# 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 pele Emenda Constitucional nº 10, de 20 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

# REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURIDÍCA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

| RPGE | Porto Alegre | v. 10 | nº 26 | p. 1 a 281 | 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.

Catalogação pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da PGE

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

**JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA**
**Governador do Estado**

**OCTÁVIO GERMANO**
**Vice-Governador do Estado**

**MÁRIO BERNARDO SESTA**
**Procurador-Geral do Estado**

**MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES**
**Procurador-Geral Adjunto**

**JORGE ARTHUR MORSCH**
**Coordenador 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)

# SUMARIO


**DOUTRINA**

| | | |
|---|---|---|
| EIKE VON HIPPEL | Defesa do Consumidor . . . . . | 11 |
| FERNANOO PESSOA JORGE | A Limitação Convencional da Responsabilidade Civil . . . . . | 35 |
| MARIO G. LOSANO | Lexicografia Computacional e Informática Jurídica . . . . . | 67 |
| MARIA AMÁLIA OIAS OE MORAES | Autonomia Privada e Negócio Jurídico . . . . . | 73 |
| LÚCIA VALLE FIGUEIREDO | Licença para Construir e Modalidades de sua Extinção . . . . . | 89 |
| REJANE BRASIL FILIPPI | Requerimento de Falência pela Fazenda Pública . . . . . | 117 |

**PARECERES**

| | | |
|---|---|---|
| MÁRIO BERNAROO SESTA | Revisão de Proventos — Parecer 3.353/CGE . . . . . | 129 |
| MANOEL ANDRÉ OA ROCHA | Direito Adquirido à Aposentadoria — Parecer 3.605/CGE . . . . . | 137 |
| ALMIRO DO COUTO E SILVA | Cessão de Uso — Parecer 3.989/CGE | 151 |
| ELMO PILLA RIBEIRO | Abandono de Cargo — Parecer 4.057//CGE . . . . . | 153 |
| MERCEOES DE MORAES RODRIGUES | Adicional à Taxa Judiciária — Parecer 4.252/PGE . . . . . | 157 |
| CLARITA GALBINSKI | Revisão de Proventos — Parecer 4.191/CGE . . . . . | 165 |
| SILVIA LA PORTA OE CASTRO | Reajuste de Preço no Contrato Administrativo — Parecer 4.289/PGE . . . . . | 169 |
| ELIANA OONATELLI OE MOURA | Contrato de Fornecimento para a Aquisição de Bens Públicos — Parecer 4.209/CGE . . . . . | 177 |

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL — Licitação — Adiantamento de Pecúnia — Parecer 4.210/CGE .. 181

JOSÉ QUADROS PIRES — Regime de Dedicação Exclusiva — Parecer 4.145/CGE ..... 187

**ASSUNTOS MUNICIPAIS**

RENITA MARIA HÜLLEN — Proibições aos Vereadores — Parecer 4.272/PGE ..... 193

RUI CARLOS MACHADO ALVIM — Autonomia Municipal e a Lei dos Mananciais ..... 205

**TRABALHOS FORENSES**

CAIO MARTINS LEAL — Lei Suely ..... 217

SILVIA LA PORTA DE CASTRO — Fazenda Sarandi ..... 247

TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO — Desapropriação para o Pólo Petroquímico ..... 257

**LEGISLAÇÃO**

INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA — Decreto nº 29.563, de 31.3.1980 . 271

UNIDADE DE DEFESA DO DOMÍNIO PÚBLICO ESTADUAL — Decreto nº 29.461, de 31.12.1979 . 275

# DOUTRINA

# DEFESA DO CONSUMIDOR

PROF. DR. EIKE VON HIPPEL

Membro do Max-Planck Institut Hamburg-República Federativa da Alemanha

## INTRODUÇÃO E POSIÇÃO DO PROBLEMA

Quem em direito refletir sobre a defesa dos mais fracos, depara imediatamente com o tema da **Defesa do Consumidor**(I). A Defesa do Consumidor – mais precisamente: a proteção do consumidor do produto final – é importante porque os fornecedores são mais fortes do que os consumidores. Estão muitíssimo melhor informados e organizados do que os consumidores, servem-se de vez em quando de métodos de propaganda duvidosa e de condições comerciais unilaterais e, além disso, a sua força no mercado é ainda reforçada através de cada vez maior concentração de empresas e de acordos ou de comportamentos limitativos da concorrência.

Embora a defesa do consumidor tenha uma longa história, só desde há relativamente pouco tempo se tornou uma exigência geral de política legislativa. Desde a conhecida mensagem aos consumidores do presidente americano John F. Kennedy, de 15 de março de 1962, que veio consagrar determinados direitos fundamentais do consumidor (o direito à segurança, à informação, à escolha e a ser

Estudo publicado em Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht, 1976, fasc. 3-4, págs. 513 e seguintes. – B. do Ministério da Justiça, Lisboa (273): 5-37, fev. 1978 – Republicação autorizada pelo autor e editora.

(I) O presente trabalho genérico, propositadamente apresentado de forma concisa, contém apenas os comentários mais importantes. Para pormenores e indicações ulteriores remete-se para a minha monografia de Direito Comparado Defesa do Consumidor (Tübingen 1974) (adiante citada: von Hippel). Cfr. ainda Defesa do Consumidor na Economia do Mercado, publicada por Dichtl (1975): Scherhorn, Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik (Interesse e Política do Consumidor) (1975); Konstantin Simitis, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip? (Defesa do Consumidor – Palavra de ordem ou Princípio de Direito?) (1976): Teich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht (Consumidores e Direito) (1976); Manual do Direito do Consumidor, publicado pelo Centro de Estudos dos Consumidores e pela União de Sindicatos alemães (1976); Schricker, Verbraucherschutzrecht – ein neues Rechtsgebiet? (Direito de Defesa do Consumidor – um novo ramo de direito?): GRUR/Int. 1976, 315-322; Biervert/Fischer-Winkelmann/Köhler/Rock, Verbrauchergerechte Verbraucherforschung und – politik, Eine Situationsanalyse, Pilotstudie zur Vorbereitung eines Schwerpunktvorhabens im Bereich anwendungsorientierter Sozialforschung (Justiça do Consumidor, Investigação e Política do Consumidor. Uma análise da Situação, Estudo-piloto para a preparação de um projeto base no âmbito de uma investigação social aplicada) (1976).

Eike von Hippel. Verbraucherschutz. 2. Aufl. 1979.

ouvido) (2), desenvolveu-se um movimento mundial para a defesa do consumidor, o qual pôde registrar sucessos crescentes, não só em inúmeros países (nomeadamente nos Estados Unidos(3), Grã-Bretanha(4), Suécia(5), Alemanha(6), França(7), Bélgica(8), Países-Baixos(9) e Japão(10), um pouco na Austrália(11) e na Polônia(12), mas também a nível supranacional. Os mais recentes marcos deste desenvolvimento são o Relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) sobre a política do consumidor nos países-membros da OECD (1972) (13), a resolução da Assembléia Consultiva do Conselho da Europa sobre

(2) A mensagem aos consumidores está reproduzida em von Hippel, págs. 161 e seguintes.

(3) Cfr. especialmente Rothschild/Carroll, Consumer Protection Reporting Service (edição Loseblatt); Rice, Consumer Transactions, (1975); Symposium, The Developing Law of Consumer Protection: Gonzaga L. Rev. 10 (1975), 319-708 (caderno especial).

(4) Cfr., em especial, Borrie/Diamond, The Consumer, Society and the Law (1973).

(5) Cfr. Bernitz, no fundo de págs. 593 e segs. Swedish Ministry of Commerce, a Review of Consumer Policy in Sweden 1975; Johansson, The Theory and Practice of Swedish Consumer Policy: J. Cons. Affairs 10 (1976), págs. 19 e seguintes.

(6) Cfr. Relatório do Governo Federal para a Política dos Consumidores, de 18 de Outubro de 1971, edições BT VI/2724 (publicado por von Hippel, págs. 175 e segs); Segundo Relatório do Governo Federal para a Política dos Consumidores, de 20 de outubro de 1975, edições BR 644/75.

(7) Cfr. Savy, La protection des consommateurs em France: Rev. Int. dr. comp., 1974, págs. 591 e segs.: Bihl, Vers un droit de la consommation: Gaz. Pal. 1974. págs. 754 e segs., do mesmo autor, Consommateur, défends-toi (1976).

(8) Cfr. Fontaine, La protection du consommateur en droit civil et en droit commercial belges: Rev. trim. com., 1974, págs. 199 e seguintes.

(9) Cfr. Brack, Kernpunten van het Konsumentenrecht (Pontos Essenciais do Direito do Consumidor) (1975).

(10) Cfr. von Hippel 5, págs. 171 e seguintes.

(11) Cfr. Harland, págs. 631 e segs.; Lucke, Wettbewerbsbeschränkungen, unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz in Australien (Restrições à concorrência, concorrência desleal e proteção dos consumidores): GRUR/Int. 1976, págs. 147-164, 281-293.

(12) Letowski, no fundo de págs. 654 e seguintes.

(13) Cfr. Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD), Consumer Policy in Member Countries, Report by the Committee on Consumer Policy, 1972 (publicado por von Hippel, págs. 222 e segs.; desde então também os Annual Reports on Consumer Policy in OECD Member Countries, da OECD de 1974 e 1975.



uma Carta de Defesa dos Consumidores (1973) (14) e a publicação de um primeiro programa da Comunidade Européia para a proteção e informação dos consumidores (1975) (15).

A defesa do consumidor tem importância em diversos domínios e questões.

Dada a multiplicidade dos problemas atuais, vão ser tratados apenas alguns aspectos particularmente importantes:

1. Defesa do consumidor contra produtos defeituosos e perigosos;

2. Defesa contra a publicidade enganosa;

3. Defesa contra práticas de comércio desleais;

4. Defesa contra preços muito elevados;

5. Consagração dos direitos individuais do consumidor.

## II
## DESENVOLVIMENTO

1. Em todos os países, o legislador tem vindo a esforçar-se, desde há muito, por conseguir a **defesa do consumidor contra produtos defeituosos** e **perigosos** (16), através, nomeadamente, quer do direito da responsabilidade civil (a) quer do direito administrativo (b).

a) **O direito da responsabilidade civil** defende o consumidor contra produtos defeituosos e perigosos, na medida em que ameaça os produtores com o dever de indenizar, no caso de estes não procederem com cuidado na construção ou fabrico das suas mercadorias ou no caso de não informarem devidamente os consumidores de determinados aspectos perigosos dessas mercadorias.

(14) Cfr. Council of Europe, Consultative Assembly, Resolution 543 (1973) on a Consumer Protection Charter (publicado por von Hippel, págs. 254 e segs.). – Entretanto, o Conselho de Ministros informou quais as medidas que os países-membros do Conselho da Europa tinham tomado para concretizar no seu direito nacional os princípios da Carta de Defesa dos Consumidores; cfr. Council of Europe, Consumer Protection, Communication to the President of the Assembly made by the Chairman of the Committee of the Ministers Relating to paragraph 3 (c) of Assembly Recommendation 705 documento AS/INF (75)5, de 23 de julho de 1975.

(15) Cfr. Resolução do Conselho de 14 de abril de 1975 relativa a um Primeiro Programa da Comunidade Econômica Européia para uma Política de Defesa e Informação do Consumidor, ABL Nr. C92, de 25 de abril de 1975.

(16) Cfr. Relatório da OECD (nº 13, supra), nºs 5-9; para a Suécia, Bernitz, pág. 603; para a Bélgica, Fontaine, pág. 615.

O regime jurídico da responsabilidade do produtor tem tido ultimamente um desenvolvimento considerável e constitui, hoje em dia, um dos problemas internacionais mais atuais do direito de indenizar (17). A importância internacional da matéria é documentada sobretudo pelo fato de o Conselho da Europa, a Comunidade Européia e o Comitê das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) aspirarem a uma unificação do direito de responsabilidade do produtor. Entretanto, o Conselho da Europa e a Comunidade Européia apresentaram, cada um, um projeto para a unificação da responsabilidade por fato de produtos (18).

Como resultado das discussões até agora havidas, podem distinguir-se quatro grupos típicos de casos em que um produto origina danos: erro de construção, erro de fabrico, erro de instruções e riscos de desenvolvimento. Os casos de erro de construção e de instruções ficam abrangidos na responsabilidade por culpa. Passa-se diversamente com os casos de erro de fabrico e riscos de desenvolvimento: com efeito, a responsabilidade por culpa na violação do dever de controle e fiscalização dos produtos oferece muitas vezes proteção mesmo contra "riscos" de exploração e de desenvolvimento; mas subsiste o inconveniente de existirem lesados por produtos sem proteção, porquanto há casos em que a culpa do produtor é inexistente.

---

(17) Cfr., antes de mais, Lorenz, Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produktenhaftpflicht im deutschen Recht (Algumas notas de direito comparado para o estudo atual da responsabilidade por fato de produtos no direito alemão): Rabels Z 34 (1970), págs. 14 e segs.; Schmidt-Salzer, Produkthaftung im französischen, belgischen, deutschen, schweizerischen, englischen, kanadischen und us-amerikanischen Recht, sowie in Rechtpolitischer Sicht (responsabilidade por fato de produtos no direito francês, belga, alemão, suiço, inglês, canadense e americano, incluindo o aspecto de direito político) (1975).

(18) O projeto do Conselho da Europa – documento DIR/JUR. (75) I, de 20 de março de 1975, tradução alemã em WRP 1975, págs. 426 e segs. – foi entretanto refundido por uma subcomissão do Comitê européen de coopération juridique (C.C.J.); cfr. documento do C.C.J. (76), 18, de 12 de maio de 1976. A última edição do relatório EG data de 23 de Julho de 1976; ctr. Comissão das Comunidades Européias, Proposta de uma diretiva do Conselho para a uniformização do direito e das disposições administrativas dos países membros sobre a responsabilidade por fato de produtos defeituosos, documento KOM (76) 372, também publicado no Bull. EG, edição II/1976. Cfr. ainda Lindemeyer, Die Entwürfe des Europarats und der Europäischen Gemeinschaften zur Vereinheitlichung des Rechts der Produktenhaftung (Os relatórios do Conselho da Europa e das Comunidades Européias para a unificação do direito da responsabilidade por fato de produtos): WRP 1975, págs. 420 e segs.; do mesmo autor, Neue Entwicklung auf dem Gebiet der Vereinheitlichung des Rechts der Produktenhaftung in Europa (Novo desenvolvimento no domínio da unificação do direito de responsabilidade dos produtos da Europa): WRP 1975, 712; Lorenz, Der Entwurf einer Europäischen Konvention über die Produkthaftpflicht (Relatório de uma convenção européia sobre a responsabilidade por fato de produtos): RIW/AWD 1975, págs. 246 e segs.; do mesmo autor, Some Comparative Aspects of the European Unification of the Law of Products Liability: Cornell L. Rev. 60 (1975), págs. 1005 e segs.; Heming, Draft Convention on Products Liability (Council of Europe): Am. J. Comp. L 23 (1975), págs. 729 e segs.; Meier, Produkthaftpflicht und Gemeinsamer Markt (Responsabilidade por fato de Produtos e Mercado Comum): RIW/AWD 1976, págs. 201 e seguintes.



Nos casos de erro de fabrico, a tendência internacional é no sentido de uma responsabilidade extracontratual do produtor não fundada na culpa. Na maioria dos Estados americanos, essa responsabilidade estrita do produtor está hoje consagrada pelos tribunais (19), o que por certo não é alheio à consideração de que o produtor se poderá segurar contra os riscos de exploração, incluindo os prêmios no custo da exploração para o efeito da fixação dos preços. Noutros países, os tribunais compreenderam que podiam alcançar o mesmo resultado no quadro da tradicional responsabilidade por culpa, designadamente através de um agravamento da exigência de cuidado e da facilitação da prova e, recentemente, na Alemanha, mesmo da inversão do ônus da prova da culpa: sustenta-se que, quando o dano é causado por um defeito que se situa na esfera de atuação do produtor, este terá de fazer a prova (dificílima) de que não teve culpa; além disso deve provar, nos termos do § 831 I S.2 BGB, que nenhum dos empregados a que seja atribuível o defeito agiu culposamente (20). Desse modo, encontramo-nos, como a Europa, nos casos de exploração, perto do reconhecimento de fato e de direito da responsabilidade estrita do produtor, defendida já por grande número de autores. Os citados projetos do Conselho da Europa e da Comunidade Européia prevêem uma responsabilidade estrita do produtor pelos danos causados pelos seus produtos apenas no caso de existir defeito (21).

Menos equívoca é a tendência internacional relativa aos **riscos de desenvolvimento**. Até há pouco tempo, a responsabilidade estrita do produtor era, em geral, afastada, pois aqui o risco de prejuízos – ao contrário da exploração – não pode ser calculado e, por isso, não é facilmente segurável (22). Recentemente começa a ser aceita cada vez mais a opinião de que os riscos de desenvolvimento não devem recair exclusivamente sobre cada um dos consumidores atingidos. Assim, quando dos trabalhos de reforma do direito farmacêutico alemão, chegou a pensar-se na instituição – através de contribuições de todos os produtores de medicamentos – de um fundo de indenização, o qual devia compensar as vítimas dos riscos de

---

(19) Cfr. Marschall von Bieberstein, **Die Produkthaftpflicht in der neueren Rechtsprechung der USA (A Responsabilidade por fato de Produtos na Recente Administração de Justiça dos EUA) (1975).**

20) **Cfr. Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (Extensão da Responsabilidade através dos Meios Probatórios):** AcP 176 (1976) 145 (págs. 167 e seguintes).

(21) Cfr. nº 18, **supra.** No entanto, segundo o projeto do Conselho da Europa, esta responsabilidade estrita respeita apenas a danos **pessoais;** além disso, segundo este projeto, as Partes contratantes podem reservar-se o direito de limitar a responsabilidade estrita do produtor dentro de quantias elevadas.

Segundo o projeto da Comunidade Européia, a responsabilidade do produtor é limitada a quantias elevadas; para danos pessoais previu-se um limite global – 25 milhões de unidades de conta européias (ERE) –, para danos em coisas móveis um limite de 15 0000 ERE e para danos em coisas imóveis um limite de 50 000 ERE por pessoa.

(22) Cfr. indicações em von Hippel, 36.

desenvolvimento correspondentes (23); a nova lei farmacêutica de 24 de agosto de 1976 prevê agora uma responsabilidade objetiva do produtor, limitada a somas elevadas, para danos causados por medicamento em conseqüência de erro de desenvolvimento, na produção ou de instruções (24). No Japão, o legislador autorizou a Associação para a Segurança no Consumo a elaborar um regulamento de indenização a favor dos consumidores que sem culpa sofrem danos pessoais, inesperados e graves, devidos a determinados produtos; nestes casos, os prejudicados devem receber a indenização de um fundo, que é alimentado por meios privados e públicos (25). Indo mais longe, os referidos projetos do Conselho da Europa e da Comunidade Européia prevêem agora, em termos gerais, também uma responsabilidade estrita do produtor pelos riscos de desenvolvimento dos seus produtos (26).

**b)** Visto que o direito da responsabilidade civil não garante suficientemente a defesa do consumidor perante produtos defeituosos e perigosos, em todos os países, o legislador criou sistemas adicionais de **fiscalização administrativa**, sobretudo quanto a víveres e medicamentos, os quais se vão tornando extensivos também a outros produtos (27). Estes sistemas vão contribuir para a defesa preventiva do consumidor.

