. 7, I, "e", da lei 6.573.

Daí porque se impunha a anulação do lançamento em tela.

A autora pediu o depósito judicial da importância em litígio, em conta com correção monetária e juros, para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, do CTN, o que foi deferido, com a concordância do Ministério Público e a oposição do Estado.

O Estado contestou.

A primeira situação focada na inicial dizia respeito à remessa de sucata para industrialização em outro Estado. A autora examinava o conceito de circulação à luz de duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais opostas. A primeira identificava circulação com transferência de propriedade e posse de bens. Conforme tal ponto de vista, a mercadoria remetida e transformada não circulava, pois sua posse e propriedade permaneciam com a autora. De acordo com a segunda posição, como o bem saía para retornar, o fato não constituía nova etapa do processo circulatório. Assim, de qualquer forma, o tributo seria indevido. A autora afirmava que o contrato firmado com o executor da encomenda era a empreitada, também podendo configurar o comodato. Mas não. Existia prejuízo concreto para o Fisco, em razão da primitiva saída tributada a menor. A hipótese enquadrava-se no art. 1º, I, da lei 6.485/72, em combinação com o art. 114, do CTN. No ICM, o fato gerador do tributo era a saída das mercadorias do estabelecimento comercial, industrial ou produtor, ou a transmissão da propriedade destas, quando não houvesse trânsito pelo estabelecimento do transmitente. Ora, a autora promovia saídas de sucata para industrialização. A sucata passava à disposição do estabelecimento transformador, distinto, situado fora do Estado. Tal estabelecimento transformava o bem, agregando-lhe valor. O bem era mercadoria e a operação transferia sua titularidade. O ICM tinha como fato gerador um fenômeno de circulação, cuja exteriorização era a saída. A causa jurídica da circulação era irrelevante. As remessas de sucata eram saídas geradoras de ICM, pois ocorriam em função do fenômeno econômico da circulação de mercadorias. A sucata estava e permanecia dentro do fluxo da circulação, dirigindo-se sem interrupção para o consumo, tanto que o destinatário, em outro Estado, agregava-lhe valor. Até mesmo entre estabelecimentos da mesma pessoa, nas transferências de mercadorias em geral, em operações interestaduais, havia incidência do tributo, ocorrendo agregação de valor.

*Nem a própria autora acreditava na tese da não incidência, pois recolheu imposto nas saídas da sucata, embora a menor. Se não houvesse circulação, não haveria incidência e imposto algum deveria ser recolhido. Mas se o tributo foi pago e a lei previa base de cálculo específica, é porque ocorria a incidência, defluente da circulação.

Quanto ao alegado comodato, era irreconhecível. O bem, ao retornar ao proprietário, estava com seu valor reduzido pelo uso, depreciado por consumo parcial. No caso, a mercadoria retornou com valor agregado. A transferência do uso da coisa era da essência do comodato. O bem devia ser infungível.

A autora havia adotado, para base de cálculo do imposto incidente nas remessas de sucata, valor inferior ao estabelecido nas normas legais aplicáveis: art. 2, II, do decreto-lei 406/68, art. 5, II, da lei 5.373/66, art. 24, II, do decreto 20.148/70, art. 12, II, da lei 6.485/72 e art. 24, II, do decreto 22.493/73. Cabia-lhe utilizar base de cálculo consentânea com o preço corrente da mercadoria ou similar na praça do remetente. Contudo, deu às saídas valores fictícios e inferiores aos do mercado. Por exemplo, remeteu sucata de cobre nu a Cr\$ 8,00 o kg, quando vendia o mesmo

a Cr\$ 14,14 o kg. Adquiriu sucata da CEEE a Cr\$ 7,50 e remeteu a Cr\$ 6,00, para ter base de cálculo menor. A escolha dessa base inferior à legalmente fixada causou retardamento no ingresso do imposto no erário público, imposto devido na época das saídas. Daí a imposição da multa de Cr\$ 207.469,88, de acordo com o art. 71, III, da lei 6.537/73. Por benevolência fiscal, foram consideradas apenas a intempestividade e a forma inadequada do recolhimento na fase intermediária da circulação.

A apuração do ICM estava sujeita ao resultado da contabilização dos créditos com as entradas de mercadorias no estabelecimento do contribuinte e dos débitos relativos às saídas. Por isso, aparentemente a totalidade do tributo devido nas operações com a sucata foi recolhido. Porém, na primeira etapa (primitiva remessa de sucata), o imposto a recolher constituía receita firme do Estado, e na última, a saída do produto industrializado, sem similar, gozava de incentivo fiscal. A autora não revelava a existência de incentivo. Este consistia no montante do imposto pago, incidente sobre o valor adicionado pelas indústrias, relativamente a produto sem similar no Estado, que era integralmente restituído ao contribuinte. Valor adicionado era o da saída dos produtos, deduzido o valor das entradas. Na saída da sucata a São Paulo, deveria haver tributação, pois não havia saída de produto incentivado e o ICM decorrente da operação era receita firme do Estado. A autora lesou o Fisco ao utilizar-se de valores inferiores nas saídas. Afirmou que na última etapa (face à compensação débito-crédito) o imposto era recolhido neste Estado, esquecendo-se de assinalar que o mesmo lhe seria restituído. A faixa de incentivo, quanto menor o valor atribuído à primitiva remessa de sucata, aumentava. Daí o interesse em subfaturar, diminuindo artificialmente o custo da matéria-prima, pois no outro Estado ocorreria a adição de valor. A prática era fraude fiscal, pois o subfaturamento proporcionava à autora maior devolução, por parte do Estado, face aos incentivos de que gozava como fabricante de produtos sem similar.

O item II da inicial versava sobre empréstimos feitos pela autora, de matéria-prima, à empresa do mesmo grupo, sediada em São Paulo. Em 1973 e 1974 efetuou a devolução dessa matéria-prima para a firma paulista, mantendo a mesma base de cálculo do empréstimo. O mútuo obedecia às seguintes regras: 1. - remessa de matéria-prima encomendada de São Paulo, com base de cálculo adequada ao preço corrente do mercado atacadista da praça da remetente; 2. - entrada da mercadoria no estabelecimento da autora, com crédito fiscal correspondente ao imposto pago em São Paulo; 3. - importação da matéria-prima, para solução do mútuo, via Santos, entregue diretamente à firma paulista; 4. - O ICM relativo à última saída era recolhido aqui, por tratar-se de hipótese de incidência em que há transmissão de propriedade, embora a mercadoria não transitasse pelo estabelecimento do transmitente; 5. - a mesma base de cálculo utilizada na primitiva remessa correspondente ao empréstimo era atribuída à saída promovida pela mutuária, com o que, pela compensação débito-crédito, nada recolhia ao erário rio-grandense. Mas a última operação - saída de matéria-prima correspondente à devolução - devia manter base de cálculo específica, estabelecida em lei, ou seja, o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista da praça do remetente.

Sucedia que, ao mesmo tempo em que remetia mercadorias a São Paulo, para solução do mútuo, vendia, paralelamente, matéria-prima idêntica à firma paulista, utilizando valores diversos em cada operação, o que evidenciava fraude fiscal.

A base de cálculo fixada legalmente prevalecia para a remessa da mercadoria emprestada, bem como para o reenvio promovido pelo mutuário quando da solução do mútuo. Havia duas saídas tributáveis, promovidas por dois contribuintes distintos. Inexistia dificuldade para encontro da base de cálculo correta, pois a própria autora vendia a mesma matéria-prima a São Paulo, por valores que estabelecia. Inaceitável, portanto, a alegação de desconhecimento desse elemento ou de impossibilidade para sua fixação. Verificava-se, da autuação, que o custo da mercadoria na importação era substancialmente superior ao preço atribuído pela autora na operação de remessa, não sendo admissível que o mercado atacadista tivesse preço inferior ao custo de importação.

O prejuízo do Estado era concreto. Adotando-se base de cálculo menor pagava-se menos ICM. A matéria-prima reenviada definitivamente a São Paulo era ali transformada e destinada ao consumo. Assim, àquele Estado couberam as diferenças que deveriam ter sido recolhidas aqui. Foi burlada a correta distribuição da receita reservada a cada Estado. O ICM aqui sonogado não era passível de recuperação.

Não havia analogia entre mútuo e devolução. Em consequência, imprestável a jurisprudência mencionada pela autora.

A demandante insurgia-se contra a multa de 200%. Entendia que, se as operações foram registradas, com individualização da mercadoria, não havia como aplicar penalidade que visava a falta de registro das operações. Mas ocorria que as operações foram registradas com valor fictício, irreal, já que a autora lançou valores inferiores àqueles correspondentes ao "quantum" exato a ser oferecido à tributação.