Foi, no entanto, bastante maior o desenvolvimento da fiscalização de produtos nos Estados Unidos. Aí, em 26 de dezembro de 1972, entrou em vigor uma lei sobre a segurança dos bens de consumo – o Consumer Product Safety Act (CPSA) (28).

(23) Cfr. Wolter, **Die Reform der Haftung des pharmazautiachen Unternahmera und dar Verbraucherschutz (A Raforma da Raaponsabilidada dos Produtoraa Farmacêuticoa e da Defeaa do Conaumidor):** Z. f. Rpol. 1974, págs. 260 e seguintes.

(24) Cfr. a nova lei farmacêutica de 24 de agosto de 1976, BGBl I 2445, §§, págs. 84 e segs. Segundo ela, o produtor responde, por cada acidente individual, até 500 000 marcos ou 30 000 marcos de renda anual ou, tratando-se de danos em série até 200 milhões de marcos ou 12 milhões de marcoa de renda anual. O produtor é obrigado a uma caução dentro destes montantes, quer através da seguro de responsabilidade, quer da garantia de uma instituição de crédito. A substituição da solução de se criar um Fundo inicialmente prevista, por uma solução de seguro tornaria, assim, possível que o segurador se oferecesse para assumir o risco de cobertura no montante necessário (cfr. o relatório, Ofertas Tardias: Der Spiegel 1976, nº 18, págs. 86 e segs., assim como a controvérsia anterior sobre a questão **Fonda oder Versicherung** – Fundo ou Seguro – no jornal **Frankfurter Allgemeinen Zaitung**, de 22 de abril de 1976 e 28 de abril de 1976, pág. 19).

(25) Cfr. Vaubal, **Neue Verbraucherachutz-Gaaetzgebung in Japan (Nova lagialação para a dafesa do conaumidor no Japão)**: AWD 1973, 559. Agradeço as informações complementares ao meu colega de Instituto Dr. Münzel.

(26) Cfr. nº 21, **supra**.

(27) Cfr. von Hippel, págs. 39 e seguintes.

(28) U. S. C. A., Title 15, §§, págs. 2051 e segs. Veja para mais promenores, Butler/Fischer, **Der neue "Consumer Product Safety Act" und aeine Auawirkungem auf die Exporte in die Vereinigten Staaten (O**



Esta lei baseia-se em trabalhos anteriores e recomendações de uma comissão de peritos, a qual, num relatório publicado em 1970, tinha chegado à conclusão alarmante de que uma considerável parte dos inúmeros acidentes com produtos é causada devido a serem muito poucos os produtos fabricados com segurança. A lei prevê a instituição de um serviço federal independente: a Consumer Product Safety Commission (CPSC). Este serviço é apoiado por um conselho, composto de cinco representantes da Administração, Indústria e Consumidores. A CPSC pode estabelecer medidas de segurança para os produtos de consumo (consumer products) e proibir produtos perigosos (29). Se um produto perigoso estiver pronto para ser comercializado, os serviços públicos podem obrigar judicialmente o produtor e o comerciante a adotarem as medidas necessárias para afastar o perigo; podem, entre outras coisas, ordenar um aviso ao público, a retirada do produto do mercado, sua reparação, o envio de objetos sem defeito ou o reembolso do preço de compra.

Cada interessado (o consumidor e a sua associação, inclusive) pode apresentar à CPSC um pedido de promulgação, modificação ou revogação de uma norma de segurança; e se a CPSC recusar o pedido, a decisão pode ser impugnada judicialmente. O procedimento, minuciosamente regulamentado, para a publicação das normas de segurança, cuja descrição nos abstemos aqui de fazer, procura assegurar, "que a CPSC não decrete regulamentos de segurança autônomos, técnicos e impraticáveis, mas antes que as organizações privadas melhor familiarizadas com o assunto, incluindo os círculos industriais interessados, os laboratórios de investigação independentes e as associações de consumidores, tenham oportunidade para apresentar propostas de solução" (30).

Este modelo, tomado em consideração tambem fora dos Estados Unidos (31), parece assim adequado a garantir, com o devido apreço de todos os interesses

**novo "Consumer Product Safety Act" e aa suas conseqüências nas exportações dos Estados Unidos):** AWD 1973, págs. 74 e segs.; Patton/Butler, The Consumer Product Safety Act – Its impact on Manufacturers and on the Relationship Between Seller and Customer; Bus. Lawyer 28 (1972/73), págs. 725 e segs.; Note, Geo. Wash. L. Rev. 42 (1974), págs. 1114 e segs.; Schwartz, **Projecting Consumer Health and Safety – The Need for Coordinated Regulations Among Federal Agencies:** Geo. Wash. L. Rev. 43 (1975) 1031 (págs. 1054 e segs.); Note, **The Consumer Product Safety Commission – An Agency Manual:** Geo. Wash. L. Rev. 43 (1975), págs. 1077 e segs., assim como **Notas**, pags. 1173 e segs., págs. 1211 e seguintes; Kritzer/Wilson, **Consumar Protaction: Annual Survey of American Law 1974/75, 429 (págs. 442 e seguintas).**

(29) Citam-se apenas certos produtos que já foram submetidos a fiscalização oficial, nomeadamente víveres, medicamentos, cosméticos, automóveis, aviões, barcos e substâncias tóxicas (inclusivamente inseticidas). A fiscalização destes grupos de produtos é reservada aos serviços públicos até aqui competentes.

(30) Butler/Fischer (nº 28, supra), pág. 75.

(31) Cfr. Palmer, **Dangeroús Products and the Consumer in New Zeland**: N. Z. L. J. 1975, págs. 366 e segs.; Relatório, Grã Bretanha – Como se poderá proteger melhor o consumidor contra produtos perigosos? serviço do consumidor (edição B) 1976, caderno I, pág. 23.

envolvidos, uma extensa defesa preventiva do consumidor contra produtos defeituosos e perigosos. Também na Alemanha se devia pensar em instituir ume fiscalização de produtos segundo o modelo americano (32). Além disso, e natural que pelo menos determinados produtos ligados a perigos especiais para os consumidores estejam sujeitos a autorização, como, por exemplo, a existente para medicamentos, desde há muito prevista em vérios países e agora finalmente também na República Federal Alemã (33). O primeiro programa da Comunidade Européia para a defesa do consumidor recomenda-a para "Máquinas, Aparelhos, Aparelhos Elétricos e Eletrônicos, bem como para determinadas categorias de mercadorias, que possam por si ou pela sua utilização causar prejuízo á saúde ou á segurança dos consumidores", e refere, a seguir, que "os grupos de novos produtos, que possam prejudicar a saúde ou a segurança dos consumidores, só devem ser autorizados na comunidade com base em processos mais uniformes e particularizados" (34).

2. A **defesa do consumidor contra a publicidade enganosa** tornou-se em muitos países (e num plano supranacional) ponto saliente de discussões de reforma (35). O que também se verifica na Repúblice Federal Alemã. Na verdade, o atual regulamento alemão atende teoricamente a todas as exigências: a publicidade enganosa é proibida (§ I, págs. 3 e segs. UWG); as associações de consumidores também podem agir contre a publicidade enganosa juntamente com os concorrentes do transgressor (§ 13 I a UWG). No entanto, depara-se-nos, na prática, uma situação inaceitável: porque os concorrentes do transgressor – nomeadamente em casos de lerga divulgação – freqüentemente se mantêm passivos e até agora as associações de consumidores pouco uso têm feito do seu direito de ação (36),

(32) Para a situação atual na Alemanha veja von Hippel, págs. 51 e seguintes.

(33) Cfr. a nova lei farmacêutica (nº 24, **supra**) **§§, págs. 21 e seguintes.**

(34) Cfr. o Primeiro Programa (nº 15, supra) 5.

(35) Veja, antes de mais, Schricker, págs. 535 e seguintes; von Hippel, págs. 56 e seguintes.

(36) Segundo informação da Comissão Central do Grêmio Alemão da Publicidade (ZAW), as associações de consumidores têm feito, até agora, pouco uso do seu direito de ação (cfr. Relatório, Die Welt de 5 de fevereiro de 1973, pág. 8). Apenas a União das Associações para a Defesa do Consumidor, que fundou a Coletividade de Trabalho dos Consumidores (AGV) e as Centrais dos Consumidores dos Estados da Federação, em 1966, mostrou uma apreciável atividade; cfr. von Falckenstein, **Wettbewerbsrechtlicher Verbraucherschutz in der Praxis – Statistische Bestandsaufnahme – notwendige Verbenserungen**, in: **Gawerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Witscheftsrecht, Mitarbeiterfestschrift Eugen Ulmer (Proteção do consumidor através do direito da concorrância, na prática – Invantário estatístico – Malhoramantos nacessários no que respeita a proteção juridica através do direito industrial, direitos de autor, direito econômico, Colatânea de Escritos** am **homenagem a Eugen Ulmer)** (1973), págs. 307 e seguintes.



muitas infreções ficam atualmente por sancionar (37). Dei colocar-se o problema de como remediar essa deficiência de exceção.

A atribuição ás associações dos consumidores do direito de ação dificilmente bastaré para e resolução adequada do problema. Uma atividade intensa dessas associações préssuporia, além do mais, que eles, até agora pouco ativas, fossem impulsionadas, mais fortemente do que eté agora, através de meios públicos (38).

Em todo o caso, afigura-se mal fundada a esperança de que se possa promover consideravelmente o crescimento e capacidade financeira das associações dos consumidores pelo reconhecimento do direito de formularem pedidos coletivos de indenização, como recomende a Comissão para a Luta contra a Criminalidade Econômica (39).

A autofiscalização preconizada pelo Grêmio Alemão da Publicidade e posta em prática com a criação do "Conselho Alemão de Publicidade" (1972) – não satisfaz, porque o Conselho de Publicidede é composto unicamente de representantes daquele organismo a, além disso, não dispõe de direitos e sanções suficientes (40).

Subsiste a possibilidede de melhorer a defesa do consumidor atrevés da fiscalizeção estatal da publicidede, como a que existe há muito nos Estados Unidos

(37) Cfr. ainda os resultados alarmantes de uma investigação empírica: Coletividade de Trabalho dos Consumidores (AGV), Formas e extensão da publicidade enganosa na República Federal Alemã e Grã-Bretanha, Projeto da investigação por incumbência do Bureau Européen des Unions Consommateurs (BEUC), Bruxelás, elaborado pelo Instituto de Investigação Aolicada dos Consumidores (Colônia) e pela Consumers' Association (Londres), em outubro de 1974. O Grêmio da Publicidade criticou, porém, fortemente essa investigação e censurou tanto os seus erros de método como as afirmações enganosas (cfr. Marcas e Artigos 1975, pág. III); A AGV definiu, por sua vez, a sua posição crítica num documento de 20 páginas (**Contributo para a Discussão sobre Publicidade...**), o qual pode ser adquirido na AGV, 53 Bonn-Duisdorf, Heilsbachstr. 20 Cfr. também o Relatório, Afirmações publicitárias e a realidade: panorama dos consumidores, 1975, caderno 4

(38) Cfr. Schricker, Die Rolle des Zivil –, **Straf und Verwaltungsrechts bei der Bekämpfung unlauterem Wettbewerbs (O papel dos Direitos Civil, Penal e Administrativo na luta contra a publicidade engenosa)**: GRUR/Int. 1973, 694 (699). – Critica geral da atual estrutura e papel das associações dos consumidores, K. Simitis (nº I, **supra**), págs, 211 e seguintes.

(39) Cfr. sobre esta recomendação, Schricker, págs. 564 e segs., da referida Comissão, que critica as recomendações desta sobre a ação de indenização das associações dos consumidores, pelo menos na sua forma atual.

(40) O Conselho Alemão de Publicidade limita-se, em caso de publicidade censurável, a uma mera repreensão ás empresas autoras, repreensão essa que só excepcionalmente (em casos graves) é publicada e, mesmo então, sem que o nome das empresas seja mencionado. Cfr. Relatório, Conselho Alemão de Publicidade na ZAW – Autodisciplina na Economia de Propaganda Alemã: WRP 1973, pág. 80; **P. Ulmer/Niemeier, Die freiwillige Selbstkontrolle in Wirtschaft und Presse (A Autofiscalização na Economia e na Imprensa)**; WRP 1975 (pág. 552).

(41) e recentemente foi introduzida na Suécia (42) Como se sabe, existe na Suécia, desde 1º de janeiro de 1971, um provedor de justiça (Ombudsman) dos consumidores, que pode intervir contra métodos de venda e condições gerais de contratos ilegais, bem como, ultimamente (desde 1º de julhc de 1976), também no que respeita a produtos perigosos ou impróprios para consumo. As experiências até aqui bem sucedidas, permitem concluir que o novo sistema resulta na Suécia. Apesar da dotação relativamente modesta do seu serviço quanto ao pessoal e meios financeiros, o provedor de justiça dos consumidores obteve, em pouco tempo, resultados espantosos. Assim, no periodo decorrido de 1º de janeiro de 1971 a 1º de maio de 1976, resolveu mais de 20.000 casos, preponderantemente denunciados pelo público. Na sua grande maioria, o provedor de justiça dos consumidores pode fazer acordos amigáveis com os industriais responsáveis. Apenas em 279 casos ordenou uma proibição e, em 153, apelou para o Tribunal de Comércio (43).

Tem especial interesse o fato de o provedor de justiça dos consumidores não se haver limitado à luta repressiva contra casos determinados, elaborando, em colaboração com as referidas organizações, peritos cientificos e repartições públicas, toda uma série de normas apropriadas, que são, ao que parece, regularmente observadas. O provedor de justiça procura, por este meio, sobretudo, providenciar por que os fornecedores prestem aos consumidores determinadas informações; a par disso, o legislador sueco proporcionou ao provedor de justiça uma melhor base para o desempenho das suas funções, incluindo, em 1975, na lei contra métodos de venda ilegais, uma nova cláusula geral sobre o dever de informação no ato de venda (44).

Como o mostra a mais recente evolução internacional, o modelo sueco começa rapidamente a fazer escola. É por isso, evidentemente, considerado como um progresso noutros países. Assim, também na Noruega e Dinamarca, foi instituido um provedor de justiça dos consumidores (45). Também, na Bélgica, um projeto de

(41) Cfr. von Hippel, págs. 64 e segs.; K. Simitis (nº I, **supra**), págs. 182 e segs.; Erxleben, **The FTC's Kaleidoscopic Unfairness Statue – Section 5**: Gonzaga L. Rev. 10 (1975), págs. 333 e segs.. É de ter em conta que o legislador americano proporcionou, entretanto, aos serviços de controle, com o Federal Trade Commission Improvement Act (1975), novas possibilidades de aplicação de sanções. Assim, a Federal Trade Commission pode agora, em determinadas condições, exigir, além de mais, a indenização devida aos consumidores, vítimas de práticas negociais ilícitas; cfr. Schricker, págs. 562 e segs.; Note, Iowa L. Rev. 61 (1975) 222, págs. 248 e segs.; Note, Texas L. Rev. 53 (1975), págs. 831 e seguintes.

(42) Cfr., por fim, Bernitz, pág. 597.

(43) Cfr. **Konsumentenombudsmannen** nº 3/1976, pág. 1, e bem assim o Relatório, O K. O., Advogado dos Consumidores: **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, de 2 de julho de 1976, pág. 7.

(44) Cfr. Bernitz, págs. 599 e seguintes.

(45) Cfr. Bernitz, págs. 611 e seguintes.



lei prevê a criação de um provedor de justiça dos consumidores. Finalmente, é de considerar que na Grã-Bretanha foi institu do, em 1973, um "Diretor-General of Fair Trading", cujas funções correspondem, pelo menos em parte, às ao provedor de justiça dos consumidores suecos (46).

Com base nas positivas experiências suecas, é de admitir que seja introduzida também na República Federal uma fiscalização estatal da publicidade pelo menos se as associações de consumidores, dentro de prazo adequado, não conseguirem garantir um efetivo controle sobre a publicidade enganosa, o que, de acordo com a experiência até agora verificada, se antolha inverossimil. Entretanto, a Comissão para a Luta contra a Criminalidade Econômica, nas suas resoluções de Abril de 1975 para os **Länder** ocidentais, concebeu a atribuição a serviços públicos de uma legitimidade subsidiária: no caso de serem criados serviços públicos para a defesa do consumidor, poderia atribuir-se-lhes legitimidade para agir contra as infrações à lei sobre a publicidade enganosa na falta de atuação das associações de consumidores e sempre que esteja em causa o interesse público (47). Observe-se em todo o caso que, quando se instituirem serviços públicos para a defesa do consumidor, será muito mais fácil atribuir-lhes, em primeira linha, o controle de métodos de venda ilícitos, tal como aconteceu na Suécia. (Na Suécia, as associações empresariais, de consumidores e de trabalhadores, assim como os industriais prejudicados por infrações à lei, têm apenas uma legitimidade subsidiária). Daqui, as reflexões seguintes: um serviço público central está em melhores condições do que um conjunto heterogênec de associações de consumidores para desenvolver uma atuação uniforme de controle e disciplina contra métodos de venda ilícitos.

Aos serviços públicos podem ser atribuidos poderes de autoridade, indispensáveis no que respeita às associações como o de estabelecer regras, disposições, instruções e mesmo normas regulamentares, o de exigirem informações (por exemplo a prova do fato publicitado), consultar documentos e proceder a buscas. Como mostram as experiências americanas e suecas os serviços públicos podem, graças a tal competência, atuar amplamente no sentido de impedirem comportamentos ilícitos. Deste modo a fiscalização repressiva pontual dos métodos de venda ilícitos é substituida por uma (muitíssimo mais radical e efetiva) fiscalização preventiva global. Acresce que a atividade dos serviços públicos para a proteção do consumidor está menos sujeita a riscos de encargos e de responsabilidade do que as associações de consumidores (48). Finalmente, a competência atribuída a

(46) Cfr. Borrie/Diamond (nº 4, **supra**), págs. 152 e segs.; Cunningham, **The Fair Trading Act 1973 (London 1974)**; **Meinhsrdt, Der englische fair Trsding Act (O "Fair Trading Act" Inglês)** 1973: AWD 1974, págs. 225 e segs.; Methven, **Consumer Credit and Consumer Protection**: J. Soc. Publ. Teachers of Law 14 (1976), págs. 31 e seguintes.

(47) Cfr. Schricker, págs. 572 e seguintes.

(48) Sobre os riscos de despesas e de responsabilidades das associações de consumidores, cfr. Tilmann, **Dss Haftungsrisiko der Verbraucherverbände (O risco de responsabilidade das associações de consumidores)**: NJW 1975, págs. 1913 e seguintes.

tais serviços públicos para exigir a indenização a favor dos consumidores, vítimas de práticas negociais ilícitas, seria mais eficaz do que as ações de indenização das Associações de Consumidores recomendadas pela Comissão para a Luta contra a Criminalidade Econômica (49).

Por muito que se diga sobre as questões até agora tratadas, de modo nenhum se deve pensar que a total supressão da publicidade enganosa resolverá todos os problemas. Uma publicidade real e objetiva – que o legislador procura, hoje em dia, fomentar cada vez mais através de determinados deveres de informação impostos aos fornecedores (50) – conduz apenas à informação pontual do consumidor e não lhe proporciona uma visão geral do mercado, que é condição prévia de uma boa escolha. Quanto a esse aspecto, pouco alteraria a autorização da publicidade comparativa projetada no quadro da uniformização de direito comunitário europeu (EG), pois é verossímil que, nessas circunstâncias, o adquirente olharia os dados fornecidos pelo anunciante com especial desconfiança (51). A necessidade do consumidor de informações seguras e pormenorizadas não pode, assim, ser satisfeita pela publicidade. Por isso, devia-se exigir, mais energicamente do que até aqui, a organização de um sistema de informação que possibilitasse ao consumidor obter, sem grandes despesas, todos os dados que quisesse. Através do desenvolvimento de tal sistema – na Alemanha, a Instituição de Testes de Mercadorias (Berlim), por exemplo, oferece, sobre o assunto, pontos de partida consideráveis (52) – pode-se ao mesmo tempo reagir contra a propaganda enganosa: Quanto mais os consumidores puderem utilizar e também de fato utilizarem informações objetivas (para o que deviam contribuir o ensino nas escolas e os meios de comunicação social), tanto mais desaparecerão as hipóteses de publicidade enganosa.