O item III da inicial relacionava-se com o aproveitamento indevido de créditos fiscais. A autora vendia mercadorias a terceiros, emitindo notas fiscais com destaque de ICM. Posteriormente, concedia descontos nos preços dos bens transferidos, adotando esses descontos como base de cálculo para créditos fiscais de que se aproveitava, os quais foram glosados pela fiscalização. Ilegítimo o procedimento, pois a autora, após a emissão do documento fiscal hábil e através documento impróprio, estornou débitos corretamente consignados. Não pode ser acolhido o argumento de que os destinatários da mercadoria não se utilizarão da totalidade do crédito fiscal oriundo do negócio. Ao contrário os adquirentes não estão obrigados a estornar os créditos fiscais originários, face à alteração posteriormente feita. O prejuízo do Fisco era evidente, pois, em função dos descontos, a autora estornava parte do débito originário, reduzindo-o, ao passo que os destinatários das mercadorias mantinham o crédito resultante da operação depois alterada.

Também irregular a conduta da autora nas devoluções de materiais feitas por clientes. Emitia notas de crédito equivalentes aos valores das operações, anulando quaisquer efeitos dos negócios desmanchados. Em relação às devoluções, não exibiu notas fiscais que terceiros teriam emitido para documentar as restituições. Os documentos que a autora apresentou, para justificar a utilização desses créditos, ilegítimamente apropriados, não guardavam a mínima afinidade com um documento fiscal regular, aproximando-se apenas de peças de uso e controle interno. Daí a aplicação do art. 33, III, do decreto 22.493/73. Ademais, importante ressaltar a falta de prova de que houvessem os remetentes pago o imposto relativo à etapa que lhes dizia respeito, única condição para o questionado aproveitamento.

As feiras não eram bens consumidos no processo de industrialização, mas integrantes do ativo fixo da empresa. Passíveis de desgaste, como parte do equipamento industrial, enquadravam-se no art. 33, § 7º, do decreto supra aludido. Como partes, peças e acessórios de máquinas, são ressaltadas, no parágrafo, da possibilidade de utilização do crédito correspondente à entrada. Com tais características, não há previsão legal para aproveitamento do crédito fiscal. Tanto são bens duráveis que podem ser recuperados, mediante retificação. Por isso, a entrada dessa mercadoria, ainda que venha com débito do imposto, satisfeito pelo vendedor, não origina crédito para o adquirente, pela impossibilidade de sua compensação, pois não mais vai circular, ficando indisponível contabilmente pela sua destinação.

A autora aproveitou-se também de crédito fiscal relativo a mercadorias constantes de notas fiscais que não continham destaque de ICM. A falta de destaque gera a presunção de que o tributo correspondente, se devido, não foi satisfeito. Em consequência, não caberia o aproveitamento, sem que fosse comprovada apenas falha formal (omissão de lançamento). Mas tal prova não foi produzida.

Tampouco possível o aproveitamento de crédito fiscal apropriado em função de recebimentos de feiras, após retificadas por terceiros. Bens integrantes do ativo fixo, não consumidos no processo industrial, descabe o aproveitamento do crédito gerado pela nova entrada, ocorrida depois da retificação.

Disse a autora que, em alguns casos, não houve a concretização da compra e venda, do que resultou a devolução das mercadorias. Em outros, remessas de bens para conserto em Estado diverso, deixou de registrar o débito do tributo, não tendo registrado também o crédito correspondente. Mas foi necessária a ação fiscal para que se desvelasse a prática dessas infrações, que traduziam sonegação. Não lançar nota fiscal em livro próprio resulta em ausência de tributação na saída, com prejuízo para a Fazenda. Danoso, igualmente, o fato de efetuar lançamento de base de cálculo menor do que a destacada na nota fiscal. Prejudicial, ainda, destacar o ICM em documentos fiscais emitidos e omitir seu lançamento, ou registrá-los em coluna imprópria à denúncia do débito. Com isso, a autora deixou de recolher Cr\$ 82.798,00. Na espécie, presumia-se a sonegação.

Não valia, no equacionamento dos autos, o art. 150, § 4º, do CTN, que trata, especificamente, de homologação de lançamento. Nessa hipótese, o prazo de decadência iniciava-se da ocorrência do fato gerador. Aqui, aplicava-se o art. 173, I, do CTN, pois não houve o recolhimento do imposto.

A improcedência da ação decorria de todo o exposto.

A autora replicou (fls. 672/681), insistindo nas teses da inicial.

Foi determinada a realização de perícia, a pedido das partes. Autora e réu indicaram assistentes, que foram compromissados, bem como o perito do Juízo. Os litigantes formularam quesitos, inclusive complementares.

O Estado manifestou-se sobre os laudos, a fls. 1.117/1.123.

Em audiência, as partes analisaram o conteúdo dos autos, tendo o Ministério Público opinado pela improcedência da ação. A autora pediu juntada de memorial, o que foi deferido.

É o relatório. Passo a decidir.

Descabida a invocação da autora ao art. 150, § 4º, do CTN. A norma se refere à homologação. Esta, para ocorrer, exige que se realize o pagamento antecipado do tributo. Esse pagamento, sob condição resolutória da posterior homologação, é que extingue o crédito. Não efetuado, nada existe a ser homologado. No caso, o imposto não foi recolhido. Por isso, pôde ser objeto de lançamento de ofício, mediante a autuação impugnada, obedecido o prazo do art. 173, I, do mesmo diploma. Assim, não há como falar em decadência ou prescrição.

Entendo que a remessa de sucata, para transformação em lingotes de cobre, configura circulação. Inegável que houve saída física da mercadoria, promovida por industrial. A saída teve por objetivo a transformação do bem, para possibilitar seu consumo, ponto final da seqüência circulatória. Houve, portanto, um movimento tendente a essa finalidade, caracterizando-se, conseqüentemente, uma etapa no processo de circulação. O ICM tem como fato gerador a circulação da mercadoria, movimentação no sentido do consumo. As operações pelas quais se efetiva esse impulso finalístico são o pressuposto do fato gerador, suas exteriorizações. A remessa para transformação visa dar condições ao bem para consumo. Portanto, não pode deixar de ser encarada como etapa da circulação. Não se trata de industrialização procedida dentro do próprio estabelecimento do contribuinte. Ao contrário, ocorreu deslocamento no espaço, movimentando-se o bem entre contribuintes distintos. Ora, a remessa interestadual de mercadoria entre dois estabelecimentos da mesma pessoa já configura circulação. Indubitável que a transferência é hipótese de incidência. De ressaltar que, no caso, os estabelecimentos pertencem a pessoas jurídicas diversas. Ademais, impossível vislumbrar-se

o comodato. Não se trata de empréstimo de bem infungível, a ser utilizado por outrem e devolvido na sua individualidade própria. O bem foi enviado para beneficiamento (não para uso), dando-se a transformação da coisa remetida, circunstância que veda sua devolução no estado original.

Tampouco a argumentação de que existiu empreitada vale para subtrair a autora da obrigação tributária. É que, no domínio fiscal, importa o fato da saída da mercadoria, de um para outro estabelecimento. Essa mercadoria foi à disponibilidade do estabelecimento situado fora do Estado, que passou a ostentar a titularidade da coisa, embora precariamente, para aperfeiçoamento. Não vem ao caso o título jurídico explicativo da transferência. Basta que a movimentação se integre na circulação (no sentido fiscal) ou em etapa sua, para que incida o tributo.

Verifica-se que a autora adotou, para base de cálculo do ICM incidente sobre a remessa de sucata para industrialização, valor inferior ao estabelecido na legislação pertinente. Isso, aliás, foi constatado na perícia, pelo perito e pelo assistente técnico do demandado. A base de cálculo deveria ser consentânea com o preço corrente da mercadoria na praça da autora. Esta, porém, deu às saídas valores fictícios e menores do que os vigentes no mercado. Por exemplo, adquiriu da Companhia Estadual de Energia Elétrica sucata de cobre a Cr\$ 7,50 o kg e remeteu a mercadoria para São Paulo a Cr\$ 6,00. Esse critério, como salientou a contestação, causou retardamento ao ingresso do tributo nos cofres públicos, pois o recolhimento do montante certo efetivou-se tempos após, como consequência da ação fiscal. Daí a imposição da multa de Cr\$ 207.469,88, com arrimo no art. 71, III, da lei 6.537/73, em razão da intempestividade e da forma inadequada do recolhimento em fase intermediária da circulação.