3. **A defesa do consumidor contra as condições gerais dos contratos (cgc) ilícitas** é um problema que, desde há muito – e não só na Alemanha –, ocupa a jurisprudência e a doutrina. Desde a publicação da monografia precursora de Ludwig Raiser sobre **O Direito das Condições Gerais dos Contratos** (1975) – obra

(49) Cfr. Schricker, págs. 564 e seguintes.

(50) Cfr. von Hippel 13; em especial para a Suécia, Bernitz, págs. 601 e seguintes.

(51) Porém, mais otimista neste ponto, Schricker, págs. 554 e segs. 555.

(52) Cfr. von Hippel, págs. 68 e segs.; Lachmann, **Über die Arbeit der Stiftung Warentest (Sobre o trabalho da Instituição de Testes de Marcadorias);** RuPol. 1974, págs. 181 e segs.; Relatório, **A publicidade não pode substituir a informação dos consumidores:** Die Welt de 15 de março de 1976, pág. 12. – O interesse público no trabalho de esclarecimento da Instituição de Testes de Mercadorias foi há pouco, especialmente realçado pelo tribunal federal no caso Marker (Ação de um fornecedor de ligações de ski contra a Instituição de Testes de Mercadorias): não é de fazer reparos à publicação dos resultados dos testes quando a investigação for imparcial, objetiva e feita com perícia e os métodos aplicados, bem como a valorização, parecerem dispensáveis; BGH de 9 de dezembro de 1975, Betrieb 1976, 283 = BB 1976, 242 com a participação de Lachmann.



pioneira internacional - esse problema passou a merecer cada vez maior atenção e, no âmbito do movimento mundial em prol da defesa do consumidor, foi recentemente considerado de grande atualidade, tanto no plano nacional como no plano internacional.

O Governo Federal Alemão constituiu, em fins de 1972, um grupo de trabalho composto por representantes da ciência, da judicatura, das repartições competentes, dos consumidores e da economia, o qual entretanto apresentou toda uma série de propostas para o melhoramento da defesa dos consumidores contra cgc desleais (53). No Outono de 1974, o 50º Dia Alemão dos Juristas em Hamburgo também se ocupou de quais as medidas a recomendar para a defesa do consumidor contra as cgc (54).

No plano europeu, a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, em 1973, exigiu uma melhor defesa do consumidor contra as cgc unilaterais (55). Recentemente, depois de vários anos de trabalho preparatório, um grupo de peritos do Conselho da Europa apresentou um projeto de resolução que procura ter em conta esse postulado (56). O assunto tem igualmente sido considerado no âmbito da Comunidade Europeia (56a).

A importância internacional do problema torna-se saliente pelo fato de as condições gerais dos contratos constituírem, nos últimos anos, objeto de reuniões

(53) Propostas para o melhoramento da defesa do consumidor contra condições gerais dos contratos; Primeiro relatório parcial do grupo de trabalho junto do Ministro Federal da Justiça (março de 1974); Segundo relatório parcial (março de 1975).

54) Cfr. Kötz, **Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? (Quais as medidas legislativas recomendadas para a defesa do consumidor contra condições gerais dos contratos e contratos formulários?),** em: debate do 50º DJT 1974 1 (1974) parecer A, assim como a ata H, ebd. Bd. II; Relatório, 50º DJT em Hamburgo: NJW 1974, págs. 1987 e seguintes.

(55) Cfr. nº 14, **supra.**

(56) Cfr. Council of Europe, European Committee on Legal Cooperation. Final Activity Report on the protection of consumers against unfair contract terms submitted to the CCJ by the Committee of Experts on the legal protection of consumers, documento CCJ (76) 8, de 31 de março de 1976.

(56a) Entretanto, o autor, a pedido da Comissão da CEE, emitiu parecer sobre a questão Defesa **do consumidor contra as cláusulas desajustadas inseridas nas condições gerais dos contratos** (10 de setembro de 1976), publicado em Rebelsz 1977, 2º caderno, em que se demonstra, considerando a regulamentação existente e em projeto nos Estados da CEE, a possibilidade de uniformização do direito neste domínio. Os peritos governamentais ocuparam-se, pela primeira vez, desse problema, numa reunião em Bruxelas, no final de setembro de 1976.

de direito comparado, como a de Berlim, da Sociedade de Direito Comparado (1967) (57), e as da Academia Internacional de Direito Comparado, em Pescara (1970) (58) e em Teerão (1974) (59).

Tal como nos outros países, também na Alemanha se procura combater as cgc ilícitas, através, principalmente, de um **reforço da fiscalização judicial**. Se bem que os tribunais alemães se tenham tornado mais exigentes quanto às cgc e, no confronto internacional, tenham sido bem sucedidos, o problema de fiscalização de abusos não se resolve satisfatoriamente por esse meio, nem mesmo se – como aconteceu na Dinamarca (1975) e na Suécia (1976) e agora se prevê na lei alemã – se proporciona ao juiz, através de uma cláusula geral, um princípio mais claro para a fiscalização das condições gerais dos contratos do que o até agora proporcionado pelo § 242 da BGB (princípio da boa fé). A fiscalização judicial tem nomeadamente, a desvantagem de abranger uma só cláusula e de produzir efeitos apenas quanto ao caso concreto, e, sendo carregado de incertezas, só tem lugar quando um cliente lesado arrisca uma ação contra o empresário. Porque a maioria dos clientes, por desconhecimento do Direito, com receio de despesas para tal necessárias ou pelo risco do processo, não recorre a tribunal, o empresário consegue, em regra, impor na prática cgc injustas.

Para remediar este inconveniente, discutem-se as possíveis providências: fomento da concorrência, negociação das cgc através de Associações de Consumidores e de Associações Econômicas, criação de contratos-modelo, reforço do direito imperativo, direito de ação das Associações de Consumidores e (ou) Serviços Públicos Estatais, introdução de um dever geral de sujeitar a autorização as condições gerais dos contratos ou, pelo menos, de um dever geral de registro com a "fiscalização possível" dos serviços oficiais (60).

O grupo de trabalho nomeado pelo Governo Federal recomendou, para além de melhoramentos do direito material (cláusulas gerais, elenco de cláusulas proibidas), a introdução de uma ação judicial, com efeitos genéricos, de fiscalização

(57) Veja **Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Controle Judicial dss Condições Gerais dos Contrstos)**, Atas dos grupos de Peritos para a Investigação dos Princípios Gerais e Comparação do Direito Civil, por ocasião do Congresso de Direito Comparado em Berlim, de 27 a 30 de setembro de 1967 (1968).

(58) O tema tratado em Pescara era **Condições Gerais dos Contratos**. Informações sobre os relatórios nacionais também publicados em Am. J. Comp. L. 23 (1975) 568, nº 1.

(59) Em Teerão foi tratado o tema **A Validade das Cláusulas que Excluem ou Limitam a Responsabilidade**, cujo núcleo se situa no direito das cgc. Cfr. o relatório geral de Eörsi, **The Vslidity of Clauses Excluding or Limiting Liability**: Am. J. Comp. L. 23 (1975), págs. 215 e segs. (com referências aos demais relatórios nacionais publicados, pág. 215, anotação).

(60) Vejam-se, para mais pormenores, as publicações citadas em nºs 53 e 54; von Hippel, págs. 74 e seguintes.



das cgc; o direito de ação deve competir às associações econômicas, às associações de consumidores e também aos serviços públicos (pelo que se defende a criação de um Instituto Federal para a Defesa do Consumidor, como serviço público central). Complementarmente, o grupo de trabalho recomendou o estabelecimento, por organismos especiais, de condições-modelo (61).

A realização destas propostas seria certamente um progresso apreciável. Isto particularmente no que concerne à proposta de uma ação dos serviços públicos. Como mostra o exemplo sueco, um direito de ação dos serviços públicos para a defesa do consumidor constitui, designadamente, importante meio de pressão, através do qual podem largamente atuar no sentido de conveniente aperfeiçoamento das cgc (62).

É certo que se poderia conferir maior importância à prevenção, e isto quer através da introdução de um dever de registro das condições gerais dos contatos com a "fiscalização possível" dos serviços oficiais (63), quer da introdução de um **dever de autorização** para as cgc, como em certos casos já existe, em especial para as cgc das empresas de seguros, mas também para as cgc das empresas de aviação, bancos de créditos hipotecários, caixas econômicas de construção, sociedades de colocação de capitais e, em geral, para as cgc cuja aplicação uniforme tenha sido acordada por diversas empresas ("condições de cartel"). Um tal dever de autorização evitaria que as cgc pudessem ser postas em prática sem uma prévia fiscalização do seu conteúdo.

Face aos bons resultados da fiscalização preventiva das condições de cartel, pelo Instituto Federal dos Cartéis (64), podia-se confiar a esse organismo a

(61) Cfr. 53, **suprs**.

(62) Cfr. Bernitz, na pág. 597.

(63) Peter Ulmer defendeu esta idéia num relatório apresentado no Dia Alemão dos Juristas; Debate 50º DJT 1974 II (1974) H, págs. 35 e 43.

(64) Cfr. Laufke, **Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch das Bundeskartellamt (A fiscslização das condições gerais dos contratos através do Instituto Federal dos Cartéis)** em: publicação em homenagem a Heinz Paulick (1973) 121 (125, 130); Rinck, **Dic Empfehlungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Kontrolle und Registrierung (As recomendações de condições gersis dos contrstos, sua fiscalização e seu registro)**; WuW 1974, 291 (300). Ambos os autores chegam à conclusão, com base em investigações permenorizadas, de que o Instituto Federal dos Cartéis entendeu proibir as condições contratuais injustas "através de uma fiscalização muito rigorosa e consideravelmente imparcial das condições de cartel" (Laufke 125; Rinck 300). Também se revelou importante que, durante a produção da prova, fossem ouvidos os compradores afetados pelas cgc (cfr. Laufke, 122). No que diz respeito às cgc para contratos com consumidores de produtos finais, devem ser apresentadas aos serviços públicos, além das cgc, a posição da Associação de Trabalho dos Consumidores ou de outras organizações de consumidores (publicação nº 39/73 do Instituto Federal dos Cartéis de 23 de Agosto de 1973, BAnz. nº 167 de 6 de Setembro de 1973).

fiscalização preventiva das condições gerais dos contratos (65). Embora o Congresso sobre política legislativa do SPD em Braunschweig (1972) e o Dia do Partido SPD em Hannover (1973) tenham votado a favor de um dever de autorização das condições gerais dos contratos, todavia o legislador alemão não se decidiu por esta solução. A nova lei das cgc, que o parlamento federal aprovou a 10 de novembro de 1976 com votos de todos os partidos, não prevê um direito de ação dos serviços públicos, mas limita-se – além de certos melhoramentos do direito material (cláusulas gerais, elenco de cláusulas proibidas) – a conceder às associações econômicas de consumidores o direito de ação contra as cgc (66), o que, atendendo à experiência, até agora pouco animadora, do direito de ação das associações nos termos do § 13 I a UWG, se deve considerar insuficiente.

4. A defesa do consumidor contra a publicidade enganosa (nº 2, **supra**) e contra cláusulas contratuais ilícitas (nº 3, **supra**) é completada através da – especialmente importante – **defesa contra preços excessivos** (67). Esta defesa é fundamentalmente conseguida pelo legislador, não de modo direto – através da proibição do açambarcamento ou da fixação de limites para preços ou lucros –, mas de forma indireta: cuidando da conservação e fomento da concorrência, procura, assim, evitar preços exagerados e prestações de má qualidade da parte dos fornecedores. Satisfazem de modo especial este objetivo o regime jurídico dos cartéis e os esforços para uma melhor transparência do mercado e esclarecimento dos consumidores.

O direito dos cartéis tem ganho, no mundo ocidental, uma importância cada vez maior (68). Proíbe convenções limitativas da concorrência, sujeita os empresários que dominam o mercado a uma fiscalização contra abusos e procura, em muitos Estados – recentemente também na Alemanha –, combater a formação de empresas que dominem o mercado, através de uma fiscalização preventiva da fusão. A conexão entre a política relativa à concorrência e a relativa aos consumidores

(65) Cfr. von Hippel, págs. 77 e segs.; do mesmo autor, **Intervenção no Debate,** 50º DJT 1974 II (1974) H, págs. 169 e seguintes.

(66) Cfr. Proposta e Relatório da Comissão Jurídica para a Elaboração do Projeto de Regulamentação das Condições Gerais dos Contratos (Lei das cgc), edições BT 7/5412, de 21 de junho de 1976, e edições BT 7/5422, de 23 de junho de 1976.

(67) Cfr. von Hippel, págs. 83 e segs.; Steindorff, **Gesetzgeberische Möglichkeiten zu verbesserter Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Soluções legislativas para melhor aplicação da Lei contra as Limitações da Concorrência):** ZgesHR 138 (1974), págs. 504 e segs., Fontaine, nas págs. 625 e segs.; Riesenfeld, nas págs. 579 e segs.; Reich/Tonner/Wegener (nº 1, **supra),** págs. 29 e seguintes.

(68) Cfr., recentemente, **Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), Annual Reports on Competition Policy in OECD Member Countries,** 1974, nºs 1 e 2, 1975, nºs 1 e 2; relatórios da OECD sobre as limitações de concorrência, WuW, 1975, págs. 30 e seguintes.



torna-se cada vez mais acentuada em muitos Estados, designadamente na República Federal. O Instituto Federal dos Cartéis não se considera, em última análise, um serviço público para a defesa do consumidor. Mas o Instituto intensificou as suas atividades nos últimos tempos e sobretudo interveio num número crescente de casos, fiscalizando abusos respeitantes a preços exagerados praticados por empresas dominadoras do mercado (69).

Na Alemanha, o direito dos cartéis deveria, porém, tornar-se mais do que até aqui, um serviço de defesa do consumidor. Assim, recomendam-se no direito alemão, as seguintes reformas:

Tal como no domínio da EWG, deve reconhecer-se aos consumidores e às suas associações, em caso de infrações às regras sobre cartéis, o direito de fazerem intervir os serviços públicos respectivos (70).

Em princípio, devia atribuir-se às associações dos consumidores a oportunidade de apresentarem alegações em todos os processos que corram perante o Instituto Federal dos Cartéis (71).

Tal como no direito da concorrência desleal (§ 13 I a UWG), as associações dos consumidores deviam também, no direito dos cartéis, ter a faculdade de agir, mesmo na falta de procedimento lesivo do consumidor (72).

(69) Cfr., por último, KG, de 19 de março de 1975, BB 1975, 1270, com nota de Reich = JuS 1976, 122, com nota de Emmerich; Möschel, **Marktmacht pnd Preiskontrolle (Domínio do mercado de fiscalização dos preços):** BB 1976, págs. 49 e segs.; Ewald, **Uneingeschränkte Missbrauchsaufsicht über die Preisgastaltung eines marktbeherrschenden Unternehmens (Fiscalização sem Limites de Abusos na Formação dos Preços por Empresa Dominadora do Mercado),** conforme § 22 Abs. I GWB?: WRP 1976, págs. 205 e segs.; Hintze, **Missbräuchliche Ausnutzung überragender Marktstellung (Aproveitamento abusivo de posição predominante no Mercado),** decisão do Tribunal Superior, na questão Valium-Librium, de 5 de Janeiro de 1976: WRP 1976, págs. 211 e segs.; entrevista do Spiegel com Wolfgang Kartte, novo presidente do Instituto de Cartéis, Der Spiegel 1976, nº 29, págs. 60 e segs. Para a situação nos EUA, Markovits, **Oligopolistic Pricing Sherman Act, and Economic Welfare:** Stan. L. Rev. 26 (1973/74), págs. 493 e segs., págs. 717 e segs.; 27 (1974/75), págs. 307 e segs.; 28 (1975/76), págs. 45 e seguintes.

(70) No âmbito da EWG e, segundo o Artigo 3º do Decreto 17, e nos casos de infrações às regras sobre cartéis, cabe a todas as pessoas e associações de pessoas que mostrem um interesse legítimo, o direito de reclamarem para a comissão. Cfr. também Steindorff (nº 67), **supra),** pág. 525; Blanke, **Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde (O Direito de Intervenção dos Serviços Públicos para os Cartéis)** (Diss. Göttingen 1974), págs. 93 e segs., pág. 109.

(71) O Instituto Federal de Cartéis referiu, no seu relatório de atuação, de 1972, que a posição dos consumidores podia ser reforçada, se as associações de consumidores tivessem a oportunidade de alegar, nos processos que correm perante o Instituto Federal de Cartéis (cfr. edições BT 7/986, pág. II). Cfr. também Gellhorn. Public Participation in Administrative Proceedings: Yale L. J. 81 (1971/72), págs. 359 e seguintes.

(72) Manfred Wolf pretende que, de lege lata, por aplicação analógica do § 13 I a UWG, as associações de consumidores dispõem já de um direito de ação no âmbito do direito dos cartéis "na

Além disso, devia-se – de acordo com as modernas tendências – reconhecer aos consumidores lesados pelas práticas contrárias ás regras sobre cartéis (por exemplo, pela combinação de preços), direito de indenização contra os seus autores (73).

Finalmente, o Instituto Federal dos Cartéis e – pelo menos subsidiariamente – as associações de consumidores deviam ser autorizados a fazerem valer os direitos de indenização de todos os consumidores lesados (74)

Uma vez que a concorrência é o melhor amigo do consumidor, devia-se, por fim, tentar inserir a legislação sobre cartéis, de âmbito limitado, no domínio da concorrência e sujeitá-la à política a esta respeitante (75), examinar continuamente a adoção de medidas que protejam a classe média contra abusos, controlar mais eficazmente o abuso de recomendação de preços, melhorar as hipóteses de fiscalização da fusão e verificar a possibilidade de uma descartelização" (76). É também importante uma revisão crítica da política agrária da Comunidade Européia, dispendiosa e causadora da subida dos preços (77).

---

madida em que cada uma das disposições isoladas do GWB se destina a proteger interesses coletivos dos consumidores" (Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände (O Direito de Ação das Associaçõas) (1971/41). – Nos EUA, é reconhecido, em princípio, um direito de ação das associações da consumidores: cfr. sentença do Circuit Court of Colombia, de 11 de outubro de 1974 na questão Consumers Union of U.S. v. Henry A. Kissinger et al., RIW/AWD 1975, 104 (com a colaboração de Ullrich).

(73) Cfr. von Hippel, pág. 87; Steindorff (nº 67, supra), págs. 509 e segs.; do mesmo autor, anotações á BGH de 4 de abril de 1975: JZ 1976, 29 (31).

(74) Cfr. Steindorff (nº 67, supra), págs. 516 e 526.