Na primeira etapa da circulação (remessa da sucata), o imposto a recolher constituía receita firme do Estado. Já na última, a saída do produto industrializado, que era sem similar, gozava de incentivo fiscal. Tal incentivo equivalia ao montante do imposto pago, incidente sobre o valor adicionado na industrialização, integralmente restituído ao contribuinte. Assim, o imposto em tela era devolvido à autora. O interesse desta em subfaturar a matéria-prima estava em que, quanto menor o valor atribuído à remessa, maior a faixa do incentivo. Em consequência, visível a prática fraudatória, de resultados prejudiciais ao erário estadual.

De outro lado, a saída de mercadoria correspondente à devolução devia manter base de cálculo específica, conforme estipulado na legislação tributária. Em outras palavras, essa base é o preço corrente da mercadoria ou de similar no mercado atacadista da praça do remetente, como consta do art. 24, II, do decreto 22.493/73. Na espécie, verificou-se que a autora remetia mercadoria a São Paulo, para solução de mútuo, ao mesmo tempo em que vendia mercadoria idêntica a empresa daquele Estado. Mas utilizava, na devolução e na venda, valores diferentes. As notas fiscais 005508 e 002042 eram exemplo dessa conduta. A primeira, de compra e venda, ostentava o valor de Cr\$ 19,50, enquanto a segunda,

de devolução, o de Cr\$ 8,65. Evidenciado, portanto, o prejuízo do Tesouro rio-grandense, já que, adotada base de cálculo menor, reduz-se o tributo. Inaceitável a argumentação da autora, quando fala da dificuldade de encontro da base de cálculo. Viu-se que ela mesma conhecia qual o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista de sua praça.

A penalidade prevista no art. 7, I, "e", da lei 6.537/73 foi bem aplicada. Os autos mostraram que as operações, embora registradas, com individualização da mercadoria, quantidade e características, o foram com valores fictícios e irreais, pois inferiores àqueles que deveriam ser oferecidos à tributação. A situação, como acentuou o contestante, não tem semelhança com a do contribuinte que, embora deixando de recolher o imposto, informou com acerto o "quantum" do débito. O registro de valor inferior corresponde a falta (ao menos parcial) do próprio registro. Daí o ajuste dos fatos ao tipo penal invocado pelo Fisco.

A autora também se apropriou indevidamente de créditos fiscais. No primeiro caso, vendeu mercadorias a terceiros, com destaque de ICM. Posteriormente, concedeu descontos nos preços dos bens alienados, tendo adotado esses descontos como base de cálculo para créditos fiscais. O procedimento não tem amparo legal, pois houve estorno de débitos corretamente consignados, acontecendo que os adquirentes não estão obrigados a estornar os créditos fiscais originários por causa da alteração introduzida no valor da operação mercantil. Ora, o estorno do débito implicou em sua redução e a manutenção do crédito, pelo adquirente, em seu nível primitivo, implicou numa diferença entre as duas cifras, o que, por sua vez, traduz-se em prejuízo ao erário público.

No segundo caso, tratou-se da devolução de mercadorias feita por clientes, quando a autora emitiu notas de crédito equivalentes aos valores das operações, com o objetivo de nulificar os efeitos dos negócios desmanchados. Constatou-se que a autora não exibiu as notas fiscais emitidas pelos terceiros, destinadas a documentar as devoluções. Ao contrário, mostrou peças que não configuravam documento fiscal regular, meros papéis de uso interno. Por isso, a aplicação do decreto 22.943/73, art. 33, III. Ademais, não provou que os remetentes tivessem pago o tributo, relativamente à etapa que lhes tocava, para que pudesse fazer jus ao aproveitamento, sem contradita, nos termos dos arts. 3 e 41, dos decretos 406/68 e 22.493/73, respectivamente.

Quanto às feiras, não são bens consumidos no processo de industrialização, mas integrantes do ativo fixo da empresa. Embora enquadráveis no art. 33, do decreto 22.493/73, no § 7º são ressalvados, expressamente, quanto à possibilidade de utilização do crédito correspondente à sua entrada. As feiras, passíveis de retificação (de 4 a 5 vezes), caracterizam-se como bens duráveis. Recuperadas, novamente servem à sua finalidade. Assim, a entrada dessa mercadoria, ainda que com o débito do imposto satisfeito pelo vendedor, não cria crédito para o comprador, pela impossibilidade de sua compensação. A feira, depois, não mais circulará, mantendo-se na posse do adquirente, integrada no ativo fixo, tornando-se indisponível contabilmente, por sua destinação, como bem acentuou o contestante.

Ilícito ainda o aproveitamento de crédito fiscal correspondente a mercadorias constantes de notas fiscais sem destaque de ICM. Tal aproveitamento somente seria possível se provado que a falta de lançamento não traduziu, em realidade, falta de recolhimento, mas mera falha formal. A prova exigida, contudo, não foi feita.

Os demais itens da inicial, relacionados com os de números 4, 5 e 6 do auto de lançamento, também foram vantajosamente analisados e repelidos na contestação, a fls. 636/637, com argumentos que merecem acolhida.

Em resumo, nada existe a corrigir na conduta fiscal, no concernente a todos os aspectos da demanda.

Faço ao exposto, julgo improcedente a ação, para condenar a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios do réu, estes arbitrados em 20% do valor dado à causa, bem como à satisfação dos honorários do perito (na soma pedida a fls. 737 e 1.053) e do assistente técnico do demandado (no montante requerido a fls. 1.035 e 1.054).

Intimem-se.

Porto Alegre, 22 de outubro de 1979.

(a) Sergio Moura
Juiz de Direito

CANCELAMENTO DE TRANSCRIÇÃO

APELAÇÃO

AVANI VALERIA RIGO BUSATO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE SANTA ROSA.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da Ação Ordinária de NULIDADE E CANCELAMENTO DE TRANSCRIÇÃO DE IMÓVEL, que promove contra MÓVEIS SCALCO LTDA., através da Procuradoria signatária, não conforme com a r. decisão de primeiro grau que julgou improcedente a ação, respeitosamente vem interpor o competente recurso de apelação, com fundamento nos artigos 513 e seguintes do Código de Processo Civil, e no prazo dos arts. 500 e 188 do mesmo diploma legal, pelos motivos e fundamentos expostos nas razões inclusas.

Assim sendo, requer a V. Ex^a, recebido o presente, se digne encaminhá-lo a quem de direito e na forma da lei.

P. Deferimento.

Porto Alegre, 09 de maio de 1980.

AVANI VALÉRIA RIGO BUSATO.

Procuradora do Estado

EGRÉGIA CÂMARA

A reforma da r. decisão de primeiro grau se impõe, vez que seus fundamentos estão em desacordo com os princípios doutrinários que orientam a matéria, não tendo, pois, alcançado a costumeira justiça.

Com efeito, ingressou o Apelante com ação ordinária de nulidade e cancelamento de transcrição de registro imobiliário contra o apelado, com a finalidade de ver cancelado o registro da sentença, em ação de usucapião, que atribuiu ao recorrido o domínio de um bem público.

A pretensão do recorrente repousa na circunstância de que o imóvel usucapido, por ser bem público, é imprescritível que decorre de sua indisponibilidade.

Destaca, a peça vestibular, a inexistência de trânsito em julgado da decisão judicial, que por ser nula e conter vícios insanáveis é também ineficaz.

Não obstante a clareza da exposição, entendeu o MM. Juízo de primeiro grau de acolher a exceção de coisa julgada, dando por extinto o feito.

Da inexistência de coisa julgada.

Desde logo devemos deixar claro que o recorrente não visa "rescindir sentença que transitou em julgado" ou "desconstituir o efeito de sentença definitiva", como argumentou o recorrido e acolheu o julgado impugnado, pois, para essas hipóteses, o remédio jurídico a ser adotado seria o previsto no art. 485 e seguintes do C. Processo Civil, ou seja, a ação rescisória.

Na hipótese "sub judice", exatamente porque não reconhece o apelante a qualidade de coisa julgada, é que formula o pedido de decretação de nulidade e ineficácia da sentença, e, como corolário lógico, o cancelamento de sua transcrição no registro imobiliário.

Realmente, não há coisa julgada, eis que a sentença, como ato processual, para atingir sua plenitude necessita ter existência, validade e eficácia.

"A sentença, examinada no plano da existência, precisa de elementos para existir, no plano da validade, de requisitos para ser válida e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia para ser eficaz", segundo ensinamentos de Antonio Junqueira de Azevedo (apud. Negócio Jurídico, pag. 32)

Os requisitos para a validade de um ato jurídico são os mencionados no art. 82 do Código Civil, ou sejam: a) capacidade do agente; b) objeto lícito; c) forma prescrita em lei.