(75) Aquando da votação da segunda lai sobre cartéis, de 3 de agosto de 1973, o Parlamento Federal convidara expressamente o Governo Federal a rever as exceções à aplicação da lei sobre cartéis, a fim de, dentro de um ano, sobre ela se pronunciar (ediçõas BT 7/779). D Governo Fedaral apreaentou, entretanto, um relatório (ediçõas BT 7/3206, de 4 de fevereiro de 1975; relatório WRP 1975, pág. 147), que, em princípio, deixa tudo como estava, mas – como as posições críticas dos peritos o demonstram – não pode valer em todos os aspectos como solução definitiva; cfr. Möschel, Bankenrecht und Wirtschaftsordnung (Direito Bancário e Ordem Econômica): BB 1975, 1025 (págs. 1026 a 1030); Klaue, Zur Roll der Versicherungawirtschaft in der marktwirtschaftlichen Drdnung (Sobre o papel da indústria de seguros na disciplina econômica do mercado), em: Escritos em homenagem a Karl Sieg (1976), págs. 171 e seguintes.

(76) Parecer anual, de 1974, do Conaelho de Peritos para a Apreciação do Desenvolvimento Econômico Geral, ediçõea BT 7/2848, de 25 de novembro de 1974, pág. 141.

(77) No seu programa de ação de 29 de maio de 1973 (transcrito em von Hippel, págs. 200 e aegs.), a Associação de Trabalho dos Consumidores (AGV) declarou o seguinte: "A AGV tem de dedicar especial atenção à política agrária num sentido mais restrito, porque o domínio econômico da agricultura, sendo predominantemente político, não é governado pelo mercado. A AGV recomenda, por iaso, desde há muito, que se reveja a política agrária atual (nos aspectos da astabilidade, social e de



5. Finalmente, atribui-se grande importância à **consagração dos direitos individuais dos consumidores** (78). Está demonstrado que as pretensões da maioria dos consumidores, fundadas em normas para a sua defesa contra os fornecedores, nunca são feitas valer judicialmente, ou são-no em casos limitados, quer pelo seu reduzido valor quer por outras razões: por deficientes conhecimentos jurídicos, por receio de insucesso, por inibição relativa ao contato com o tribunal ou com o advogado, por medo dos dispêndios necessários em energia, tempo e dinheiro, pelo risco do processo, falta de confiança na justiça e (ou) na advocacia, pela falta de interesse dos advogados.

Quem quiser melhorar a defesa do consumidor, deve, assim, cuidar por que os direitos individuais do consumidor sejam também de fato realizados. Um primeiro passo neste sentido foi dado, há pouco tempo, pelo legislador alemão, ao proibir as cláusulas de competência, até agora muito habituais, impostas pelos empresários e

---

distribuição). A disciplina do mercado, concebida há 50 anos – em circunstâncias entretanto ultrapassadas – produziu, em importantes zonas setoriais do mercado agrário, os conhecidos excessos de produção, estimulou produções originais e pouco lucrativas, destruiu consideravelmente as ligações com os mercados internacionais e levou a um dirigismo político e técnico sempre mais complicado, que até hoje vem adquirindo uma crescente influência, am amplitude e profundidade, na economia. A conseqüência para os consumidores é serem-lhes, neste domínio, negadas as vantagens da racionalização da produção, assim como os benefícios da divisão internacional de trabalho. Isto significa que os gastos da política agrária, com que são agravados os consumidores, aumentam excessivamente. Além disso, os estratos sociais de rendimentos mais baixos são relativamente mais atingidos com os custos da política agrária, enquanto que inversamente, os aspectos débeis da agricultura só em pouco beneficiam do atual sistema. A AGV esforçar-se-á, por isso, por estabelecar uma nova disciplina da política agrária, em que os componentes duplos e anti-sociais sejam eliminados e obtenham mais valor os princípios de uma política econômica e de comércio orientados no sentido de uma economia de mercado. A política do consumidor deve procurar, neste domínio, que as vantagens do comércio internacional e da divisão mundial do trabalho e da produção, sem que se deixe de considerar o desenvolvimento destes aspectos, revertam, mais intensamente do que até aqui, em benefício dos consumidores – Cfr. ainda Harms, Der Kampf um die Marktwirtschaft (A Luta pela Economia de Mercado), em: Entwicklungstendenzen des Wirtschafts und Unternehmensrechts (Tendências no desenvolvimento do Direito Econômico e do Direitos de Empresas), Escritos em Homenagam a Horst Bartholomeyczik (1973) 101 (126). D desenvolvimento no setor do leite fornece o exemplo mais recente do contra-senso da política agrária da CCE: Para reduzir os explosivos e crescentes excessos de leite em pó magro, a indústria das forragens é obrigada a misturar leite em pó nos seus produtos (cfr. o relatório crítico no Spiagel de 1976, nº 24, págs. 57 e seguintes.

(78) Cfr., em pormenor, von Hippel, págs. 90 e segs. (com mais extensas informações), assim como os relatórios de diversos autores sobre "Possibilidades judiciais e extrajudiciais da defesa do consumidor", que foram elaborados no quadro de uma das sessões organizadas pela Comissão da CEE sobre eate tema, de 10 a 12 de dezembro de 1975, em Montpellier, e que por ela devem ser publicados; cfr. relatório, JZ 1976, pág. 218; relatório, Riv. Società, 1975, págs. 1.407 e segs. Cfr. também, Note, Consumer Protection – New Hope Following Failure of Civil and Criminal Remedies: J. Crim, L. Criminology, 66 (1975), págs. 271 e segs.; Hellner, págs. 733 e segs., e os restantes relatórios sobre o problema do Acesso ao Direito, págs. 669 e segs.; ainda Baumgärtel, Gleicher Zugang zum Recht für alle (Igualdade para todos de Acesso ao Direito) (1976).

desvantajosas para os consumidores (79). Um outro passo – que deve sar imitado – foi dado pelo legislador do Estado de Nova lorque: autorizou o juiz, desde 1º de janairo de 1974, no caso de acumulação extraordinária de pedidos à revelia formulados por uma determinada empresa, a verificar se as reivindicações feitas existem de fato ou se assistem aos consumidores em causa reclamações contra ela (80).

No entanto, não nos devíamos dar por satisfeitos perante esse passo isolado, mas fazer esforços no sentido de uma ampla solução do problema. Como mostram as experiências alemãs e estrangeiras até aqui feitas, uma ampla solução do problema pressupõe que se ponham à disposição de cada consumidor instituições facilmente acessíveis, em que possa confiar, cujo serviço pouco ou nada lhe custe e que empreendam por si, em cada caso, passos necessários para proporcionar ao consumidor a realização do seu direito. Por isso, a rede de serviços locais de apoio aos consumidores devia ser alargada, de modo a tornar possível a cada cidadão encontrar, sem grande trabalho, um desses serviços. De acordo com os resultados das experiências até agora realizadas, pode obter-se, na maioria dos casos, por interposição de tais organismos, uma regulação a contento dos consumidores agravados.

Nos restantes casos, deve ser proporcionado aos consumidores (para a efetivação das suas reivindicações) um processo mais expedito do que o normal. Assim, atendendo ao valor das experiências efetuadas, especialmente nos Estados Unidos, Inglaterra e Suécia, com processos simplificados para as "small claims" pelo menos no que respeita a pedidos até determinado valor, devia ser criado um processo simples mas não limitativo das pretensões dos consumidores; o direito alemão, no que concerne a bagatelas (valor de litígio até 50 marcos) – § 510 c ZPO – proporciona uma base de trabalho.

Além disso, deviam ser criados, sa o não foram ainda, em cada um dos setores da economia, organismos paritários de arbitragem para os consumidores lesados. A

(79) Veja a lai para a modificação do Código de Processo Civil de 21 de março de 1974, BGBL I 753, a; além disso, Löwe, Das neue Recht Gerichtsstandsvereinbarungan (D novo direito da determinação por ecordo da competência do tribunal): NJW 1974, págs. 473 e sags.; Diederichsen, Die neue Grenzen für Gerichtsstandsvereinbarungen (As novas fronteiras da determinação por acordo da competência do tribunal) BB 1974, págs. 377 e segs.; Baumgärtel, Wert und Unwert der Prorogations-novelle (Valor e desvalor das leis de prorrogação), Escritos em Homenegem a Friedrich Weber (1975), págs. 23 e segs., publicado, por extrato, em Z, f. Rpol. 1975, págs. 254 e seguintes.

(80) Cfr. relatório, Default Judgements... Vacation en masse: Am. B. Ass. J. 60 (1974) pág. 474 – Investigações empíricas nos EUA mostram que inúmeros consumidores, que recorrem contra condenações à revelia, têm queixas contra as empresas demandantes, especialmente por enganos ou fornecimento de mercadorias da qualidade inferior; cfr. Eovaldi/Gestrin, Justice for Consumers – The Mechanisms of Redress: NW. U.L. Rev. 66 (1971/72) 281 (pág. 282); Dreyfuss, Due Process Denied – Consumer Default Judgements in New York City; Colum. J.L. Soc. Probl. 10 (1974), págs. 370 e seguintes.



exemplo da Corporação do Ofício Automóvel de Hamburgo, as associações de outros setores da economia deviam também procurar que os seus membros se comprometessem a acatar as decisões dos competentas organismos de arbitragem. O legislador podia ainda atribuir maior valor às decisões arbitrais, tornando-as obrigatórias, no caso de a questão não ser levada a tribunal comum, dentro de certo prazo. Por esse modo, evitar-se-ia que firmas desonestas ignorassem simplesmente as decisões dos organismos de arbitragem.

As providências indicadas (criação de serviços locais de apoio aos consumidores, simplificação dos processos judiciais, criação de organismos de arbitragem nomeados paritariamente) facilitariam a realização, em todos os casos, dos direitos individuais de consumidores; por isso, devem figurar no centro dos esforços para uma efetiva defesa jurídica do consumidor. Nos casos de prejuízos em massa ou de granda importância, os serviços públicos para a defesa do consumidor, e, palo menos subsidiariamente, as associações de consumidores deviam ter a faculdade de fazerem valer os direitos de todos os consumidores em causa (81).

Assim, nestes casos, não só se melhoraria a defesa jurídica do consumidor como, ao mesmo tempo, se reagiria mais intensamente do que até aqui, contra a ameaça de infrações à lei; aquele que violasse a lei não poderia mesmo contar com o lucro ilícito, por vezes muito elevado. Na mesma perspectiva, encontra-se em exame a introdução de uma **class action** (82). Por fim têm interesse as experiências americanas no sentido de estimular os consumidores através da criação de incentivos materiais (atribuição do valor de uma multa, de uma quantia mínima ou

(81) Uma tal legitimidade dos serviços públicos existe nos EUA, quer a nível federal (Consumer Product Safety Commiseion, Federal Trade Commission; cfr. pág. 518 e nº 41, supra), quer ao nivel eetadual (cfr. von Hippel 104; Riesenfeld, págs. 590 e seguintes.

Ne Suécie pensou-se em atribuir idêntica legitimidade ao provedor de justiça dos consumidores (cfr. Hellner, pég. 748). Ae essociaçõas dos consumidores até agora não dispõem dessa legitimidade. Eetae eesocieções têm, em alguns Estados (Alemanha, Áustrie, Bélgica, França), epenas o direito de, em determinados casos, agirem no sentido de fazerem cessar práticas negocieis ilícitas; todavia, na Alemanha, entende-se hoje que, pelo menos, exiete também uma ação de indenização das associações de consumidores; cfr. Schricker, págs. 564 e segs.; para o direito de cartel, Steindorff (nº 67, supra), pág. 516. O primeiro anteprojeto de regras para a unificação do direito da concorrência nos Estados da CEE, de novembro de 1975, WRP 1976, págs. 292 e segs., fez racair sobre os Estados-membros o dever de, em casos de publicidade enganosa, cuidarem por que "os lesados ou representantes do Estado, dos sarviços públicos, de uma associação dos consumidores ou de uma associação comercial... poesam fezer valar todos os meios jurídicos, civis e penais" (Artigo 7, Abs. b).

(82) Cfr. os meios de prova da consumer class ection no direito dos cartéis, Riesenfeld, págs. 585 e segs. Agora, em geral, Koch, Kollektiver Rachtsschutz im Zivilprozess, Die Class Action des emerikenischen Rechts und deutsche Reformprobleme (Defasa Coletiva no Direito Processual Civil, a Class Action do Direito Americano) (1976).

de várias indenizações) à realização dos seus direitos individuais (83). Pelo menos no caso de infrações graves, é de considerar a aplicação, em determinadas circunstâncias, de sanções igualmente agravadas (84).

## III

## CONCLUSÃO

Apesar de a defesa do consumidor ter sido recentemente aperfeiçoada em vários aspectos, muito fica ainda por fazer. O anteriormente exposto esclarece quais as reformas introduzidas ou que merecem ser consideradas em cada setor; além disso é de aspirar a uma melhor organização, representação, informação e educação do consumidor (85). Finalmente, sustenta-se a criação de serviços públicos centrais para a defesa do consumidor, com a finalidade de fazer valer os interesses dos consumidores em todos os domínios, segundo pontos de vista uniformes (86), como já aconteceu em alguns Estados – especialmente no Canadá e na Suécia (87) –, e foi recomendado pela Assembléia Consultiva do Conselho da Europa aos seus Estados-membros, em 1973 (88), assim como na Alemanha, em 1975 (89), pelo grupo de trabalho para a reforma do direito, das cgc. Na República Federal, a solução melhor e mais fácil

(83) Cfr. von Hippel pág. 92. Assim, segundo o Washington Consumer Protection Act, o juiz pode, por exemplo, atribuir aos consumidores que tenham sido lesados por práticas comerciais ilícitas uma garantia até ao triplo do valor do dano a reparar; cfr. Linn/Newman, Implementing the Washington Consumer Protection Act; Gonzaga L. Rev. 10 (1975) 593 (págs. 596 e 598).

(84) Cfr. Stoll, anotações à BGH de 10 de outubro de 1974: JZ 1975, 252 (255)

(85) Cfr. von Hippel, págs. 16 e segs.; Reich/Tonner/Wegener (nº 1, supra), págs. 221 e segs. Como sociólogo, Schelsky chamou a isso, há pouco tempo, "poder político dos consumidores" para se organizarem; cfr. Schelsky, Der Selbständige und der betreute Mensch (As pessoas independentes e as que precisam de assistência) (1976), págs. 57 e segs. e 78 e seguintes.

(86) Cfr. von Hippel, pág. 157; K. Simitis (nº 1, supra), págs. 232 e 269.

(87) Cfr., para o Canadá, o relatório da OECD (nº 13, supra), nºs 58 e segs., para a Suécia, veja Bernitz, págs. 596 e segs. – Também é de contar, nos EUA, com a criação de serviços públicos centrais para a defesa do consumidor; cfr. K. Simitis (nº 1, supra), 271, nº 71.

(86) Cfr. Council of Europe (nº 14, supra), E. II.: "Each country shall establish in accordance with its own traditions a atrong, independent and effective authority representing consumers and responsible trading interests to advise legislatures and governments on all aspects of consumer protection, and to ensure that at national and local level there is full compliance with consumer laws and regulations, and that adequate information and advisory services are provided".

(89) O grupo de trabalho propôs, em 1975, no seu segundo relatório parcial (nº 53, supra), págs. 80 e segs., a instituição de um organismo federal para a defesa do consumidor, o qual deve ser competente para todos os assuntos de defesa do consumidor, que se entendam para além do território de um Estado.



seria, provavelmente, estender a tais serviços a competência do Instituto Federal dos Cartéis (90).

Os serviços centrais teriam de coordenar todas as atividades para a defesa do consumidor até agora referidas, de cuidar pela aplicação do direito vigente sobre a defesa do consumidor, de atuar no sentido da introdução de melhoramentos nesse direito e de se esforçar por um melhor esclarecimento e educação do consumidor. A possível competência de tais serviços públicos não pode ser aqui tratada em pormenor. Em todo o caso, deviam ser-lhes confiados, segundo o modelo sueco, tanto a fiscalização dos produtos como o controle da publicidade e das condições gerais dos contratos.

Também independentemente da criação de serviços públicos centrais, deve-se procurar, com mais energia, através de investigações empíricas, que a defesa do consumidor obtenha uma base sólida (90a). Provavelmente, tais investigações confirmarão a suspeita de que, em muitos casos, só é possível uma defesa efetiva quando se institua uma mais ampla defesa dos consumidores, através de medidas **preventivas,** como, por exemplo, um processo de admissão a determinadas profissões (tais como, corretores, empresas de viagens, institutos de ensino por correspondência) (91), a influência no aperfeiçoamento dos produtos (92), a sujeito à autorização no que respeita a determinados produtos perigosos (93), o controle prévio da publicidade de medicamentos (94) e das condições gerais dos

(90) Isto foi sustentado pelo anterior presidente do Instituto Federal dos Cartéis, Professor Günther. Propôs que o Instituto Federal dos Cartéis se transformasse num "Instituto para questões de monopólio e de defesa do consumidor" cfr. relatório, Die Welt de 23 de maio de 1972, pág. 17; Günther/Petry, Verbraucherpolitik; Marktwirtschaft 1973 (Política do Consumidor: Economia de Mercado em 1973), 4 (pág. 40). No mesmo sentido Reich/Tonner/Wegener (nº 1, supra), págs. 210 e seguintes.

(90a) Entretanto, o ministro federal de investigação e tecnologia anunciou, com fundamento num estudo piloto realizado por Bievert e por ele solicitado, uma série de temas que deviam ser tratados interdisciplinarmente, no quadro de "Assuntos de principal investigação numa investigação empírica sobre consumidores". Trata-se dos seguintes temas: organização dos interesses dos consumidores; problemas de efetivação dos direitos no âmbito da defesa do consumidor; a eficácia das estratégias de informação; o tratamento de questões de consumidores junto dos organismos políticos e em processos que corram os seus termos em serviços públicos; bem público e política dos consumidores; interesses dos consumidores nos concursos públicos; análises-modelo para a diferenciação de produtos; as idéias-força da defesa dos consumidores no tratamento, com fins políticos, de outras questões sociais (cfr. Anúncio de Projetos para o Fomento da Investigação, de 28 de julho de 1976, BAnz. nº 145, de 5 de agosto de 1976, pág. 5).

(91) Cfr. von Hippel 26, págs. 145 e segs., pág. 155.

(92) Cfr. Bernitz, págs. 603 e seguintes.

(93) Cfr. págs. 515 e seguintes.

(94) Cfr. von Hippel, pág. 49.

contratos (95), assim como através da proibição, em princípio, de certos métodos de venda (por exemplo visitas não solicitadas de agentes a casa) (96). De resto as investigações empíricas confirmarão a idéia de que determinadas necessidades do consumidor, socialmente fraco – e, assim, especialmente necessitado de proteção – (por exemplo, necessidade de alojamento ou de crédito), só podem ser satisfeitas com a ajuda oficial no sentido da obtenção de condições aceitáveis.

(95) Cfr. págs. 524 e seguintes.

(96) Cfr. von Hippel, pág. 120. Considerando a especial necessidade da defesa do consumidor no que respeita a transações à porta de casa, pensa-se agora introduzir um direito de resolução, como já aconteceu com as vendas a prestações; cfr. o "Projeto de lei sobre a resolução de transações à porta de casa e negócios semelhantes", de 11 de julho de 1975 (edições BR 384/75) e, além disso, Bartl, Verbraucherschutz im Durchbruch (A Defesa do Consumidor pela Resolução): Z. f. Rpol, 1976, págs. 13 e seguintes.