O mesmo diploma legal estabelece – no art. 145 – é nulo o ato jurídico:

1. omissis
2. quando for ilícito ou impossível, o seu objeto.
3. omissis
4. omissis
5. quando a lei taxativamente o declara nulo, ou lhe negar efeito:

Vemos assim que o ato jurídico, para ter validade necessita de objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Ora, desde o advento do Código Civil, e inclusive pela súmula 340 do STF, os bens públicos são inusucapíveis, significa que o objeto da ação de usucapião era impossível, a teor das disposições legais, invalidando, com isso todo o processado, e como consequência a própria sentença, pois o vício é insanável.

Já PONTES DE MIRANDA consignou:

"A infração do art. 1.089 acarreta a nulidade (145, V). É o que também ocorre com a indisponibilidade dos bens do Estado (art. 67) e a inusucapibilidade desses bens (Decreto-Lei nº 710, de 17 de outubro de 1938)". Tratado de Direito Privado, Parte Geral, 1970, tomo IV, pág. 156.

Por outro lado, argumenta o recorrente, que o objeto não é somente impossível, como também o é ilícito. Ilícitude que decorre da má fé com que se houve o usucapiente a fim de obter o domínio do imóvel. Antes mesmo de ingressar com a ação de usucapião, formulou o apelado uma proposta de permuta ao Estado, onde reconhecia expressamente a condição de bem público, por isso que sua assertiva na inicial de que o imóvel pertencia a OCTAVIO BORGES FORTES DE OLIVEIRA está eivada de ilicitude, pois induziu intencionalmente o MM. Julgador ao erro.

Ilícito e impossível o objeto, todo o processo estará comprometido, e porque não há condições de serem sanados os atos, os subseqüentes, inclusive a sentença, são nulos a teor do art. 248 do Código de Processo Civil. Como consequência da nulidade, a sentença também se tornou ineficaz.

No "Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões", Pontes de Miranda, referindo-se a sentença nula, na pág. 452, o faz da seguinte forma:

"É nula a sentença: se faltar algum requisito de validade; se ocorreu, no curso do processo, alguma nulidade que se não sanou (quebrada a cadeia dos atos processuais, são nulos os atos dependentes, segundo o Código de Processo Civil, artigo 248; e a sentença é um deles), em si mesma. A nulidade da sentença transita em julgado pode-se apurar em ação de nulidade. Tal o sistema do Código de Processo Civil".

É ele mesmo quem nos dá um exemplo claro, na pág. 456, onde a situação, embora não igual ao caso sub judice, tem muitos pontos em comum:

"...a do absolutamente incapaz, sem representação no processo, cuja citação foi nula, por isso mesmo. Ai a nulidade é *ipso iure*, atingindo a citação e a sentença, que não cobre essa nulidade. Cabe então, a ação de nulidade". – Grifei

Celso Neves, em COISA JULGADA CIVIL, pág. 479, refere que Alfredo Buzaid, ao justificar um voto a respeito do assunto, assinalou:

"A sentença proferida em processo nulo não é sentença. Não produz jamais autoridade de coisa julgada".

REMEDIO JURÍDICO INIDONEO

Outro aspecto do qual discordamos da r. decisão de primeiro grau diz respeito à ação cabível para se obter a decretação da nulidade da sentença. Entendeu o MM. Julgador que sentença nula só é atacável através de ação rescisória; esquecendo, que ser rescindível é muito menos do que ser nulo.

Ademais, a distinção do nulo "ipso iure", do nulo rescindível não é criação do apelante, mas de disposições legais e para comprovar o engano do julgado impugnado basta lembrar o art. 741, inciso I do C.P. Civil.

O devedor não necessita ingressar com ação rescisória para rescindir sentença nula em cujo processo não foi citado, basta alegar, em sua defesa, essa nulidade nos embargos do devedor.

Essa distinção é feita igualmente, pelos grandes tratadistas do direito, entre eles, Pontes de Miranda, como figura impar por seu notável conhecimento. E para ilustrar a afirmação acima, destacamos do TRATADO DA AÇÃO RESCISÓRIA, pág. 120, o seguinte:

"...não há ação rescisória de sentença que pode ser revogada ou reformada, porque a tal sentença falta coisa julgada formal. Nem de sentença inexistente, pois seria rescindir-se o que "não é": não se precisaria de desconstituir, bastaria, se interesse sobrevém a alguma alusão a essa sentença, a decisão declarativa de inexistência.

Nem de sentença nula, porque se estaria a empregar o menos, tendo à mão o mais". (Grifei)

Já nas fls. 195 e seguintes, da mesma obra, o autor nos fornece os meios para se evitar qualquer investida por parte de quem tenha em mãos uma sentença inexistente, ou nula, ou ineficaz e que são em número de três, quais sejam:

a – Autor, reconvinte, réu ou reconvido ou qualquer pessoa que se ligou subjetivamente à relação jurídica processual pode volver a juízo, exercer a sua pretensão à tutela jurídica, com os mesmos pressupostos de pessoa, objeto e causa, sem que se lhe possa opor, com proveito, a res iudicata: as sentenças inexistentes e as nula ipso iure não produzem coisa julgada... omissis.

b – Opor-se a qualquer ato de execução, por embargos do devedor, ou por simples petição; porque, ainda que impossível a prestação, há o ingresso à execução: a sentença de prestação impossível não dá, nem tira, mas como aparência, vai até onde se lhe declare a impossibilidade cognocitiva, lógica, moral ou jurídica".

c – Usando-se o remédio jurídico processual rescisório, a corte julgadora, ou o juiz singular (omissis), na preliminar e mérito, no julgamento

de iudicium rescindens, dirá que o autor não tem a ação rescisória, porque essa, tende à rescisão das sentenças, e a sentença que se pretende rescindir é inexistente ou nula ipso iure. Aí mesmo pode ele declarar a inexistência da sentença, tendo a sua decisão a natureza de sentença em ação declaratória, ou decretar a nulidade de pleno direito da sentença, tendo eficácia constitutiva negativa a sua decisão; já se chamou a atenção para esse ponto: no pedido mais forte está compreendido o menos forte se nele cabe. Por isso a ineficácia também é declarável. Há também o princípio da subsidiariedade da ação rescisória: se inexistente, ou se é nula a sentença, não se decreta a rescisão, mas declara-se a inexistência, ou decreta-se a nulidade".

Assim sendo, por tudo o mais que já ficou suficientemente esclarecido na peça vestibular, espera o apelante que essa Egrégia Câmara haja por bem reformar a decisão recorrida, para julgar procedente a ação, na forma da Lei.

P. Deferimento

Porto Alegre, 10 de maio de 1980.

HABEAS-CORPUS

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

DELITO PRATICADO CONTRA O PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO DE MILITARES DA BRIGADA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO PENAL MILITAR E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ-PRESIDENTE DA CORTE DE APELAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO, brasileiro, casado, consultor jurídico do Estado, ora nas funções de advogado de ofício junto à 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado, vem perante Vossa Excelência, respeitosamente, impetrar ordem de **habeas-corpus** em favor de ANTONIO JOSÉ ZIMMERMANN DA SILVA brasileiro, casado, soldado da Brigada Militar, ora domiciliado e residente na capital do Estado, fazendo-o com fomento no art. 153, § 20, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, combinado com o art. 487, c, do Código de Processo Penal Militar, e em virtude dos fatos e fundamentos que a seguir serão expostos:

1. Perante a Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, na sua 3ª Auditoria, está o paciente sendo processado (proc. 15/78), juntamente com MIGUEL ANCHETA FILHO e SEBASTIÃO GONÇALVES DA SILVA, em virtude de fato assim descrito na respectiva denúncia:

"No dia 17 de junho do corrente ano, na cidade de Três Passos, os acusados quitaram um contrato de promessa de compra e venda de um terreno adquirido pelo Grêmio Beneficente 'Antônio Mendes Filho' dos Cabos e Soldados da Brigada Militar ao civil Armino Haas, conforme se verifica do contrato e recibo de quitação inclusos. Na mesma data venderam ao civil Lauro Mohr dito imóvel pelo preço de Cr\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil cruzeiros), sendo Cr\$ 22.000,00 (vinte e dois mil cruzeiros) em moeda corrente e o saldo representado por duas notas promissórias, cada uma de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), com vencimento em 17 de julho e 17 de agosto do corrente ano e devidamente registradas na Secretaria da Receita Federal, ut documentos juntos.

Isto posto, ardilosamente, os acusados tomaram uma declaração por escrito do comprador Lauro Mohr de que o negócio teria sido

efetuado pelo valor de Cr\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil cruzeiros), e dataram o papel com a data de 8 de junho de 1975, ut documento anexo.

Para a prática dos atos fraudulentos não trepidou o Cabo PM Miguel Anchieta Filho em atuar s/legitimidade jurídica, eis que fora afastado da presidência do Grêmio Beneficente, por deliberação expressa da diretoria em 9 de junho e, ademais, não possuía a procuração, ut ata nº 43, da sessão do Grêmio.

Finalmente, os **acusados** se apropriaram do valor da diferença entre o negócio real e o fictício, apresentando a quantia inferior com a correspondente a cessão do imóvel".

2. A aludida peça inicial da ação penal militar termina por enquadrar os três denunciados como incursos nas penas do art. 251, § 1º (disposição de coisa alheia como própria), 303 (peculato) e 311 (falsificação de documento), do Código Penal Militar.

3. O processo acha-se pronto para julgamento, estando o mesmo marcado para 6 de novembro vindouro.

4. Entende o impetrante que, com relação ao paciente que está a defender, pelo menos, não há justa causa para o processo penal militar.

5. A participação do mesmo se reduziu a transportar os co-réus, em seu automóvel particular, desde Passo Fundo até Três Passos, onde Miguel Anchieta Filho, na sua condição de presidente do Grêmio Beneficente "Antônio Mendes Filho", dos Cabos e Soldados da Brigada Militar, solicitou fosse levado, o que foi atendido como cortesia ao mesmo, que desempenhava tão importante missão junto à entidade civil e beneficente que congrega os inferiores da Força.

6. A denúncia, que inicia a ação penal contra o paciente e contra os demais co-denunciados, cuja narração dos fatos ditos criminosos se transcreveu atrás, é evidentemente inepta, pois os enquadra em figuras do Código Penal Militar, sem a **exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias**, o que é imperativamente exigido pelo Código de Processo Penal Militar, incidindo o art. 5, IV, do CPPM.

Com efeito, omite a denúncia que o paciente transportou Anchieta de Passo Fundo a Três Passos; escusa-se de especificar em que teria consistido a conduta de cada um dos três denunciados; deixa de distinguir de que maneira, todos ou cada um ou um só deles, teria praticado os três delitos em que ela os enquadra.

Por absolutamente inepta, impeditiva mesmo de uma adequada formulação de defesa, a própria denúncia importa em cerceamento do direito de defesa do

paciente e dos demais co-denunciados, cujas condutas foram encobertas, num lamentável atecnicismo que não os deixa saberem nem como teriam praticado os nefandos delitos a eles imputados nem que tipo de raciocínio teria levado o ilustre Promotor Militar a dá-los, aos três, como incursos nas disposições penais invocadas.

7. É evidente, pelos próprios comemorativos dos autos, – o que poderá ser aferido pelo próprio axame dos mesmos, que pede sejam requisitados – que o paciente:

A) – Não cometeu delito de disposição de coisa alheia como própria, em co-autoria, porquanto não participou, como se vê dos autos, de quaisquer atos que importassem na alienação do imóvel dito do Grêmio Beneficente "Antônio Mendes Filho", dos Cabos e Soldados da Brigada Militar.

B) – Tampouco cometeu o paciente delito de peculato eis que está sobejamente comprovado nos autos que não se tipificou a conduta prevista no art. 303, do CPM, que consistem em **"apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público, ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio"**.

É inequívoco que não se patenteia, na hipótese, com relação ao paciente, nenhum dos elementos constitutivos da espécie delituosa: Não se apropriou de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular; nunca teve posse do que seña objeto de delito; tampouco o fez em razão de cargo ou comissão, pois o cargo ou comissão têm, em direito administrativo, uma conotação própria, sendo o delito somente comissível, sem dúvida, por militar, em razão do exercício da patente ou de cargo ou comissão militar. Admitido estivessem presentes os demais elementos constitutivos do delito, o que não ocorre, ainda assim não haveria a presença do peculato desenhado no Código Penal Militar, porquanto o paciente não estava, no momento em que esteve em Três Passos com o Cb. Anchieta, no desempenho de cargo ou comissão militar; atuava como civil, representante local de uma sociedade civil e, menos que isso, como simples indivíduo prestava um obséquio, fineza ou cortesia ao Cb. Anchieta, presidente de sua associação de classe.

C) – Muito menos incorreu o paciente na falta prevista como delito militar no art. 331 do respectivo Código. Da própria leitura do dispositivo se vislumbra – **"Falsificar, no todo ou em parte, documento público ou particular, ou alterar documento verdadeiro, desde que o fato atente contra a administração ou serviço militar"**.

Admitido tivesse havido falsificação, sem participação ou co-autoria do paciente, é certo todavia que o fato de modo algum atentou contra o valor que a norma penal quer declaradamente proteger: a administração ou o serviço militar. Inegavelmente, o patrimônio do Grêmio Beneficente "Antônio Mendes Filho, dos Cabos e Soldados da Brigada Militar," não faz parte da administração ou serviço

militar. Nem a mais rigorosa interpretação, que não se compatibilizaria com as regras de hermenêutica do direito penal militar, que não foge ao império do axioma odiosa restringenda, favorabilia amplianda, ousaria definir como administração ou serviço militar o serviço civil que consiste na administração e patrimônio do aludido Grêmio. Recorde-se, a propósito, as palavras de ouro de CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, nº 389), a respeito da vedação da "exegese extensiva das leis penais":

"Escritores de prestígio excluem a exegese extensiva das leis penais, por serem estas **excepcionais**, isto é, derogatórias do direito comum; a outros se não afigura possível enquadrar em tal categoria um ramo inteiro da ciência jurídica. Para estes a razão da originalidade é outra; as disposições repressivas interpretam-se estritamente porque, além de serem preceitos de **ordem pública, mandam fazer ou proibem que se faça**. Em geral, as normas concernentes a determinada função de interesse público **ordenam** ou **vedam**, a estas injunções, destinadas a assegurar o equilíbrio social, aplicam-se no sentido **exato**; não se dilatam, nem restringem os seus termos. Permittitur quod non **prohibetur** - 'o que não está proibido, é permitido'. Admite-se a extensão quando as leis não são **imperativas, nem proibitivas; mas indicativas, reguladoras, organizadoras**; porque, nesse caso, não interessam os fundamentos da ordem de coisas estabelecidas".

8. Finalmente, tem o impetrante que não há crime militar, na espécie versada, e que, conseqüentemente, a Justiça Militar Estadual é absolutamente incompetente para conhecer do processo e julgá-lo, pertencendo a competência, em verdade, se crime houver, à Justiça comum estadual.

Em se dizendo competente, o Auditor da 2ª Auditoria, quando julgou a exceção de incompetência formulada pelos co-réus Ancheta e Sebastião, praticou ilegal coação contra a pessoa do paciente e dos demais co-réus. Essa coação continua a ser praticada pelo seu sucessor, a quem o feito foi transferido pela alteração da competência territorial, o eminente Juiz Auditor Substituto da 3ª Auditoria.

O art. 9º, do Código Penal Militar, de modo exaustivo, define os crimes militares, que devem ser objeto de julgamento no foro militar. Em nenhum dos incisos em que se divide o art. 9º se encontra regra jurídica que diga ser militar o delito praticado por militar contra bens ou patrimônio de pessoa jurídica integrada por militares.

Com efeito, não são invocáveis, de modo algum, as disposições do nº II, a e e, do art. 9º, do CPM, que rezam:

"Art. 9º. Consideram-se crimes militares em tempo de paz:

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado.

e) por militar, em situação de atividade ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;"

Não é a pessoa jurídica Grêmio Beneficente "Antônio Mendes Filho", dos Cabos e Soldados da Brigada Militar, obviamente, patrimônio sob administração militar ou sujeito à ordem administrativa militar. Tampouco é ela pessoa militar, ou assemelhada.

É pessoa jurídica distinta da de seus membros, criada por força de regras permissivas de direito civil, convida no art. 20, do Código Civil, que claramente enuncia, "a pessoas jurídicas têm existência jurídica distinta da dos seus membros". E o Grêmio em questão é, inegavelmente, pessoa jurídica regular, tendo adquirido a respectiva personalidade jurídica em 13 de julho de 1962, consoante inscrição nº 2733, às fls. 55 do Livro A nº 6, do Registro Civil das Pessoas Jurídicas de Porto Alegre, neste Estado. Sua autonomia é assegurada pelo direito que têm seus sócios de eleger sua diretoria, autonomamente (art. 39º dos Estatutos) e pela circunstância de os mesmos Estatutos não preverem, de modo algum, a ingerência administrativa, nem a dependência, nem o fornecimento de verbas ou auxílios, por parte da Brigada Militar.