# A LIMITAÇÃO CONVENCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

FERNANDO PESSOA JORGE
Professor das Universidades de Lisboa e de Brasília

**SUMÁRIO:** 1. A regra geral da validade das convenções sobre responsabilidade civil. 2. Modalidades destas convenções. 3. A proibição do artigo 809 do Código Civil. 4. Os antecedentes deste artigo nos trabalhos preparatórios. 5. Subsídios doutrinais. 6. Incongruências do artigo 809 com outros preceitos do Código. 7, 8 e 9. Continuação. 10. Delimitação do âmbito do artigo 809. 11. Se são admissíveis pactos de limitação da responsabilidade civil eleitoral. 12, 13 e 14. Continuação. 15. A limitação convencional da responsabilidade pelo risco. 16. Alcance da exceção da parte final do artigo 809.

1. O princípio da liberdade contratual estende-se ao regime da responsabilidade civil? São válidas as convenções que tenham por objeto disciplinar o dever de indenizar, decorrente da violação de obrigações ou de outros deveres?

A resposta é afirmativa. **Em princípio, pelo menos, os interessados podem regular contratualmente a responsabilidade civil.**

Já assim era no domínio do Código anterior. (*). O artigo 708 dispunha expressamente: «a responsabilidade civil pode ser regulada por acordo das partes, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário». Admitia-se assim amplamente a regulação convencional da responsabilidade civil. Mas a doutrina e a jurisprudência entendiam que, além dos casos em que a lei expressamente afastava tal possibilidade, o lesante não podia invocar as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade quando o incumprimento resultasse de dolo, ao qual se

Trabalho publicado no Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa (281): 5-32, dez. 1978.
Revisado pelo autor em 1980. Publicação autorizada pelo autor e editora.

(*) Este estudo baseia-se no direito português. Os artigos citados sem referência ao respectivo diploma, são do Código Civil atual, de 1966 (o primeiro Código Civil é de 1867). Para melhor compreensão do texto, transcrevem-se, no final, os principais dispositivos nele mencionados. Quanto ao direito brasileiro, veja-se a excelente monografia de José Aguiar Dias, **Cláusula de não-indenizar**, 3ª ed., Forense, 1976, e bibliografia aí citada.

equiparava a culpa grave **(culpa lata dolo aequiparatur)**; este entendimento decorria da interpretação extensiva dos artigos 668 e 1055(1).

A possibilidade, em geral, das convenções sobre responsabilidade civil mantém-se no atual Código, como resulta dos princípios enunciados nos artigos 398, nº 1, e 405, nº 1, do disposto nos artigos 809 a 812 (que integram a **Divisão** epigrafada **Fixação contratual dos direitos do credor**) e ainda de outros preceitos (artigos 442, nº 2, 806, nº 935, etc.).

2. As convenções em causa podem respeitar a uma situação de responsabilidade civil **já existente** ou, pelo contrário, referir-se a responsabilidade **futura** e, portanto, meramente **eventual**.

Os pactos que se referem a uma obrigação de indenizar que, no momento da sua celebração, já está constituida, não oferecem dificuldades, nem sofrem, em princípio, qualquer restrição da lei; trata-se de uma vulgar convenção, entre credor e devedor, sobre o regime da relação juridica creditória. Assim, não se suscitam dúvidas quanto á possibilidade de o lesado renunciar á indenização, ou conceder moratória ao lesante, ou aceitar fazer com este uma dação em cumprimento, ou uma novação, ou qualquer outro ato respeitante à obrigação em causa (2).

As convenções sobre responsabilidade futura e eventual podem ter diversos objetivos: **limitar** ou **agravar** a responsabilidade, **fixar o montante da indenização** ou **transferir para outrem a obrigação de indenizar.** Cláusulas ou pactos de **limitação de responsabilidade** serão aqueles pelos quais se exclui a obrigação de indenizar (limitação total), ou se fixa um valor máximo à indenização, ou se isenta o devedor no caso de ter atuado com culpa leve ou levíssima, ou se afasta a presunção de culpa fazendo impender sobre o credor o ônus de provar esta, ou se estabelece um prazo para o exercício do direito de reclamar a indenização. Clausulas de **agravamento da responsabilidade** serão, por exemplo, aquelas em que se fixa limite mínimo á indenização, ou se impõe a obrigação de indenizar mesmo nos casos em que o dano não seja devido a culpa do sujeito passivo. O objetivo da **fixação antecipada do valor da indenização,** é prosseguido através da cláusula penal (artigos 810º, e segs.), que pode assumir a configuração especial de sinal (artigo 442º). Finalmente, os pactos que tenham por fim **transferir** a **responsabilidade** apresentam em geral a natureza de assunção de cumprimento e fazem-se em regra com entidades seguradoras.

(1) Paulo Cunha, Direito das Obrigações – II. Objeto, Lisboa, 1938-39, págs. 243 e 279; Galvão Telles, Manual de Direito das Obrigações, 2ª edição, 1965, pág. 229; Vaz Serra, Cláusulas Modificadoras da Responsabilidade. Obrigações de Garantia contra Responsabilidade por Danos a Terceiros, no Boletim do Ministério da Justiça, nº 79, pág. 113; Manuel de Andrade, Teoria Geral das Obrigações, 3ª edição, 1966, pág. 346; Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vols. IV, nº 565, e VII, nº 1090; Pessoa Jorge, Lições de Direito das Obrigações, Lisboa, 1966-67, pág. 611.

(2) Como veremos, o artigo 809 só proíbe a renúncia antecipada: é, portanto, permitida a renúncia posterior à prática do ato ilícito; e, se é válida a renúncia, válidos são todos os outros atos mencionados, porque a lei que permite o mais, permite o menos.



No presente estudo, vamos ocupar-nos apenas das **cláusulas de limitação** (que abrangem as de **limitação total** ou **exclusão da responsabilidade futura.**

3. Foi precisamente a propósito destas que o atual Código veio estabelecer importante restrição ao apontado princípio da liberdade de regulação contratual da responsabilidade civil. Dispõe, com efeito, o artigo 809º:

> "É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no nº 2 do artigo 800".

Os direitos atribuídos ao credor pelos preceitos constantes das **Divisões** anteriores (trata-se obviamente das **Divisões** que integram a **Subseção** epigrafada **Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor** – artigos 798º e segs.), são os seguintes:

- Direito de ser indenizado de todos os prejuízos resultantes de incumprimento culposo da obrigação (artigos 798, 801, nº 1, e 804);
- Direito (ou benefício) que deriva da presunção de incumprimento culposo do devedor (artigo 799, nº 1) (3);
- Direito de reclamar a indenização do devedor quando o incumprimento seja imputável ao representante legal ou a terceiro que aquele utilize na realização da prestação (artigo 800º, nº 1);
- Direito à rescisão ou resolução do contrato sinalagmático com fundamento no incumprimento ilícito da outra parte (artigo 801, nº 2);
- Direito à redução ou resolução do contrato sinalagmático pela inexecução ilícita parcial (artigo 802);
- Direito ao **commodum subrogationis** (artigo 803);
- Direito a que o devedor em mora suporte o risco pela perda fortuita da prestação (artigo 807).

Como se vê, a proibição estabelecida no artigo 809 só se reporta a convenções pelas quais o credor **renuncie** a qualquer dos referidos direitos e **renuncie antecipadamente.** Logo, são permitidos os pactos sobre responsabilidade futura que se **mostrem favoráveis ao credor,** como sucede com os que visam ao agravamento da responsabilidade; como são permitidas – o que já se salientou – as convenções favoráveis ou desfavoráveis ao credor, **posteriores à prática do ato ilícito.**

Por outro lado, nem todos os direitos cuja renúncia é proibida pelo artigo 809 interessam para este estudo, mas só aqueles que respeitam à responsabilidade

(3) É duvidoso que se possa falar aqui de um **direito,** mas foi intenção da lei abrangê-lo na proibição do artigo 809, como resulta dos trabalhos preparatórios adiante referidos.

civil, ou seja, à obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito (4). Ora, nesta perspectiva, **o alcance do artigo 809º é proibir, sob pena de nulidade, as cláusulas de limitação de responsabilidade.**

Devemos, desde já, declarar que discordamos radicalmente desta orientação da nova lei. As referidas cláusulas são de indiscutível utilidade (como aliás demonstra a freqüência do seu uso), pois permitem a celebração de contratos que, sem elas, as partes não ajustariam pelos grandes riscos que envolvem: o legislador levou a proteção do credor a um exagero só explicável por razões puramente teóricas, com total inatenção às necessidades reais da vida prática.

4. Os trabalhos preparatórios não fornecem elementos que permitam descortinar com segurança qual tenha sido o alcance que se pretendeu dar à referida proibição.

O **anteprojeto** do Prof. Vaz Serra mantinha, neste ponto, a orientação dominante na doutrina e jurisprudência anteriores ao Código. Assim, propunha o seguinte articulado, na parte que interessa:

> "1. As convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas, ainda que apenas estabeleçam o máximo a que pode ir a indenização a pagar pelo mesmo devedor ou a inversão do encargo da prova.
>
> 2. São também nulas as convenções de exclusão ou limitação de responsabilidade para os casos em que o fato do devedor represente violação de obrigações resultantes de normas de ordem pública.
>
> . . . . . .
>
> 5. As convenções de exclusão ou limitação de responsabilidade devem ser observadas, quando válidas, mesmo que o juiz devesse condenar oficiosamente em indenização.
>
> . . . . . ." (5).

Esta mesma orientação mantém-se no articulado de conjunto do Direito das Obrigações do mesmo Professor, quer na versão extensa (6), quer na versão

(4) Não interessa, por exemplo, o direito à rescisão do contrato sinalagmático com fundamento na inexecução ilícita, pois este efeito da ilicitude nada tem a ver com a responsabilidade civil: cfr. nosso **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**, col. "Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal", nº 80. Lisboa, 2ª edição, 1972, pág. 32.

(5) **Loc. cit.**, pág. 146.

(6) **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 98, pág. 247.



resumida (7), como se manteve na **1ª Revisão Ministerial,** onde o artigo 797, único da seção intitulada **Cláusulas modificadoras da responsabilidade,** estabelecia:

> "1. Salvo disposição em contrário, são nulas as convenções que excluam ou limitem antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave, sem excetuar as que estabeleçam o máximo exigível como indenização ou a inversão do encargo da prova.
>
> 2. São igualmente nulas as convenções de exclusão ou limitação da responsabilidade para os casos em que o fato do devedor represente violação de obrigações resultantes de normas de ordem pública" (8).

O atual artigo 809 aparece na **revisão Ministerial** já como a redação que manteve no texto definitivo (9). Ora, não existe qualquer justificação ou exposição de motivos referente às inovações introduzidas nesta revisão. Na 1ª **Revisão Ministerial,** pelo menos no que toca ao Direito das Obrigações, o ministro conservou dum modo geral as orientações do ante-projeto (este sempre acompanhado de abundante fundamentação), embora com profundas alterações de forma. Pelo contrário, são freqüentes as alterações de fundo da 2ª **Revisão** muitas vezes para pior, e sem que o intérprete possa socorrer-se de relatórios que esclareçam a razão de ser de tais modificações.

De qualquer modo, confrontando a redação do anteprojeto e da 1ª **Revisão Ministerial** com a da lei, parece deduzir-se ter sido intenção desta usar uma fórmula que abarcasse as cláusulas que, naqueles primeiros textos, estavam especificadas: onde se falava de "convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor", "que estabeleçam o máximo a que pode ir a indenização" e que determinem "a inversão do encargo da prova", o legislador empregou uma fórmula mais ampla: "cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos..."

Esta redação generalizou e alargou a proibição. Na primeira versão, eram válidas, em princípio, as convenções limitativas da responsabilidade; só não seriam se o ato ilícito tivesse sido praticado com dolo ou culpa grave, ou se representasse a violação do dever imposto por norma de ordem pública. Hoje, estão proibidos não

(7) **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 98, pág. 83. Nesta versão, já não aparece o nº 5, por o Autor do anteprojeto o considerar dispensável; na verdade, a validade genérica destas cláusulas decorre do princípio da liberdade contratual, só sendo necessário consignar as excepções a tal regra (cfr. nota marginal no **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 98, pág. 248, e nota no **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 79, pág. 147).

(8) **Código Civil – Livro II – Direito das obrigações (1ª Revisão Ministerial**, no **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 119, pág. 203.

(9) A 2ª **Revisão Ministerial** do Título I do Livro II é de 1965; dela se fez apenas uma edição policopiada, de distribuição restrita.

só todos os pactos de limitação de responsabilidade (salvo os previstos na lei), como os que envolvam renúncia a qualquer dos direitos atrás referidos, ainda que estes não se reportem ao domínio da responsabilidade civil.

5. A anotação que os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela fazem ao artigo 809º do Código Civil – e, como é sabido, foram estes jurisconsultos os principais responsáveis pelo texto definitivo – não é de molde a ajudar muito o intérprete (10).

Depois de indicarem os direitos cuja renúncia antecipada aquele preceito proíbe (11), comentam:

> "Qualquer destes direitos pode ser renunciado depois do não cumprimento ou da mora. Antes, porém, a renúncia a eles desfiguraria, de um modo geral, o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indenização pelo prejuízo".

Esta justificação está muito longe de ser procedente. Na verdade, não pode dizer-se que a renúncia antecipada aos direitos constantes das divisões anteriores desfigurasse, **de um modo geral, o** "sentido jurídico da obrigação", pois, quando muito, só desfiguraria **num caso, o da prévia exclusão total da responsabilidade que abrangesse a hipótese de incumprimento doloso.**

Como é que uma cláusula que, para o caso de inexecução de um contrato, afaste a presunção de culpa, impondo ao credor o ónus de provar tal inexecução, pode **desfigurar o sentido jurídico da obrigação,** quando é esse o regime da própria lei no caso da responsabilidade delitual? Como é que uma cláusula que fixe o montante máximo da indenização, pode **desfigurar o sentido jurídico da obrigação,** quando a própria lei, por vezes, fixa esse limite (v. g. artigo 935º) e, em geral, autoriza as partes a fixar, por meio da cláusula penal, uma indenização inferior aos prejuízos reais? E será de admitir que, durante os cem anos de vigência do Código anterior, o regime que neste ponto ele consagrava e era efetivamente aplicado, **tivesse desfigurado o sentido das obrigações** que no seu tempo se constituíram?

A preocupação de não permitir que as partes criem convencionalmente obrigações naturais – compreensível, aliás, no domínio do Código Velho, à face do qual se entendia que elas tinham caráter excepcional, mas menos compreensível no regime atual, em que perderam esse caráter –, ficava plenamente salvaguardada ao negar-se eficácia às cláusulas de exclusão de responsabilidade, quando o incumprimento resultasse de dolo ou culpa grave.

(10) **Código Civil Anotado,** Coimbra, 1968, vol. II, pág. 56.

(11) Aliás, não indicam todos e mencionam um que, pelo menos formalmente, não está coberto pela proibição por não constar das divisões anteriores; o direito de pedir o cumprimento da obrigação.



Lê-se ainda na referida anotação:

> "O Prof. Galvão Telles, em face do Código de 1867, admitiu a cláusula de irresponsabilidade nos casos de culpa **leve** ou **levíssima,** mas não nos casos de **dolo** ou **culpa grave (Manual de Direito das Obrigações, nº 251).** O Código não sancionou este escalonamento da culpa senão para efeitos muito especiais (vide o nº 2 da anotação do artigo 798) de sorte que aquela distinção não poderá admitir-se para este feito".

Note-se, antes de mais que, ao contrário do que dá a entender o passo transcrito, a posição do Prof. Galvão Telles não constituía opinião isolada, mas correspondia ao atendimento generalizado na doutrina nacional e até a própria solução proposta pelo anteprojeto do Prof. Vaz Serra.

Por outro lado, na anotação ao artigo 798, afirma-se que "não reconhece o Código, à semelhança do que faz no domínio da responsabilidade extracontratual, diversos graus de culpa **(lata, leve e levíssima)",** o que não é inteiramente exato; não só a referida classificação aflora expressamente no artigo 1323, nº 4, como esta implícita – essa ou outra classificação, não interessa – nas disposições que admitem a incontestável realidade de a culpa comportar **diversos graus de gravidade** (cfr. por exemplo o artigo 494)

As razões apontadas não justificam, pois, o regime adotado pela lei. Mas esta crítica **de iure constituendo** não permite evidentemente ao intérprete e aos órgãos de aplicação do direito de desobedecer ao preceituado no artigo 809.

6. É certo que o Código contém outras regras que não estão em perfeita coerência com a proibição do artigo 809º.

Antes de mais, o próprio regime da **cláusula penal.** O estabelecimento desta afasta a possibilidade de reclamar a indenização do dano efetivo superior, salvo havendo convenção em contrário (artigo 811), mas não exclui a redução da indenização, quando a pena for manifestamente excessiva (artigo 812, nº 1).

Segundo este sistema, verifica-se certa tendência para aproximar a cláusula penal da cláusula que estabelece o limite máximo de indenização (12). E pode perguntar-se: se a lei admite a redução da cláusula penal excessiva, por decisão judicial, não permitirá também que as próprias partes desde logo convencionem tal possibilidade?

Mas isso não será aceitar a claúsula que fixa o limite máximo à indenização, que tudo indica estar proibida pelo artigo 809?

(12) Veja-se, no mesmo sentido, o nº 5 do artigo 109 do **Regime do Contrato Individual de Trabalho,** aprovado, pelo Decreto Lei nº 49.408, de 24 de Novembro de 1969

7. Outra razão que se poderia invocar contra a interpretação ampla do artigo 809 encontra-se na possibilidade, reconhecida pelo artigo 602, de as partes convencionarem "limitar a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens, no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida", desde que não se trate de matéria subtraída á disponibilidade delas.

Parece, à primeira vista, que este preceito permite a limitação de responsabilidade, e nesse sentido, salvo erro, o interpretam os profs. Pires de Lima e Antunes Varela (cf. nº 3 da anotação ao artigo 809), assim como o prof. Almeida Costa (13).

Todavia, os dois preceitos tratam de realidades diferentes, o que não quer dizer que o mecanismo previsto no artigo 602 não torne possivel atingir um **resultado prático** análogo ao das cláusulas de limitação da responsabilidade civil (14); há, por isso, uma certa incoerência entre a proibição do artigo 809 e a permissão do artigo 602.

A aparente confusão que se pode estabelecer entre as duas disposições legais resulta do freqüente emprego da palavra **responsabilidade** em dois sentidos completamente diferentes: a responsabilidade que interessa para o artigo 809 é a **responsabilidade civil**, que constitui uma espécie de obrigação de indenizar, enquanto a palavra responsabilidade empregada no artigo 602 exprime a **sujeição do devedor à execução patrimonial do credor**. O artigo 809 proíbe que se exclua ou limite a obrigação de o devedor reparar os prejuízos que pelo incumprimento causou ao credor, ao passo que o artigo 602 permite a convenção pela qual o credor só possa executar certos bens do devedor, tornando-se os restantes impenhoráveis para a garantia do crédito (15).

8. Poderia pensar-se que o nº 2 do artigo 800, expressamente ressalvado no artigo 809, consagra afinal a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade, salvo quando o ato ilícito represente violação de dever imposto por normas de ordem pública. Nesse sentido, poder-se-ia argumentar com a circunstância de o preceito estar incluído numa **Divisão** intitulada **Princípios Gerais** e não conter qualquer remissão expressa para o nº 1.

Todavia, não nos parece que possa entender-se assim. A localização do nº 2 do artigo 800 dá a entender que as convenções de exclusão de responsabilidade nele

(13) Direito das Obrigações, Coimbra, 1968, pág. 436; 2ª ed., 1975, pág. 486.