9. Isto posto, por todos os fundamentos invocados, seja por se evidenciar a inépcia da denúncia, seja por ser evidente que o paciente não cometeu os delitos que lhe imputa a denúncia e, o que é mais grave, por ser absolutamente incompetente essa Egrégia Justiça Militar para processar e julgar o feito, é que se impetra a presente ordem de **habeas-corpus**, requerendo-se a V. Exª:

a) a concessão de liminar, para o efeito de ser determinada a suspensão do julgamento designado para o dia 6 de novembro vindouro, na 3ª Auditoria da Justiça Militar Estadual, em Passo Fundo;

b) a requisição de informações e do próprio processo principal, para melhor exame, à autoridade que se aponta como co-autora, ou seja, o Exmº Sr. Dr. JESUS ALMEIDA, Juiz Auditor Substituto em exercício na 3ª Auditoria;

c) a oitiva da douta Procuradoria Geral da Justiça Militar;

d) a concessão, a final, da ordem impetrada, para o fim de ser anulado o processo, desde o seu início, com o reconhecimento da inépcia de denúncia, da inoportunidade dos crimes imputados ao paciente e da incompetência absoluta da Justiça Militar Estadual para o julgamento do processo.

10. São os termos em que espera deferimento e justiça.

PORTO ALEGRE, 29 de outubro de 1979.

(O Habeas-Corpus acima, inicialmente denegado pelo Tribunal Militar do Rio Grande do Sul, veio a ser concedido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 06.05.1980, no R.O. nº 57.916).

RECURSO DE HABEAS-CORPUS Nº 57.916 – RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE: ANTONIO JOSÉ ZIMMERMANN DA SILVA
RECORRIDA: CORTE DE APELAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA – Habeas-corpus. Crime militar. Competência.

– Ato lesivo, que teria sido praticado por militares, contra pessoa jurídica de direito privado, ainda que apenas integrada por militares, não é crime militar, pois não se enquadra em qualquer das hipóteses previstas no artigo 9º do Código Penal Militar. Trata-se de ato contra pessoa jurídica civil, pessoa essa que não se confunde com as pessoas físicas que a integram, nem pode ser tomada como “patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar”.

O Competente para o processamento e julgamento do ato é a Justiça Estadual comum.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Brasília – D.F., 06 de maio de 1980

DJACI FALCÃO – PRESIDENTE

MOREIRA ALVES – RELATOR

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 57.916 – RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES
RECORRENTE: ANTONIO JOSÉ ZIMMERMANN DA SILVA
RECORRIDA: CORTE DE APELAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – É este o teor do acórdão recorrido (fls. 69/73):

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas-Corpus nº 352/79, em que é impetrante o Doutor Luiz Juarez Nogueira de Azevedo e paciente o Soldado Policial Militar Antônio José Zimmermann da Silva, acordam – em votação uniforme – os Juízos da Corte de Apelação da Justiça Militar, do Estado, em negar o pedido do writ.

O Doutor Luiz Juarez Nogueira de Azevedo, defensor Público, com exercício junto à 3ª Auditoria Militar, em Passo Fundo, impetra, em favor do soldado Policial Militar Antônio José Zimmermann da Silva, uma ordem de habeas-corpus, invocando as disposições do art. 153, § 20, da Constituição Federal e art. 467, letra c, do código de Processo Penal Militar.

Alega, o impetrante, que o paciente sofre ilegal constrangimento por ato do Juízo da 3ª Auditoria Militar do Estado, em razão de processo-crime instaurado contra o mesmo, imputando-lhe os crimes de disposição de coisa alheia como própria (art. 251, § 1º, CPM); peculato (art. 303, id) e falsificação de documentos (art. 311, ib), alegando que os não teria praticado e, finalmente, por manifesta incompetência do Juízo Militar para apreciar os fatos.

Alega, em outras palavras, falta de justa causa para o procedimento penal militar instaurado, por não ter sido delituosa a conduta do paciente e tampouco ser da esfera da Justiça Castrense a sua apreciação.

A petição é longa e se esparrama em considerações variadas. De um lado, afirma que a participação do paciente se limitara a fazer uma cortesia ao co-réu Miguel Ancheta Filho, na condição de Presidente do Grêmio Baneficente dos Cabos e Soldados da Corporação, conduzindo-o de Passo Fundo à Três Passos, no carro dele, paciente. De outro lado, a denúncia de fls. omite esse fato, que seria o nexo de ligação com os co-denunciados, a par de não especificar em que teria consistido a conduta de cada um, para configurar a ação delituosa que se lhes imputa. Assim, ausente a exposição circunstanciada do fato, torna-se irrita a acusação. E, conclui, o impetrante, tratar-se de uma peça atécnica que não permite aos acusados compreenderem o raciocínio do acusador para dá-los como incurso nos delitos que aponta. Prossegue dizendo, finalmente, que nem um dos crimes se teriam, no caso, caracterizado porque se dano houve, na ação dos autores, lesada teria sido a entidade representativa dos Cabos e Soldados, que não faz parte da administração militar. E como, em matéria penal, não se admite a interpretação extensiva não há como surpreender-se nos atos, dos autores crime de natureza militar, arrematando, que os dirigentes e associados da própria entidade representativa são pessoas de direito distintas e, como tal, não podem ser confundidas.

O Juízo de primeiro grau já havia aprazado data para o julgamento, requereu, em razão disso, o impetrante, liminar para efeito de suspensão do ato, que lhe foi, de pronto, concedida.

Requisitadas as informações, prestou-as o Doutor Juiz-Auditor, mandando, inclusive, subir os próprios autos, constituídos de três volumes.

A ação penal foi iniciada na 2ª Auditoria Militar, em Santa Maria, com base nas indagações realizadas por determinação do Comando do 7º Batalhão Policial Militar, em Três Passos. Esse levantamento apurou que o paciente e mais os co-denunciados, em julho de 1975, andaram fazendo negócios, envolvendo civis e o Grêmio de Cabos e Soldados da Corporação, utilizando-se de dependências da Organização Militar e se valendo da qualidade de militares, e que tais negócios terminaram lesando a entidade de classe e, direta ou indiretamente, colegas policiais militares, distraindo valores e bens. Em face do que foram denunciados pelo agente do Ministério Público e, uma vez aceita a acusação, teve início a marcha regular do processo que, mais tarde e com a instalação da 3ª Auditoria Militar, em Passo Fundo, e, porque os fatos ocorreram na área de jurisdição desse Juízo, foram os autos redistribuídos. A instrução criminal está encerrada e já havia data para o julgamento, que só não se concretizou, em virtude da concessão da liminar.

Oficiou, no feito, o Procurador da Justiça, Dr. Alfredo Nascimento Barbosa, que no parecer de fls. 65/66, preconiza a denegação do pedido, nestes termos:

"Levanta o presente Habeas-Corpus a incompetência da Justiça Militar e também matéria de mérito.

Sociedade registrada como civil, composta por sócios militares, não tira a competência da Justiça Militar quando o ilícito penal praticado é feito por militar contra militar, ou contra a administração militar.

Quando o crime é praticado por militar e está definido como crime militar não se discute a competência, porque a emenda constitucional dirime a dúvida.

"In Casu", o paciente está denunciado por ter praticado crime contra seus colegas de farda e contra a administração militar.

A finalidade do emprego do dinheiro desviado não interessa.

Quando a lei diz do crime praticado por militar contra militar não interessa se eles estão em sociedade civil ou militar, eles podem estar até na rua.

O crime está definido no artigo 9º, inciso II, letra a, do Código Penal Militar.

Os denunciados usaram dinheiro e patrimônio dos sócios militares para se beneficiarem ilicitamente.

Quanto ao mérito, o processo está pronto para o julgamento e somente a defesa está retardando o mesmo.

Opino pela denegação de Habeas-Corpus."

Não procede a pretensão do impetrante. Este Tribunal, em sessão de 24 de agosto de 1977, nos termos do Acórdão de fls. 323/338, dos autos em apenso, afirmou a competência do foro militar para processar e julgar os acusados, trazendo, inclusive, em abono de tese, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Na ocasião ficou afirmado:

"Reconhecimento de fatos que, em tese, importem em crime militar, competência da justiça castrense para apreciá-los.

Fatos delituosos verificados numa sociedade civil da existência permitida e funcionamento autorizado pelas autoridades militares (art. 161, parágrafo único, da Lei Estadual nº 6.195/71) fisionomia militar desses delitos. – Fato com relevo no plano militar, envolvendo militares e interesse da Corporação Militar, constitui crime militar."

E, o venerável Supremo Tribunal Federal, resolvendo o Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.210 – Relator, o Senhor Ministro, Cunha Melo, em sessão de 27 de setembro de 1937, proclamou a competência do foro militar para julgar crime previsto em lei militar, praticado por militar com prejuízo de militares, investido em função da associação de natureza militar e só desempenhável por militar. **Verbis:**

"É da competência da Justiça Militar o crime previsto em lei militar, atribuído a um militar, praticado com lesão dos direitos dos outros militares, por agente investido de cargo só exercível por militar, em associação de cunho militar." (in Revista Forense, vol. 73, p. 393/394).

Isto posto, e sem divergência de votos, resolvem, os Juizes da Corte de Apelação da Justiça Militar do Estado, negar o pedido de Habeas-Corpus."

Interposto recurso ordinário, sobre ele assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa (fls. 92/97):

"Em grau de recurso ordinário, vem à Suprema Corte impetração manifestada em prol de paciente que responde, na Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, a ação penal em que é dado como incurso nos arts. 251, § 1º, I, 303, 331 e 53, combinados, todos do Código Penal Militar.

No requerimento inicial, o impetrante assim deduz o pedido:

– "A concessão, a final, da ordem impetrada, para o fim de ser anulado o processo, desde o seu início, com o reconhecimento da inépcia da denúncia, da inocorrência dos crimes imputados ao paciente e da incompetência absoluta da Justiça Militar Estadual para o julgamento do processo".

O aresto recorrido, porém, negou o "habeas-corpus", para isso adotando os fundamentos que se encontram, às fls. 72/73, enunciados "in verbis":

– "Não procede a pretensão do impetrante. Este Tribunal, em sessão de 24 de agosto de 1977, nos termos do Acórdão de fls. 328/388, dos autos em apenso, afirmou a competência de foro militar para processar e julgar os acusados, trazendo, inclusive, em abono de tese, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Na ocasião ficou afirmado:

"Reconhecimento de fatos que, em tese, importem em crime militar, competência da justiça castrense para apreciá-los.

Fatos delituosos verificados numa sociedade civil de existência permitida e funcionamento autorizado pelas autoridades militares (art. 161, parágrafo único, da Lei Estadual nº 6.195/71) fisionomia militar desses delitos.

– Fato com relevo no plano militar, envolvendo militares e interesses da Corporação Militar, constitui crime militar".

E, o venerável Supremo Tribunal Federal, solvendo o Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.210. — Relator, o Senhor Ministro, Cunha Melo, em sessão de 27 de setembro de 1937, proclamou a competência do foro militar para julgar crime previsto em lei militar, praticado por militar com prejuízo de militares, investido em função de associação de natureza militar e só desempenhável por militar. **Verbis:**

"É da competência da Justiça Militar o crime previsto em lei militar, atribuído a um militar praticado com lesão dos direitos dos outros militares, por agente investido de cargo só exercível por militar, em associação do cunho militar." (in Revista Forense, vol. 73, p. 393/394).

Isto posto, e sem divergência de votos, resolvem, os Juizes da Corte de Apelação da Justiça Militar do Estado, negar o pedido de "Habeas-Corpus".

Daí o apelo de fls. 78/80, que reitera as alegações iniciais.

Vê-se, de logo, que o decisório recorrido omitiu a consideração da alegativa de inépcia da denúncia. Merece, por isso, provimento parcial o recurso, a fim de que seja suprida a omissão.

Admitindo-se — para argumentação que não se tivesse verificado a aludida omissão, dúvida não teríamos em opinar pelo provimento do recurso, uma vez que, em verdade, mostra-se inepta a denúncia de fls. 10/11, no que tange ao paciente, e não se caracteriza, no caso, competência da Justiça castrense.

Com efeito, a peça inicial acusatória assim narrou os fatos:

—"No dia 17 de junho do corrente ano, na cidade de Três Passos, os acusados quitaram um contrato de processo de compra e venda de um terreno adquirido pelo Grêmio Beneficente "Antônio Mendes Filho" dos Cabos e Soldados da Brigada Militar ao civil **Armindo Haas**, conforme se verifica do contrato e recibo de quitação inclusos. Na mesma data, venderam ao civil **Lauro Mohr** dito imóvel pelo preço de Cr\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil cruzeiros), sendo Cr\$ 22.000,00 (vinte e dois mil cruzeiros) em moeda corrente e o saldo representado por duas notas promissórias, cada uma de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), com vencimento em 17 de julho e 17 de agosto do corrente ano e devidamente registradas na Secretaria da Receita Federal, ut documentos juntos.

Isto posto, arditosamente, os acusados tomaram uma declaração por escrito do comprador **Lauro Mohr** de que o negócio teria sido efetuado pelo valor de Cr\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil cruzeiros), e dataram o papel com a data de 8 de junho de 1975, ut documento anexo.

Para a prática dos atos fraudulentos não trepidou o Cabo PM **Miguel Anchieta Filho** em atuar s/legitimação jurídica, eis que fora afastado da presidência do Grêmio Beneficente por deliberação expressa da diretoria em 9 de junho e, ademais, não possuía a procuração, ut ata nº 43 da sessão do Grêmio.

Finalmente, os acusados se apropriaram do valor da diferença entre o negócio real e o fictício, apresentando a quantia inferior com a correspondente a cessão do imóvel".

Ora, tratando-se do delito de autoria coletivamente imputada, a individualização das condutas dos partícipes somente se faz dispensável quando seja possível, em face da leitura da peça acusatória, deduzir-se a relação de causalidade entre a atuação do denunciado e o evento criminoso.

No caso, porém tal situação inócorre. Os crimes imputados englobadamente aos co-réus teriam consistido na "quitação" (sic) de um imóvel objeto de promessa de compra e venda em favor da sociedade anteriormente presidida por um dos denunciados, subsequente venda desse imóvel a terceiro e a apropriação do resultado do negócio pelos réus.

O paciente, todavia, não é apontado, na denúncia, como representante (de fato ou de direito) da sociedade lesada; segundo ela, não figura como vendedor, comprador, ou intermediário no negócio. Onde então, o motivo de atribuir-se ao mesmo a coautoria da fraude? A denúncia não responde a essa indagação. Por isso, gera perplexidade, comprometendo o exercício da defesa e se revela inepta.

Doutra parte, a competência da Justiça Militar, para o processo e julgamento da ação penal em cogitação, não se acha configurada. Para afirmá-la, o aresto recorrido arrimou-se em premissa equivocada; não fazendo distinção entre a personalidade jurídica da sociedade civil lesada — o Grêmio Beneficente "Antônio Mendes Filho" dos Cabos e Soldados da Brigada Militar — considerou ter sido o ilícito praticado em detrimento dos integrantes da mesma. Desfeita essa confusão, mostra-se inadmissível ajustar-se a espécie à previsão contida no art. 9º do Cód. Penal Militar.

O parecer, em face do exposto, sugere o parcial provimento do recurso, a fim de que os autos voltem à instância a quo, para suprimento da omissão apontada no item 5 deste pronunciamento; se os doutos julgadores entenderem que o aresto recorrido traduz implícita negativa da arguida inépcia da denúncia, o parecer é pelo provimento do recurso, com a anulação do processo, desde o início, e remessa dos autos à justiça comum".

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR)

1. Para chegar-se à questão da inépcia da denúncia, é mister examinar, primeiramente, a prejudicial de incompetência da Justiça Militar Estadual, por não ocorrer, no caso, crime militar.

2. E, na espécie, como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, inexistente, mesmo em tese, crime militar, uma vez que o ato tido como delituoso teria sido praticado contra pessoa jurídica de direito privado, que não se confunde com os militares que a integram como pessoas físicas, nem pode ser tomada como "patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar", únicas hipóteses em que, em face da espécie em causa, poderia configurar-se crime militar, nos termos do artigo 9º do Código Penal Militar.

Competente, portanto, para processar e julgar o caso é a Justiça Estadual comum.

3. Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para anular, desde o início, o processo que tramita perante a Justiça Estadual Militar, e determinar que aqueles autos sejam remetidos à Justiça Estadual comum, que é a competente.

EXTRATO DA ATA

RHC 57.916 - 7 - RS - Rel., Min. Moreira Alves. Recte: Antônio José Zimmermann da Silva (Adv. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo). Recdo: Corte de Apelação da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Provido o recurso nos termos do voto do Relator. Unânime. - 2ª T., 06.05.80.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Decio Miranda.