(14) Mas nem sempre: pense-se na hipótese de se limitar a garantia do credor aos rendimentos de certo prédio; num caso destes, a obrigação de indenizar não tem montante previamente limitado, medindo-se pelos prejuízos efetivos; simplesmente, pode suceder que o credor leve mais tempo a receber a indenização pelo fato de o seu direito de execução só se exercer sobre aqueles rendimentos.

(15) Sobre os dois sentidos da palavra responsabilidade, ver nosso citado Ensaio, pag. 34.

(16) Artigo 57 do articulado (versão resumida), no Boletim do Ministério da Justiça, nº 98, pág. 51.



admitidas se referem à situação prevista no número anterior de o incumprimento ser imputável ao reprasentante legal, substituto ou auxiliar do devedor – argumento sistemático que á corroborado pela própria epígrafe do artigo. Além disso, tanto no **anteprojeto** (16), como na **1ª Revisão Ministerial** (17), já existia preceito correspondente ao artigo 800, nº 2, não obstante a solução adaptada quanto às cláusulas de irresponsabilidade ser a inversa, como vimos, da regra do artigo 809; e tinha aí o alcance, que parece continuar a ter, de excluir a responsabilidade mesmo tratando-se de atos dolosos.

Mas o carto é que o artigo 800, nº 2, também suscita várias dúvidas e sob certos aspectos não está em parfeita coerência com o artigo 809. O seu objetivo primário é parmitir a exclusão da rasponsabilidade do devedor perante o credor pelos prejuízos resultantes da inexecução ou execução defeituosa imputável ao representante lagal, substituto ou auxiliar daquele (18).

Mas o artigo abrangerá também a hipótese de as partes excluírem, a responsabilidade do terceiro frente ao credor, ou frente ao credor e ao devedor? No primeiro caso, o credor continuaria a ter ação contra o devedor e só contra ele, mas o devedor teria regrasso contra o substituto ou auxiliar; no segundo, manter-se-ia a ação do credor contra o davedor, mas sem regresso deste contra o terceiro, que parece dever-se considerar proibida pelo artigo 809.

9. Outra regra que não está em consonância com o artigo 809 é a do artigo 340, que admite em geral como causa de justificação o **consentimento do lesado,** salvo se o ato lesivo for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.

É certo que, no plano teórico, o consentimento do lesado distingue-se facilmente da cláusula de exclusão de responsabilidade (19); mas pode atingir-se pelas duas vias um resultado prático idêntico – o de o lesante não responder pelos prejuízos –, embora uma saja permitida pelo artigo 340 e a outra proibida pelo artigo 809. Note-se que a proibição constante do artigo 809 não se encaixa na "proibição legal" de que fala o nº 2 do artigo 340, porque esta última se refere ao ato lasivo, enquanto a proibição do artigo 809 respeita às cláusulas de irresponsabilidade.

10. Mas estas razões não permitirão uma interpretação restritiva do artigo 809, que aproxime o regime que nele se estabelece do que vigorava nô domínio do Código anterior?

(17) Artigo 776, nº 2, no Boletim do Ministerio da Justiça, nº 119, pág. 195.

(18) Não compreendemos o nº 2 da anotaçao dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela ao artigo 809, donde parece deduzir-se que o artigo 800, nº 2, se refere à exclusão da responsabilidade, não do devedor, mas do representante legal, substituto ou auxiliar dele – o que, aliás, não condiz com o nº 3 da anotação ao artigo 800.

(19) Sobre a distinção, cf. nosso Ensaio, pág. 276.

Estamos convencidos de que a solução irrealista e pouco sensata da lei, ao proibir em termos categóricos e absolutos os pactos de limitação de responsabilidade, irá sendo corrigida pelo bom senso e pelo sentido das necessidades econômicas e sociais, de que a jurisprudência se há de fazer eco. Mas, não obstante esta esperança, temos de partir do princípio de que, à face da nova lei civil, as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade são nulas.

Isto não significa que não se possa e deva **delimitar o âmbito da proibição do artigo 809**.

Para haver uma cláusula de limitação de responsabilidade, é indispensável que a hipótese por ela contemplada reúna os pressupostos da responsabilidade civil (20). Assim, se no contrato se declara que uma das partes não será responsável no caso de ser impossibilitada casualmente de cumprir, ou que não responderá pelos prejuízos eventuais, ou pelos prejuízos que não decorram do ato ilícito em termos de causalidade adequada – não há nestas estipulações qualquer limitação de responsabilidade, porque, mesmo que elas não tivessem sido consignadas, faltaria um dos pressupostos da responsabilidade civil, o que impediria o nascimento desta.

É muito importante ter isto presente porque são **freqüentíssimas as cláusulas que aparentemente visam limitar a responsabilidade civil, mas que na realidade não têm esse alcance.**

Na verdade, sob fórmulas como "não responderá", "não será responsável", "declina qualquer responsabilidade", "não haverá responsabilidade", "não terá direito a qualquer indenização" e outras análogas, pretende-se muitas vezes, ou **esclarecer** que se trata de uma situação em que não se verificam os pressupostos da responsabilidade civil, ou **regular o risco** (21), ou **regular as relações internas** das partes no caso de indenização devida a terceiro por que ambas sejam solidariamente responsáveis, ou **afastar uma obrigação** estabelecida supletivamente na lei (22), ou estabelecer uma **obrigação de garantia** (23).

---

(20) Na sistematização que adaptamos, o ato ilícito e os prejuízos reparáveis: cf. cit. Ensaio, pág. 55.

(21) Pessoa Jorge, Lições cit. pág. 645.

(22) Ibidem, pág. 623. No mesmo sentido, I. Galvão Telles, Manual cit., pág. 211, onde se lê: "Estas cláusulas não se devem confundir com as que visam diminuir o número ou a extensão das obrigações legais derivadas do contrato. Essas obrigações podem ser afastadas, no todo ou em parte, pela vontade dos contraentes, desde que não constem de preceitos imperativos da lei. Muitas vezes, para as excluir, diz-se que o sujeito não responderá por elas; mas não se estipula uma verdadeira cláusula limitativa de responsabilidade, pois nega-se a própria obrigação. Por exemplo, declara-se que o comodatário não responde pelas despesas de conservação da coisa; pretende-se com isso significar que o comodatário não se obriga a pagar tais despesas".

(23) Cf. artigos 956 nº 2, alínea a), 957, 1134, 1183, etc.



Claro está que o emprego de tais expressões não é feliz e a boa técnica de articulação impõe que seja evitado; mas não é para admirar que tais defeitos surjam em contratos (quantas vezes, para mais, elaborados sem a intervenção de juristas), quando até aparecem na própria lei (cfe. por exemplo, o artigo 1183 e epígrafe do artigo 1033).

Portanto, as cláusulas que só aparentemente limitam a responsabilidade civil não caem, como é óbvio, sob a alçada do artigo 809.

11. Problema delicado que a delimitação do âmbito deste artigo suscita é o de saber se ele se estende ou não à **responsabilidade delitual** e à **responsabilidade pelo risco**. Comecemos pela primeira.

A noção de responsabilidade delitual não é formulada em termos perfeitamente idênticos em todos os autores, pelo que convém precisar o sentido em que tomamos a expressão. É freqüente contrapor-se a responsabilidade **delitual** (ou **aquiliana)** à **contratual**; daí, chamar-se também àquela **extracontratual**. Ora, não nos parece correta a classificação posta nestes termos; julgamos preferível distinguir, primeiro, a responsabilidade em **obrigacional** e **delitual** (aquiliana ou **extra-obrigacional**), nascendo aquela da violação de obrigações e esta da violação de deveres jurídicos que não tenham natureza creditícia; a responsabilidade **obrigacional** é que, por sua vez, se subdivide em **contratual** e **extracontratual**, consoante a obrigação violada nasceu do contrato ou de outra fonte (24).

A simples circunstância de se estipularem cláusulas sobre responsabilidade civil não significa que esta seja necessariamente obrigacional: não é o fato de estar contemplada num contrato que torna contratual a responsabilidade, mas sim, como dissemos, o fato de o **dever violado** ser uma **obrigação** decorrente de contrato (25).

12. A tese da inadmissibilidade da convenção que previamente regule a responsabilidade civil delitual pode defender-se por três vias diferentes:

a) Por se entender **logicamente impossível** tal convenção, uma vez que o fato ilícito é puramente eventual e, a ocorrer, não se sabe de antemão quem é o lesado;

---

(24) Sobre esta classificação, ver citado Ensaio, pág. 57.

(25) Mesmo para que se dê a cumulação das duas responsabilidades, é necessário que o fato ilícito donde ambas emergem, viole simultaneamente uma obrigação e um dever de outra natureza; será, por exemplo, o caso de o comodatário ou depositário destruir culposamente a coisa objeto do contrato, violando não só a obrigação de a conservar, como o dever de respeitar o direito de propriedade que sobre ela tinha a outra parte. O regime proposto no anteprojeto e na 1ª Revisão Ministerial para esta hipótese, era o de o lesado poder escolher o regime da responsabilidade contratual ou o da delitual (Boletim do Ministério da Justiça, nº 101, págs. 145 e 387, e nº 119, pág. 75, respectivamente); o preceito correspondente desapareceu na 2ª Revisão Ministerial.

b) Por se entender que os preceitos legais que impoem deveres, cuja violação gera responsabilidade civil delitual, são de **interesse e ordem pública**, constituindo por isso domínio onde não funciona o princípio da liberdade contratual;
c) Por se considerar **aplicável** e **proibição do artigo 809º**.

O **primeiro fundamento** – que já tem sido aliás invocedo (26) – não apresenta nenhuma consistência. É evidente que seria impossível uma convenção pela qual alguém se libertasse previemente de responsabilidade por **qualquar** ato ilícito de que fosse vítima **qualquer** outra pessoa. Mas já é perfeitamente concebível que duas pessoas, que se encontram numa situação que torna possivel ou até provável a lesão por uma dos direitos da outra (v. g. a situação de vizinhança, a realização conjunta de certas atividades perigosas, etc.), convencionem reciprocamente ou não, limitar a responsabilidade em que uma poderia incorrer para com a outra, em resultado de certos atos danosos ou de certos tipos de atos denosos.

A **segunda via** para recusar validade aos pactos sobre responsabilidade delitual também não procede, porquanto nada permite afirmar que seja necesseriamente de interesse e ordem pública tode e qualquer norma que impõe um dever não obrigacional. Assim, o dever de respeitar um direito absoluto alheio, que vise realizar um interesse meramente privado e que está na disponibilidade do seu titular, nêo é imposto em termos de ordem pública.

Aliás, se assim fosse, não se compreenderia que a lei admitisse em termos amplos o consentimento do lesado como causa de justificação do ilicito (27).

Vários exemplos se podem apontar de pectos de limitação de responsabilidade delitual, em que não há razão alguma para admitir terem sido violadas normas de interesse e ordem pública. Assim, um industrial convenciona com o dono de um prédio próximo, porventura mediante retribuição, a sua irresponsabilidade pelos ruídos ou cheiros provocados pela fébrica; alguém, que muito aprecia jogar golfe, acorda com o vizinho não incorrer em responsabilidade se vier, por causa desse jogo, a estragar as plantas de seu jardim ou a partir os vidros de suas janeles; os proprietários de dois prédios rústicos contíguos contratam excluir reciprocamente a eventual responsabilidade pelos danos que os animais domésticos de cada um causem nas culturas pertencentes ao outro, etc..

(26) Ver autores citados por H. e L. Mazeaud e A. Tunc, **Traité Théorique et Pratique da la Responsabilité Civil Délictuelle et Contractuelle**, 5ª edição 1960, vol. III, pág. 725.

(27) O consentimento do lesado só não é relevante para excluir a ilicitude do ato de lesão do aeu direito, quando tal ato for objeto de uma **proibição legal** ou **ofensivo dos bons costumes** (artigo 34º, nº 2) Cfr. nosso **Ensaio**, págs. 269 e seguintes.



É certo que, quando haja razões para admitir ser de interesse e ordem pública a norma que impõe determinado dever, tem de se entender não ser válida a cláusula de limitação (pelo menos, a de limitação total ou exclusão) da responsabilidede civil. Assim sucede quando se trate de **dever de respeitar a vida** ou a **integridade física de outrem**, ou quando o eto lesivo estiver **incriminado** na lei penal (28) ou for **ofensivo dos bons costumes.**

13. Vejemos agora a **terceira vie** , ou seja, a da eplicebilidade do artigo 809º.

Que este artigo só se refere diretamente à responsabilidade obrigacional e não à delitual, resulta com clareza, quer de redação do preceito, quer de sua localização no Código. Na verdede, aí se fela de **credor e devedor,** que são indiscutivelmente o credor e o devedor da **obrigeção** cujo incumprimento é fonte dos tais direitos irrenunciáveis do primeiro.

No mesmo sentido aponta o elemento sistemático: a matéria de responsabilidade obrigacionel esté regulada na **Subseção** que trata da **Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor,** a qual se estende do artigo 798º ao artigo 812º, enquento a responsabilidade delitual é tratada, conforme a tradição, entre as fontes das obrigações, na **Subseção** que se começa no artigo 483º e termina no artigo 498º (29). Ora, nesta última subseção, não existe nenhuma disposição que se refira a convenções sobre responsabilidade, o que facilmente se explica por estas serem muito menos freqüentes no campo da responsabilidade delitual.

Admitindo, como logo de inicio assinalamos, que o **princípio da liberdade contratual se estende ao domínio de responsabilidade civil,** terá de se concluir que o artigo 809º, representendo um desvio a esse princípio, tem caráter excepcional.

Impedirá tal carácter que ele se aplique à responsabilidade delitual?

A resposta afirmativa – no sentido, portanto, da inaplicabilidade do preceito – não suscitará dúvidas se chegarmos à conclusão de que a **ratio legis** do artigo 809º está essencialmente ligada à idéie da violação de uma **obrigação,** pois, como se disae, a responsabilidade delitual pressupõe a violação de um **dever não obrigacional.**

Ora, estamos efetivamente convencidos de que foi uma razão de índole teórica, reportada ao próprio regime e estrutura da relecão jurídica de crédito, que ditou o artigo 809º, o que, aliás, é corroborado pela referida anotação dos profs. Pirea de Lima e Antunes Varela, segundo a qual as convenções previstas neste

(28) Por isso, serão inoperantes os pactoa de exclusão da responsabilidade civil por prejuízos causados **dolosamante** em bens de outrem, na medida em que tais atos estejam cobertos pelo tipo do **crime de dano.**

(29) Como a responsabilidade civil (delitual e obrigacional) constitui uma modalidade da obrigação de indenizar, aplicam-se-lhe ainda os artigos 562 a 572.

artigo eram proibidas, pois caso contrário, "desfigurariam o sentido jurídico da obrigação". Dissemos acima que, a nosso ver, esta razão não tinha qualquer validade; mas isso não significa que não tenha motivado o legislador. E foi por entendermos que tal razão é inaceitável e por não encontrarmos outra que justificasse o preceito, que logo de início salientamos quanto discordávamos dessa solução da nova lei.

14. Mas vamos admitir que a razão de ser do oreceito é outra, alguma suscetível de ser também invocada no domínio da responsabilidade delitual: proibir-se-iam as convenções de limitação da responsabilidade, por exemplo, pelo receio de elas constituírem estímulo para o incumprimento de deveres jurídicos, obrigacionais, ou não.

Nesta hipótese, a resposta à questão de saber se o caráter exceocional do artigo 809º se opõe à sua aplicação no domínio da responsabilidade delitual, depende da **vexata quaestio** da distinção entre **analogia** e **interpretação extensiva,** porquanto aquele caráter afasta a primeira, mas é compatível com a segunda.

Não basta a identidade de razão **(ubi eadem rátio legis, ibi eadem dispositio)** para qualificar de interpretação extensiva a aplicação de certo preceito a um caso não compreendido na sua letra, pois a identidade de razão está também na base da analogia. Na verdade, para que possa recorrer-se a esta, é necessário que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei (artigo 10º, nº2); mas, mesmo então, não poderá fazer-se a integração pelo recurso à analogia, se o preceito aplicável tiver caráter excepcional, como determina o artigo 11 º (30).

(30) É evidente que esta solução apresenta vantagens e desvantagens, mas foi a que o legislador consagrou depois de ponderadas umas e outras. E que houve essa ponderação, mostram-no as sucessivas redações do artigo IIº:

– "As normas penais, assim como, em princípio, as normas excpcionais não comportam extenção analógica. Umas e outras, todavia, admitem interpretação extensiva" (Anteprojeto);

– "As normas excepcionais não comportam extensão analógica, mas admitem interpretação extensiva" (Iª Revisão Ministerial);

– "As normas excepcionais não comportam, em regra, extensão analógica, mas admitem interpretação extensiva" ( 2ª Revisão Ministerial, Iª versão);

– "As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica, se contiverem princípios essenciais de ordem pública" (2º Revisão Ministerial, 2ª Versão);

– "As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica, se as normas gerais correlativas contiverem princípios essenciais de ordem pública" (2ª Revisão Ministerial, 3ª versão, redação que se manteve no Projeto Definitivo).



Para se fazer interpretação extensiva (e, principalmente, interpretação extensiva de um preceito excepcional) é indispensável que o intérprete chegue à conclusão segura de que o legislador, querendo que o preceito se aplicasse à situação em causa, **dixit minus quam voluit**: a palavra não revelou toda a extensão do espírito. Quando uma norma se pode aplicar, por interpretação extensiva, a certo caso, que não se enquadra na sua redação, não estamos perante um caso omisso, porque foi contemplado pelo legislador, cujo pensamento todavia foi atraiçoado pelas palavras que empregou (31).

Mas, para chegar a essa conclusão, é indispensável existirem fundamentos com base nos quais o intérprete se convença de que o caso não previsto na letra da

Esta hesitação revela bem quanto o problema foi debatido, acabando por vencer a solução que oferece maior segurança. A justificação do abandono de regime do **Projeto** e do regresso à orientação tradicional, foi exposta pelo Ministro da Justiça, na comunicação que fez à Assembléia Nacional em 26 de novembro de 1966 **(Do Projeto ao Código Civil,** Imprensa Nacional, Lisboa, pág. 28):

"Só as normas excepcionais continuam a ser insusceptiveis de aplicação analógica.

O projeto admitia, no entanto a aplicação por analogia dos preceitos dessa natureza, desde que as normas gerais correlativas não contivessem princípios essenciais de ordem pública.

Era um sinal de protesto, generalizado na melhor doutrina, contra as injustiças a que freqüentes vezes dá lugar a aplicação rígida das regras gerais. E a mesma insatisfação exprimia por forma bastante nítida o próprio anteprojeto, embora o fizesse em termos de tal modo vagos e imprecisos que tornavam a nova doutrina dificilmente exequível na jurisprudência.

O Doutor Andrade parecia insurgir-se sobretudo contra a aplicação sistemática daquelas normas gerais que, não estando diretamente formuladas na lei, apenas se alcançam por aplicação indutiva das soluções isoladas em que elas afloram. Mas a esses poderá o jurista aditar ainda os casos em que a mesma formulação da regra geral, embora por uma nota meramente acidental, revele que o manto da previsão legislativa não cobriu todas as situações de tipo genérico que a norma abrange.

Foi precisamente o intuito de permitir ao julgador a abolição de certas injustiças resultantes da aplicaçao absoluta oas normas gerais que levou o projeto a quebrar a rigidez do princípio estabelecido na atual legislaçãomediante um critério sem dúvida mais preciso que a expressão constante do anteprojeto.

A verdade, porém, é que, não obstante a sua maior precisão, a fórmula surgida deu lugar a tantas dúvidas sobre a possibilidade de aplicação analógica de certos textos, durante os quatro meses de apreciação pública do projeto, que a breve trecho se reconheceu a necessidade de nao alterar a doutrina estabelecida no direito vigente, por se mostrar a menos inconveniente de todas as soluções possíveis.

Como diria Manuel de Andrade, **houve que sacrificar uma possivel maior justiça nas aras da certeza jurídica".**

A regra do artigo IIº foi portanto, estabelecida por razões de segurança, pelo que tem de ser aplicada ainda que eventualmente conduza a soluções menos justas.

(31) Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. **cit.**, vol. I, pág. 18; Pessoa Jorge, vº **Analogia**, em **Verbo-Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultural**, vol. 2, col. 8.

lei está efetivamente abrangido pelo seu espírito. E, insistimos, não é suficiente a identidade de razão se se trata de preceito excepcional, como é o caso.

Ora, não só não encontramos fundamentos para aplicar, por interpretação extensiva, o artigo 809º aos casos de responsabilidade delitual, como se nos deparam motivos que contrariam tal aplicação.

Em primeiro lugar, o preceito não se refere diretamente á limitação da responsabilidade obrigacional, mas sim á renúncia dos direitos previstos nas divisões anteriores a, de todos estes direitos, o único que poderia respeitar também è responsabilidade extra-obrigacional seria o direito á indenização. Quer dizer, nunca se poderia aplicar, pura e simplesmente, o artigo 809º ao domínio da responsabilidade delitual (onde não faria sentido falar, por exemplo, da renúncia ao direito de rescisão do contrato), mas apenas estender uma das aplicações desse artigo. Esta circunstância, se não impede, pelo menos dificulta admitir que tivesse sido intenção do legislador, ao formular o preceito, que ele compreendesse a renúncia à responsabilidade delitual.

Por outro lado, se o legislador tivesse querido aplicar tal regra a todos os campos da responsabilidade civil, teria provavelmente colocado o preceito na **subseção** que começa no artigo 485º, remetendo para ele quando adiante tratasse da responsabilidade obrigacional – como fez, por exemplo, quanto ao critério de apreciação da culpa: artigos 487º, nº 2, e 799º nº 2 (32).

Finalmente, o problema da validade ou invalidade das cláusulas de limitação de responsabilidade delitual estava contemplado nos trabalhos preparatórios. Com efeito, dele se ocupou o Prof. Vaz Serra, quer na exposição de motivos (33), quer no articulado respectivo. Como vimos, defendia-se no antaprojeto a validade das convenções de limitação de responsabilidade obrigacional, salvo quando esta derivasse da violação de obrigações impostas por normas de ordem publice ou quando o ato ilícito fosse praticado com dolo ou culpa grave – artigo 105º da versão resumida –; nesta meema versão, o artigo 769º, integrado na parte relativa á responsabilidade delitual, preceituava: "o disposto no artigo 105º é aplicável também á responsabilidade por atos ilícitos" (34).

Na **1ª Revisão Ministerial** mantém-se, como já foi dito, a solução do artigo 105º do anteprojeto, mas omite-se qualquer declaração de extensão da regra á responsabilidade aquiliana.

(32) Na verdade, a maior parte dos artigos que regulam a responsabilidade civil delitual são aplicáveis à responsabilidade obrigacional (cfr.nosso **Ensaio,** pág. 365); mas a inversa não e verdadeira..

(33) **Cláusulas Modificadoras...** cit., no **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 79, pág. 126, nota 43, a págs. 132 e seguintes.

(34) **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 101, pág. 147.



Em face do princípio da liberdade contratual, tal omissão só poderia ser compatível com o entendimento da invalidade dos pactos de limitação de responsabilidade delitual, se o legislador entendesse que todos os deveres, cuja violação dá origem a esta, são estabelecidos por normas de interesse e ordem pública: o artigo 105º bastava para negar validade a tais pactos, por estes estarem abrangidos numa das exceções que ele expressamente admitia. Mas o legislador não entendeu, por certo, serem de interesse e ordem pública todas as normas que impõem deveres não creditícios, pois, nesse caso, não se compreenderia o princípio da justificação do ilicito pelo consentimento do lesado, como assinalamos.

Explicação mais plausível para a não inclusão de um preceito a declarar expressamente a validade de tais pactos no domínio da responsabilidade aquiliana é a da sue desnecessidade, face ao princípio geral da liberdade contratual, o qual naturalmente não funciona quando a convenção ofenda normas de interesse e ordem pública. E, no mesmo sentido dessa desnecessidade, não deixou por certo de pesar no pensamento do legislador a consideração de serem muito menos freqüentes os pactos sobre responsabilidade delitual.

Salvo melhor opinião, parece-nos pois que a **proibição do artigo 809º não se estende à responsabilidade aquiliana,** onde vigora o princípio da liberdade contratual, pelo que são válidos, desde que não ofendam normas de interesse e ordem pública, os pactos sobre aquela responsabilidade (35).

15. A proibição do artigo 809º será aplicável às convenções que regulem, e nomeadamente limitem, a **responsabilidade pelo risco?**

A esta pergunta não hesitamos em dar resposta negativa: **são válidos os pactos que visem limitar, ou de outra forma regular, a obrigação de indenizar os danos decorrentes de fato danoso não ilícito,** salvo quando a lei expressamente os proibir ou eles representarem ofensa de normas imperativas de interesse e ordem pública (36).

Com efeito, a razão mais impressionante que pode alegar-se contra os pactos de limitação da responsabilidade é o perigo que eles envolvem de fomentar a prática de atos ilícitos, permitindo que os beneficiários atuem sem se preocuparem com os prejuízos que possam causar a outros, e encorajando, assim, o descuido e a negligência (37). Ora, **esta razão não funciona no domínio da responsabilidade**

(35) Note-se que esta ressalva representa, pura e simplesmente, a restrição genérica do princípio da liberdade contratual, expressa nas primeiras palavras do artigo 405º, nº 1.

(36) Ver nossas citadas **Lições**, pág. 645.

(37) Mazeaud e Tunc, **ob. cit.**, vol. III, pág. 663; Prof. Vaz Serra, **Cláusulas Modificadoras** cit., no **Bolatim do Ministério da Justiça**, nº 79, pág. 119.

**objetiva**, precisamente porque o fato danoso não tem caráter voluntário; tais pactos não podem aí estimular as atuações culposas porque a obrigação de indenizar ocorre independentemente de culpa do responsável.

Aliás, também não é lícito afirmar que sejam de interesse e ordem pública todas as normas que impõem tal obrigação (38): encontram-se diversos fundamentos para a obrigação de indenizar baseada no risco (39), mas em geral é estabelecida para proteção de interesses privados.

Finalmente, do atual Código retira-se um argumento decisivo. Se houvesse alguma razão para, no domínio da responsabilidade pelo risco, proibir as cláusulas de limitação de responsabilidade, o artigo 504º, nº 3, seria inútil; a sua inclusão no Código revela que, fora do caso nele previsto, tais convenções são válidas. Nesta ordem de idéias, observe-se que o artigo 504º, nº 3, só proíbe que, num contrato de transporte, se limite a responsabilidade do transportador quanto aos danos causados na **pessoa** que é transportada e **não nos seus bens** (confronte-se com o disposto no nº 1 do mesmo artigo); é, portanto, perfeitamente possível excluir a obrigação de indenizar os danos sofridos pelas coisas transportadas, quando o acidente tenha natureza de caso fortuito (40).

Portanto, no domínio da chamada responsabilidade pelo risco, também são válidos os pactos de limitação de responsabilidade, sem prejuízo da regra geral de as convenções não poderem contrariar normas de interesse e ordem pública e ressalvadas as proibições estabelecidas na lei (41) (42).

16. Para terminar, resta referir a exceção que o próprio artigo 809º expressamente contempla: **o caso previsto no nº 2 do artigo 800º.**

Este artigo, integrado na parte respeitante à falta de cumprimento imputável ao devedor e epigrafado **Atos dos representantes legais ou auxiliares**, dispõe o seguinte:

(38) A obrigação de indenizar independentemente de culpa pode ter fonte negocial, se deriva de uma convenção sobre o risco, e pode verificar-se no domínio das obrigações contratuais (cfr. nosso **Ensaio**, pág. 37, nota 13).

(39) Nossas **Lições**, pág. 634.

(40) Neste sentido, Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, **ob. cit.**, vol. I, pág. 349.

(41) É possível que, além do artigo 504º, nº 3, existam outros preceitos legais que, em certos setores, cominem também nulidade para tais convenções. Note-se, porém, que não está nesse caso o artigo 393º do Código Comercial, pois até ao atual Código Civil a responsabilidade das empresas ferroviárias era subjetiva, embora com presunção de culpa.

(42) No anteprojeto previa-se igualmente esta solução: o nº 2 do artigo 769º **(Boletim do Ministério da Justiça,** nº 101, pág. 147) estabelecia que "as convenções de exclusão ou limitação antecipada de responsabilidade objetiva são válidas, exceto se a ordem pública impuser a sua nulidade". Quanto à interpretação da omissão deste preceito na **1ª Revisão Ministerial** e textos subseqüentes, ver o que acima dissemos sobre igual problema quanto à responsabilidade delitual.



"1. O devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor.

2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda atos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública".

Não entraremos em pormenores na interpretação deste preceito (43). Limitar-nos-emos a assinalar que **ele só é aplicável no domínio da responsabilidade obrigacional**, pois trata da hipótese de o **incumprimento da obrigação** ser imputável ao representante legal do devedor incapaz, ou, em geral, a terceiro que o devedor utilize, como substituto ou auxiliar, na realização da prestação. Os casos que abrange são, por exemplo, os de o auxiliar provocar uma execução defeituosa, ou o substituto encarregado pelo devedor de efetuar o cumprimento se abster totalmente de o fazer. O nº 1 do preceito vem dizer que, nesses casos, **o credor pode exigir a indenização do devedor, tal como se o ato (ou abstenção) do terceiro tivesse sido praticado por ele.**

Isto não significa que, consoante as circunstâncias, o credor não possa ter ação contra o terceiro (44), nem que o devedor, chamado à responsabilidade pelo credor não tenha regresso contra aquele.

Trata-se de um regime que visa proteger o interesse do credor, como é evidente; mas essa proteção torna-se especialmente gravosa para o devedor, pois ele é responsável ainda que não tenha tido nenhuma culpa no incumprimento – ainda que tenha escolhido bem o auxiliar ou o substituto, lhe haja dado as adequadas instruções e tenha vigiado a sua atuação (45).

Atendendo a este aspecto e ao fato de, cada vez com maior freqüência, os devedores serem forçados a recorrer ao auxílio de outras pessoas, o Código admitiu que, por convenção, se excluísse ou limitasse a responsabilidade do

(43) Para maiores desenvolvimentos, ver nosso **Ensaio**, págs. 139 e seguintes.

(44) Indiscutivelmente a tem no caso de o ato lesivo ser também fonte de responsabilidade delitual; fora dessa hipótese, a solução depende – ou pode depender – da que se dê ao problema, muito discutido, da responsabilidade do terceiro pelo incumprimento da obrigação.

(45) Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva – ou, pelo menos, de situação muito semelhante a esta: Prof. Gomes da Silva, **O dever de prestar e o dever de indenizar**, Lisboa, 1944, pág. 275; Prof. Antunes Varela, **Das Obrigações em Geral**, cit., pág. 764; nosso **Ensaio**, pág. 146.

devedor, ainda que o auxiliar ou substituto atue dolosamente (46). Tal convenção não será considerada válida, se se pretender aplicar a limitação de responsabilidade aos casos em que os atos dos auxiliares ou substitutos do devedor representem violação de normas de interesse público (47).

---

(46) O preceito do artigo 800º vem já do anteprojeto **(Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos,** no **Boletim do Ministério da Justiça,** nº 72, pág. 259) e passou à 1ª **Revisão Ministerial** (artigo 776º). Nestes textos, em que se conservava a regra geral da admissibilidade dos pactos de limitação de responsabilidade, o preceito tinha o alcance prático de considerar válida tal limitação, mesmo que o representante legal, o auxiliar ou o substituto atuassem com dolo. O Código manteve a regra, não obstante a mudança de orientação quanto às cláusulas de limitação da responsabilidade obrigacional em geral.

(47) São os seguintes os principais preceitos da legislação portuguesa citados pelo autor:

– Do Código Civil de 1867:

**Art. 668** – De futuro não será lícito renunciar previamente à nulidade, proveniente do dolo ou da coação. Mas se, tendo cessado a violência, ou sendo conhecido o dolo, o contrato for ratificado pelo coagido ou enganado, este não poderá desde então impugná-lo por semelhantes vícios.

**Art. 1055** – Os contraentes podem aumentar, ou diminuir, convencionalmente os efeitos da evicção; mas não renunciar à responsabilidade, que possa resultar do seu dolo ou má-fé.

– Do Código Civil de 1966:

ARTIGO 10º

**(Integração das lacunas da lei)**

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

2. Há analogia sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

ARTIGO 11º

**(Normas excepcionais)**

As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva.

ARTIGO 340º

**(Consentimento do lesado)**

1. O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.

2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do ato, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.



3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

ARTIGO 398º

**(Conteúdo da prestação)**

1. As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação.

2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.

ARTIGO 405º

**(Liberdade contratual)**

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

ARTIGO 442º

**(Sinal)**

1. Quando haja sinal, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível.

2. Se quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente o direito de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele o direito de exigir o dobro do que houver prestado.

3. Salvo estipulação em contrário, a existência de sinal impede os contraentes de exigirem qualquer outra indenização pelo não cumprimento além de fixada no número anterior.

SECÇÃO V

Responsabilidade Civil

Subseção I

Responsabilidade por fatos ilícitos

ARTIGO 483º

**(Princípio geral)**

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada à proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

ARTIGO 484º

**(Ofensa do crédito ou do bom nome)**

Quem afirmar ou difundir um fato capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou coletiva, responde pelos danos causados.

ARTIGO 485º

**(Conselhos, recomendações ou informações)**

1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte.

2. A obrigação de indenizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua fato punível.

ARTIGO 486º

**(Omissões)**

As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido.

ARTIGO 487º

**(Culpa)**

1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.

2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

**ARTIGO 488º**

**(Imputabilidade)**

1. Não responde pelas conseqüências do fato danoso quem, no momento em que o fato ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica.

ARTIGO 498º

**(Indenização por pessoa não imputável)**

1. Se o ato causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância.



2. A indenização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos.

ARTIGO 490º

**(Responsabilidade dos autores, instigadores e auxiliares)**

Se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do ato ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado.

ARTIGO 491º

**(Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem)**

As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.

ARTIGO 492º

**(Danos causados por edifícios ou outras obras)**

1. O proprietário ou possuidor de edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos.

2. A pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra responde, em lugar do proprietário ou possuidor, quando os danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação.

ARTIGO 493º

**(Danos causados por coisas, animais ou atividades)**

1. Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.

2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

ARTIGO 494º

**(Limitação da indenização no caso de mera culpa)**

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

ARTIGO 495º

**(Indenização a terceiros em caso de morte ou lesão corporal)**

1. No caso de lesão de que proveio a morte, é o responsável obrigado a indenizar as despesas feitas para salvar o lesado e todas as demais, sem excefuar as do funeral.

2. Neste caso, como em todos os outros de lesão corporal, têm direito à indenização aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuido para o tratamento ou assiatência da vítima.

3. Têm igualmente direito à indenização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural.

ARTIGO 496º

**(Danos não patrimoniais)**

1. Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes, e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3. O montante da indenização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito à indenização nos termos do número anterior.

ARTIGO 497º

**(Responsabilidade solidária)**

1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.

2. O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das conseqüências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.

ARTIGO 498º

**(Prescrição)**

1. O direito de indenização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuizo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do fato danoso.

2. Prescreve igualmente no prazo de três anos, a contar do cumprimento, o direito de regresso entre os responsáveis.

3. Se o fato ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável.



3. A prescrição do direito de indenização não importa prescrição da ação de reivindicação nem da ação de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou a outra.

Subseção II

**Responsabilidade pelo risco**

ARTIGO 499º

**(Disposições aplicáveis)**

São extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por fatos ilícitos.

ARTIGO 500º

**(Responsabilidade do comitente)**

1. Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indenizar.

2. A responsabilidade do comitente só existe se o fato danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada.

3. O comitente que satisfizer a indenização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, exceto se houver também culpa da sua parte, neste caso será aplicável o disposto no nº 2 do artigo 497º.

ARTIGO 501º (*)

**(Responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas)**

O Estado e demais pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiros pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.

ARTIGO 502º

**(Danos causados por animais)**

Quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização.

ARTIGO 503º (**)

**(Acidentes causados por veículos)**

1. Aquele que tiver a direção efetiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação.

(*) Veja-se Decreto-lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, que figura entre os diplomas complementares.

(**) Veja-se artigo 56º do Código da Estrada.

2. As pessoas não imputáveis respondem nos termos do artigo 489º

3. Aquele que conduzir o veículo por conta de outrem responde pelos danos que causar, salvo se provar que não houve culpa da sua parte; se, porém, o conduzir fora do exercício das suas funções de comissário, responde nos termos do nº 1.

ARTIGO 504º

**(Beneficiários da responsabilidade)**

1. A responsabilidade pelos danos causados por veículos aproveita a terceiros, bem como às pessoas transportadas em virtude de contrato; mas, neste caso, abrange só os danos que atinjam a própria pessoa e as coisas por ela transportadas.

2. No caso, porém, de transporte gratuito, o transportador responde apenas, nos termos gerais, pelos danos que culposamente causar.

3. São nulas as cláusulas que excluam ou ilimitem a responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada.

ARTIGO 505º (***)

**(Exclusão da responsabilidade)**

Sem prejuízo do disposto no artigo 570º, a responsabilidade fixada pelo nº 1 do artigo 503º só é excluída quando o acidente for imputável ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo.

ARTIGO 506º

**(Colisão de veículos)**

1. Se da colisão entre dois veículos resultarem danos em relação aos dois ou em relação a um deles, e nenhum dos condutores tiver culpa no acidente, a responsabilidade é repartida na proporção em que o risco de cada um dos veículos houver contribuído para os danos; se os danos forem causados somente por um dos veículos, sem culpa de nenhum dos condutores, só a pessoa por eles responsável é obrigada a indenizar.

2. Em caso de dúvida, considera-se igual a medida da contribuição de cada um dos veículos para os danos, bem como a contribuição da culpa de cada um dos condutores.

ARTIGO 507º

**(Responsabilidade solidária)**

1. Se a responsabilidade pelo risco recair sobre várias pessoas, todas respondem solidariamente pelos danos, mesmo que haja culpa de alguma ou algumas.

2. Nas relações entre os diferentes responsáveis, a obrigação de indenizar reparte-se de harmonia com o interesse de cada um na utilização de veículo; mas se houver culpa de algum, ou de alguns, apenas os culpados respondem, sendo aplicável quanto ao direito de regresso, entre eles, ou em relação a eles, o disposto no nº 2 do artigo 497º

(***) Veja-se artigo 56º do Código da Estrada.



ARTIGO 508º (****)

**(Limites máximos)**

1. A indenização fundada em acidente de viação, quando não haja culpa do responsável, tem como limites máximos: no caso de morte ou lesão de uma pessoa, duzentos contos; no caso de morte ou lesão de várias pessoas em conseqüência do mesmo acidente, duzentos contos para cada uma delas, com o máximo total de seiscentos contos; no caso de danos causados em coisas, ainda que pertencentes a diferentes proprietários, cem contos.