Licenciado, o Sr. Ministro Leitão de Abreu.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

(a) Hélio Francisco Marques
Secretário da Segunda Turma

ÍNDICE

ACUMULAÇÃO DE CARGOS - Acumulação de cargo público com emprego em fundação, por Almiro do Couto e Silva - Parecer 4303/PGE	93
APELAÇÃO - por Avani Valéria Rigo Busato	251
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Exercício cumulativo da vereança com função pública - Parecer 4315/PGE	197
AUTARQUIA - Tutela e subordinação hierárquica das autarquias, por Emílio Rodrigues - Parecer 4296/PGE	97
AUTARQUIA - Tutela e subordinação hierárquica das autarquias, por Elmo Pilla Ribeiro - Parecer 4297/PGE	103
AZEVEDO, Luiz Juarez Nogueira de. Habeas-Corpus	257
AZEVEDO, Marília de Oliveira. Exercício de cargo público com vereança - Parecer 4356/PGE	201
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. Lotação e relotação de funcionário - Parecer 4321/PGE	111
BECKER, Verena Nygaard. Cobrança de Taxa de Pavimentação - Parecer 4322/PGE	213
BECKER, Verena Nygaard. Natureza jurídica da retrocessão nas desapropriações	39
BECKER, Verena Nygaard. Parcelamento do solo urbano - Parecer 4357/PGE	153
BENS PÚBLICOS - CESSÃO DE USO - Cessão de uso de bem público, por Ney Sá - Parecer 4253/PGE	105
BENS PÚBLICOS - TRANSFERÊNCIA - Extinção de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, por Eliana Donatelli de Moura - Parecer 4320/PGE	143
BERGESCH, Eunice Rotta. Contrato de locação de serviços - Parecer 4337/PGE	205
BERGESCH, Eunice Rotta. Justificação administrativa de tempo de serviço público - Parecer 4361/PGE	149
BRIGADA MILITAR - REFORMA - Transferência de oficial da Brigada Militar para reserva remunerada, por Adnor Goulart.	159
BUFFELAN, Jean-Paul. Os obstáculos lingüísticos à comunicação sócio-jurídico.	27
BUSATO, Avani Valéria Rigo. Cancelamento de transcrição	251
CABRAL, Armando Henrique Dias. Documentos exigíveis para habilitação em licitações - Parecer 4353/PGE	119
CABRAL, Armando Henrique Dias. Proteção ambiental e seus instrumentos jurídicos	59
CARNEIRO, Athos Gusmão. Observações sobre o recurso adesivo	35

CARNELUTTI, Francesco. Meditação em torno do problema da Ciência do Direito.	11
CIÊNCIA DO DIREITO — Meditação em torno do problema da, por Francesco Carnelutti.	11
CONTRATO — Das empresas estatais, por Lúcia Valle Figueiredo.	77
CONTRATO DE SERVIÇOS — Contrato de locação de serviços, por Eunice Rotta Bergesch — Parecer 4337/PGE.	205
COUTO E SILVA, Almiro do. Acumulação de cargo público com emprego em fundação — Parecer 4303/PGE.	93
DANO MORAL — Razões da Apelação, por Avani Valéria Rigo Busato.	251
DESAPROPRIAÇÃO — Natureza jurídica da retrocessão nas desapropriações, por Verena Nygaard Becker.	39
ECOLOGIA — Proteção ambiental e seus instrumentos jurídicos, por Armando Henrique Dias Cabral.	59
EMPRESA PÚBLICA — Contrato das empresas estatais, por Lúcia Valle Figueiredo.	77
ENFITEUSE — Usufruto de imóvel enfiteutico, por Telmo Candiota da Rosa Filho — Parecer 4358/PGE.	107
FILIPPI, Rejane Brasil. Remessa de sucata para industrialização. Subfaturamento. Prejuízo do Fisco Estadual.	223
FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos das empresas estatais.	77
FUNÇÃO PÚBLICA — INGRESSO. Inspeção médica como pressuposto para ingresso no serviço público, por José Quadros Pires — Parecer 4364/PGE.	125
FUNCIONÁRIO — LOTAÇÃO — Lotação e relotação de funcionários, por Rosa Maria Peixoto Bastos — Parecer 4321/PGE.	111
FUNDAÇÃO — Acumulação de cargo público com emprego em fundação, por Almiro do Couto e Silva — Parecer 4303/PGE.	93
FUNDAÇÃO — Vereança e presidência de fundação, por Mário Nunes Soares.	217
GADO BOVINO — VENDA — Proibição da venda de gado, por José Hugo V. Castro Ramos — Parecer 4331/PGE.	209
GOULART, Adnor. Transferência de oficial da Brigada Militar para a reserva remunerada.	159
GRASSI, Marisa. Tempo de serviço prestado em Cartório de Registro das Pessoas Naturais — Parecer 4287/PGE.	115
HABEAS CORPUS — por Luiz Juarez Nogueira de Azevedo.	257
HÜLLEN, Renita Maria. Reajuste dos subsídios e verba de representação do prefeito. — Parecer 4316/PGE.	189
INSPEÇÃO MÉDICA — Como pressuposto para ingresso no serviço público, por José Quadros Pires — Parecer 4364/PGE.	125
JUSTIFICAÇÕES — Justificação administrativa de tempo de serviço público, por Eunice Rotta Bergesch — Parecer 4361/PGE.	149
LICENÇA PARA CONSTRUIR — Existência de servidão. Normas aplicáveis, por Arnoldo Wald.	177
LICENÇA PARA CONSTRUIR — A licença para edificar e sua extinção, por Celso Antonio Bandeira de Mello.	161

LICITAÇÃO — Documentos exigíveis para habilitação em licitações, por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer 4353/PGE.	119
LINGÜÍSTICA — Os obstáculos lingüísticos à comunicação sócio-jurídica, por Jean Paul Buffelan.	27
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A licença para edificar e sua extinção.	161
MOURA, Eliana Donatelli de. Extinção de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade — Parecer 4320/PGE.	143
PIRES, José Quadros. Inspeção médica como pressuposto para ingresso no serviço público — Parecer 4364/PGE.	125
PIRES, José Quadros. Prefeito nomeado — Parecer 4277/PGE.	195
PREFEITO — SUBSÍDIOS — Reajuste dos subsídios e verba de representação do prefeito, por Renita Maria Hüllen — Parecer 4316/PGE.	189
PREFEITO — VERBA DE REPRESENTAÇÃO — Reajuste dos subsídios e verba de representação do prefeito, por Renita Maria Hüllen — Parecer 4316/PGE.	189
PREFEITO NOMEADO — por, José Quadros Pires — Parecer 4277/PGE.	195
RAMOS, José Hugo V. Castro. Proibição da venda de gado — Parecer 4331/PGE.	209
RECURSO ADESIVO — Observações sobre o recurso adesivo, por Athos Gusmão Carneiro.	35
RECURSO HIERÁRQUICO — Tutela e subordinação hierárquica das autarquias, por Emílio Rodrigues — Parecer 4296/PGE.	97
RECURSO HIERÁRQUICO — Tutela e subordinação hierárquica das autarquias, por Elmo Pilla Ribeiro — Parecer 4297/PGE.	103
REMESSA DE SUCATA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. Subfaturamento — Prejuízo do Fisco Estadual por Rejane Brasil Filippi.	223
RIBEIRO, Elmo Pilla. Tutela e subordinação hierárquica das autarquias — Parecer 4297/PGE.	103
RODRIGUES, Emílio. Tutela e subordinação hierárquica das autarquias — Parecer 4296/PGE.	97
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. A Taxa Rodoviária Única e suas isenções — Parecer 4293/PGE.	127
ROSA FILHO, Telmo Candiota da. Usufruto de imóvel enfiteutico — Parecer 4358/PGE.	107
SÁ, Ney. Cessão de uso de bem público — Parecer 4253/PGE.	105
SOARES, Mário Nunes. Vereança e presidência de fundação.	217
SOLO URBANO — Parcelamento do solo urbano, por Verena Nygaard Becker — Parecer 4357/PGE.	153
TAXA DE PAVIMENTAÇÃO — Cobrança, por Verena Nygaard Becker — Parecer 4322/PGE.	213
TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA — A TRU e suas isenções, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer 4293/PGE.	127
TEMPO DE SERVIÇO — Justificação administrativa de tempo de serviço público, por Eunice Rotta Bergesch — Parecer 4361/PGE.	149
TEMPO DE SERVIÇO — Prestado em Cartório de Registro das Pessoas Naturais, por Marisa Grassi — Parecer 4287/PGE.	115

VEREADOR – E presidência de fundação, por Mário Nunes Soares	217
VEREADOR – Exercício cumulativo da vereança com função pública, por Rosa Maria de Campos Aranovich – Parecer 4315/PGE	197
VEREADOR – Exercício de cargo público com vereança, por Marília de Oliveira Azevedo – Parecer 4356/PGE	201
WALD, Arnaldo. Licença para construir. Existência de servidão. Normas aplicáveis, por Arnaldo Wald	177

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado é uma publicação quadrimestral 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