2. Se a indenização for fixada sob a forma de renda anual e não houver culpa do responsável, o limite máximo é de doze contos para cada lesado, não podendo ultrapassar trinta e seis contos quando sejam vários os lesados em virtude do mesmo acidente.

3. Se o acidente for causado por veículo utilizado em transporte coletivo, serão elevados ao triplo os máximos totais fixados nos números anteriores; se for causado por caminho de ferro, ao décuplo.

ARTIGO 509º

**(Danos causados por instalações de energia elétrica ou gás)**

1. Aquele que tiver a direção efetiva de instalação destinada à condução ou entrega da energia elétrica ou do gás, e utilizar essa instalação no seu interesse, responde tanto pelo prejuízo que derive da condução ou entrega da eletricidade ou do gás, como pelos danos resultantes da própria instalação, exceto se ao tempo do acidente esta estiver de acordo com as regras técnicas em vigor e em perfeito estado de conservação.

2. Não obrigam a reparação os danos devidos a causa de força maior; considera-se de força maior toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa.

3. Os danos causados por utensílios de uso de energia não são reparáveis nos termos desta disposição.

ARTIGO 510º

**(Limites da responsabilidade)**

1. A responsabilidade de que trata o artigo precedente, quando não haja culpa do responsável, tem para cada acidente como limite máximo: no caso de morte ou lesão corpórea, duzentos contos de capital ou doze contos anuais para cada lesado; no caso de danos em coisas, ainda que sejam várias e pertencentes a diversos proprietários, trezentos contos.

2. Quando se trate de danos em prédios, o limite máximo da responsabilidade pelo risco é de dois mil contos por cada prédio.

ARTIGO 602º

**(Limitação da responsabilidade por convenção das partes)**

Salvo quando se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes, é possível, por convenção entre elas, limitar a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida.

(****) Veja-se Código da Estrada, artigo 56º, nº 2.

Subseção II

**Falta de cumprimento e mora imputável ao devedor**

Divisão I

Princípios gerais

ARTIGO 798º

**(Responsabilidade do devedor)**

O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

ARTIGO 799º

**(Presunção de culpa e apreciação desta)**

1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.

ARTIGO 800º

**(Atos dos representantes legais ou auxiliares)**

1. O devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor.

2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda atos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.

Divisão II

Impossibilidade do cumprimento

ARTIGO 801º

**(Impossibilidade culposa)**

1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação.

2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indenização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.



ARTIGO 802º

**(Impossibilidade parcial)**

1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indenização.

2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

ARTIGO 803º

**("Commodum" de representação)**

1. É extensivo ao caso de impossibilidade imputável ao devedor o que dispõe o artigo 794º.

2. Se o credor fizer valer o direito conferido no número antecedente, o montante da indenização a que tenha direito será reduzida na medida correspondente.

Subseção III

**Mora do devedor**

ARTIGO 804º

**(Princípios gerais)**

1. A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor.

2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido.

ARTIGO 805º

**(Momento da constituição em mora)**

1. O devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir.

2. Há, porém, mora do devedor, independentemente de interpelação:

a) Se a obrigação tiver prazo certo;
b) Se a obrigação provier de fato ilícito;
c) Se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso, na data em que normalmente o teria sido.

3. Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor.

ARTIGO 806º

**(Obrigações pecuniárias)**

1. Na obrigação pecuniária a indenização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora.

2. Os juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal.

ARTIGO 807º

**(Risco)**

1. Pelo fato de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em conseqüência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes fatos lhe não sejam imputáveis.

2. Fica, porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo.

ARTIGO 808º

**(Perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento)**

1. Se o credor, em conseqüência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação.

2. A perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente.

Divisão IV

**Fixação contratual dos direitos do credor**

ARTIGO 809º

**(Renúncia do credor aos seus direitos)**

É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo a disposto no nº 2 do artigo 800º.

ARTIGO 810º

**(Cláusula penal)**

1. As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indenização exigível: é o que se chama cláusula penal.

2. A cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação.



ARTIGO 811º

**(Funcionamento da cláusula penal)**

O estabelecimento da pena obsta a que o credor exija indenização pelo dano excedente, salvo se for a convenção das partes.

ARTIGO 812º

**(Redução eqüitativa da pena)**

1. A pena convencional pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a eqüidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente.

2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.

ARTIGO 935º

**(Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir)**

1. A indenização estabelecida em cláusula penal, por o comprador não cumprir, não pode ultrapassar metade do preço, salvo a faculdade de as partes estipularem, nos termos gerais, a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido.

2. A indenização fixada pelas partes será reduzida a metade do preço, quando tenha sido estipulada em montante superior, ou quando as prestações pagas superem este valor e se tenha convencionado a não restituição delas; havendo, porém, prejuízo excedente e não se tendo estipulado a sua ressarcibilidade, será ressarcido até o limite da indenização convencionada pelas partes.

ARTIGO 1.134º

**(Responsabilidade do comodante)**

O comodante não responde pelos vícios ou limitações do direito nem pelos vícios da coisa, exceto quando se tiver expressamente responsabilizado ou tiver procedido com dolc.

ARTIGO 1.183º

**(Responsabilidade do mandatário)**

Salvo estipulação em contrário, o mandatário não é responsável pela falta de cumprimento das obrigações assumidas pelas pessoas com quem haja contratado, a não ser que no momento da celebração do contrato conhecesse ou devesse conhecer a insolvência delas.

# LEXICOGRAFIA COMPUTACIONAL E INFORMATICA JURÍDICA

MARIO G. LOSANO
Professor da Universidade Estatal de Milão
Diretor do Centro de Juscibernética da Universidade de Turim

## 1. – DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Direito é também um fenômeno lingüístico. Esta é a razão pela qual grupo de juristas tenha se unido ao número significativo de linguistas que participavam do Colóquio de Pisa sobre a computação eletrônica em lexicologia e lexicografia. O Direito, porém, não é somente um fenômeno lingüístico. Isto explica porque os problemas dos juristas que se ocupam da computação eletrônica de suas matérias coincidem somente em parte com os problemas enfrentados pelos lingüistas. Desejaria, com minha intervenção, enumerar rapidamente os pontos convergentes e divergentes nas atuais pesquisas de computação, sejam lingüísticas ou jurídicas.

Primeiramente, me ocuparei estabelecendo os limites entre a lexicografia jurídica e a informática jurídica (§ 2); após, exporei duas características do Direito que influenciam a computação eletrônica: a presunção do integral conhecimento de um certo Direito positivo por parte de quem a ele está sujeito e o caráter vinculativo do texto jurídico (§ 3); estas considerações me permitirão, depois, justificar, no parágrafo 4º, a impostação dada a um experimento próprio de informática jurídica. Por este caminho retornarei, ainda, às relações entre a lingüística e a informática jurídica, tentando, desta vez, esclarecer as recíprocas conexões.

Existe, pois, um ulterior e interessantíssimo setor de cooperação entre juristas e lingüistas. Os modelos abstratos elaborados pelas várias gramáticas formais podem, em certa medida, transformarem-se em parâmetros de uma rigorosa modelação do Direito. Os resultados até agora alcançados neste setor são, todavia, de tão pouca importância que é oportuno renunciar em desenvolver ulteriormente este breve aceno aos problemas da modelística jurídica (1).

## 2. LEXICOGRAFIA E INFORMÁTICA JURÍDICA

Os textos jurídicos podem vir a ser considerados como documentos linguísticos. Neste caso, eles são, evidentemente, objeto de um estudo não mais jurídico,

Relatório apresentado ao "Colloque International sur l'élaboration électronique en lexicologie et en lexicographie", organizado pelo Centro Nacional Universitário de Cálculo Eletrônico de Pisa, realizado em 24 e 25 de agosto de 1970.

Tradução de "Lessicografia computazionale e informatica giuridica" (Rivista Internazionali di Filosofia del Diritto, Milano, 48:349-53, 1971, autorizada pelo autor e direção da revista, por Eugênio Cruz Speggiorin.

(1) Sobre a distinção entre a modelística jurídica e a informática jurídica, conf. o livro de minha autoria: "Giuscibernettica, Macchine e Modelli cibernetici nel diritto, Einaudi, Torino 1969, páginas 182 e seguintes.

mas lingüistico. Nos relatórios de Aldo Duro e Ugo Ziletti, por exemplo, o objeto da análise não é o preceito jurídico, mas a linguagem em que tal preceito é formulado. (2)

A lexicografia jurídica, assim concebida, é um importante instrumento auxiliar para a história das instituições jurídicas e sociais. Em particular, ao se concluir o Dicionário Jurídico Italiano, se poderá determinar as variações semânticas de cada um dos vocábulos jurídicos nas várias fases de seu emprego por parte dos juristas. Deste modo, o tão decantado rigor terminológico dos juristas será documentado em toda sua amplitude e em todos os seus limites.

O leitor que queira se informar sobre os problemas específicos da lexicografia jurídica encontrará as informações desejadas nos relatórios dos autores acima citados. Todavia, se este leitor for um jurista interessado na prática do Direito, neles não encontrará nenhum auxílio imediato à sua atividade. De fato, enquanto que para os lexicógrafos o que interessa é a língua em que o preceito jurídico se expressa, para o nosso hipotético leitor-jurista o que importa é o preceito jurídico, junto a todas as conseqüências práticas com aqueles relacionadas. A disciplina que neste caso lhe vem em auxílio, é, porém, não a lexicografia, mas a informática jurídica.

## 3. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO E PROBLEMAS ESPECÍFICOS DA INFORMÁTICA JURÍDICA

Já dissemos que o Direito não é somente um fenômeno lingüístico, mas também algo mais, o que, porém, evitarei conceituar, dado que desde longa data os filósofos do Direito o tentaram em vão. Esta obscuridade intrínseca do Direito não impede, no entanto, de que ele seja utilizado. O jurista prático se interessa não pela causa mas pelos efeitos do direito e, -- assim como em outros campos da ciência ocorre com a eletricidade e com o átomo – consegue manejar com segurança um instrumento de estrutura parcialmente desconhecida.

Nos últimos decênios, porém, o uso do Direito tornou-se sempre mais complexo em razão da grande quantidade de documentos expedidos pelas autoridades legislativas, judiciárias e administrativas.

Pode-se, com razão, objetar que o fenômeno da explosão das informações é típico a toda sociedade em que vivemos, e não somente ao Direito. Todavia, as conseqüências desta explosão assumem no Direito uma gravidade particular, em razão de algumas de suas características.

(2) Aldo Duro, em "L'opera del vocabolario dell'Accademia della Crusca"; Ugo Ziletti em "Les dépouillements pour un vocabulaire de la législation de Justinien". Ambos os relatórios serão publicados nos Anais do colóquio de Pisa.



Afastamo-nos, neste ponto, dos problemas discutidos neste colóquio, porque o Direito passa ora a ser considerado não mais como um fenômeno lingüístico, mas como um fenômeno social (isto é, como um conjunto de regras inderrogáveis para a convivência social). Para que este conjunto de regras se torne válido, é necessário partir de uma presunção que, se em determinado tempo podia, ainda que parcialmente, corresponder à verdade, hoje se revela como uma verdadeira e própria ficção; isto é, deve-se postular que, por definição, todos conheçam todas as leis. Em outros termos, no Direito não se admite a ignorância da lei.

Se ignoro uma informação ao redigir uma lista de concordâncias de um texto jurídico não mais em vigor (isto é, de um texto que tem um valor somente histórico-lingüístico), o resultado de meu trabalho será cientificamente inaceitável, não produzindo, entretanto, ulteriores conseqüências negativas. Passando, porém, à aplicação do Direito, a situação é bem diversa. Se pratico uma ação que julgo lícita, quando, ao contrário, é proibida, de nada adiantará o fato de ter agido pensando estar correto: o juiz me condenará, sentenciando: "ignorantia legis non excusat". Enfim, na prática jurídica, da informação errada decorrem consequências não só teóricas como práticas.

No intuito de evitar desagradáveis inconvenientes para si e para outros, o jurista deve estar sempre informado da evolução mais recente do Direito. Esta exigência fez com que, numa época já remota, a jurisprudência estivesse em posição de vanguarda na informação: as codificações – da justiniana à napoleônica -- eram suficientes para informar ao jurista, quando integrantes (numa época posterior) do Diário Oficial. Quanto mais o Direito estende e aprofunda a sua ingerência na vida de cada um, tanto mais aumenta o número das normas; e hoje se chegou, de fato, ao ponto em que o Direito não mais pode ser conhecido na sua totalidade, nem mesmo por parte dos juristas profissionais.

Esta situação piora rapidamente, mesmo porque, muitas vezes, até o legislador ignora a legislação precedente, não sabendo com precisão quais sejam as normas que regulavam anteriormente a matéria por ele abordada: a sua nova intervenção gera, portanto, normas contraditórias, das quais deriva ulterior confusão.

Há alguns anos, entretanto, vem se firmando a idéia de que somente a informática jurídica poderá sanar este crescente caos. A informática jurídica pode ser concebida tanto como um auxílio na criação do Direito (por exemplo, na atividade legislativa) quanto como para sua aplicação (por exemplo, na atividade dos magistrados ou dos advogados). Ainda que as duas atividades (de criação e de aplicação) sejam conceitualmente distintas – a primeira se ocupa do Direito que ainda está por nascer, a segunda, do Direito já existente -- as técnicas da informática aplicada ao Direito permanecem idênticas; e permanecem as mesmas ainda em relação às técnicas da informática válidas para qualquer outra matéria.

Porém, entre as numerosas técnicas já existentes, será necessário escolher aquelas que mais se adaptam às particularidades do Direito acima acenadas e a outras, as quais não nos é possível tratar nesta ocasião.

Em outro trabalho já expus os motivos pelos quais atualmente julgo que o único método eficaz no campo jurídico seja aquele do "full-text", sem intervenções externas para a criação de palavras-chaves ou de resumos. Parece-me que estes motivos possam ser sintetizados bastante corretamente em uma única afirmação: o jurista, como o teólogo, está vinculado a um texto que não pode colocar em discussão; portanto, cada palavra daquele texto possui uma importância capital. Daí decorre a rejeição daqueles métodos de busca da informação que lhe provocam uma perda parcial. (3)

## 4. UM EXPERIMENTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

Na Itália, ao contrário, todos os projetos de informática jurídica de meu conhecimento recorrem a palavras-chaves (4). Por este fato, em colaboração com o Centro de Estudos IBM de Pisa, estou aplicando um programa IBM sobre o "full-text" de alguns textos legislativos e sentenças da Comunidade Econômica Européia, tendo por objeto a legislação antimonopólio.

Já em 1967 pareceu-me que a matéria fosse particularmente apta a este tipo de experimento (5), mas somente em fins de 1969 é que pude preparar o projeto. A este respeito, dei a primeira notícia em janeiro de 1970 durante uma reunião do Centro de Documentação Jurídica do Conselho Nacional de Pesquisas, realizada em Florença. Pela metade de 1970, as conclusões detalhadas do experimento foram publicadas.

A característica do programa é sobretudo esta: cada palavra do texto memorizado é, de fato, uma palavra-chave; o usuário pode encontrar os argumentos que lhe interessam solicitando uma ou mais palavras ou reuniões de palavras, conjunta ou alternadamente.

Esta atividade nada mais é do que uma pesquisa de interrelacionamento entre diversos textos jurídicos em evolução. Seguindo esta linha de pensamento,

(3) Evidentemente, a questão exigiria ulteriores enfoques, posto que nem todos os documentos jurídicos são vinculados ao jurista em igual medida; entretanto, quanto a todos estes problemas, leia-se meu artigo "Introduzione all'informática giuridica", em fase de publicação na "Civilta delle Macchine"

(4) Para uma visão das atividades italianas, conferir meu artigo "L'informatique juridique en Italie", "Law and Computer Technology", 1968, nº 6, páginas 15-17, (em italiano, in "Il Ponte", 1969, páginas 600-603 e, para as conquistas mais recentes, o "Bulletin nº 4", editado pelo Centro de Juscibernética da Universidade de Turin.

(5) Mario G. Losano, Cibernética e Direito na Europa, "Il Ponte", 1967, páginas 1600 e seguintes.



portanto, esta atividade é comparada ao trabalho desenvolvido pelos lingüistas que operam com uma língua moderna. O jurista opera analogicamente: ele solicita ao operador que lhe forneça todas as relações existentes entre os textos jurídicos memorizados, com respeito a um determinado problema jurídico concreto.

Delineia-se agora o divisor das águas entre a lexicografia computacional e a informática jurídica: para o lexicógrafo, a busca da concordância é o fim, enquanto que para o jurista é tão-somente um meio. De fato, uma vez localizada a concordância (o que significa em termos jurídicos, uma vez encontradas todas as normas referentes a um mesmo problema jurídico individualizado por um certo termo ou por uma cadeia de termos), começa o verdadeiro trabalho do jurista: ele deverá valorizar-se e em que medida as disposições encontradas se aplicam ao caso concreto.

Na informática jurídica, a atividade do lingüista é, portanto, uma das condições para a atividade do jurista; por isto, é extremamente útil que os primeiros sejam informados, (ainda que suscintamente) dos problemas específicos do Direito, e que os últimos estejam cientes dos progressos obtidos pela lingüística computacional.

# AUTONOMIA PRIVADA E NEGÓCIO JURÍDICO

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Procurador Adjunto do Estado do Rio Grande do Sul
Chefe do Departamento de Direito Privado do mesmo centro
Professora Titular de Direito Civil e de Direito Administrativo do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS.

SUMÁRIO

1. Notas Introdutórias: Colocação do problema. 2. Autonomia Privada: Fonte de direito ou fonte de relação jurídica? 3. Autonomia Privada e Iniciativa Privada. 4. Autonomia Privada e Liberdade de contratar. 5. Limites da Autonomia Privada. 6. Premissas para a conceituação da Autonomia Privada. 7. O Negócio Jurídico como instrumento da Autonomia Privada. 8. Distinção entre Negócio Jurídico e outras categorias. 9. Manifestação e Declaração de Vontade. 10. Premissas para a conceituação do Negócio Jurídico.

## 1. Notas Introdutórias: Colocação do Problema

Ao escolher como tema desta conferência "Autonomia Privada e Negócio Jurídico", fi-lo com plena consciência das sérias dificuldades em realizar a contento a tarefa a que me propus. Todavia, é a dificuldade que justamente me fascina ao propor ao espírito, como um desafio, questões complexas, que se não lograrem solução adequada hão de, pelo menos, suscitar am outros a atenção, motivando estudos mais aprofundados, contribuindo eu assim, quanto mais não fosse, para provocar a reflexão sobre matéria tão controversa.

A própria conceituação da autonomia privada abre, de início, um leque de possibilidadas:

Haveria identidade entre autonomia privada e iniciativa privada? Seriam unívocos os conceitos de autonomia privada e liberdade contratual? A autonomia de que aqui se cogita á fonte de direito ou seria apenas fonte de relação? Os efaitos jurídicos que oecorrem de atos de autonomia advêm da força criadora desses ou da regra jurídica que os recabe e valora?

De outra parte, a autonomia privada seria um conceito a construir-se no campo da Ética, entendida, então, como a liberdade moral de comportar-se desta ou daquela forma ou, ainda, uma idéia a formular-se em função exclusiva dos aspectos econômicos nela envolvidos?

Palestra proferida no 1º Seminário de Direito Civil, Porto Alegre, 8 de agosto de 1976.
Trabalho publicado em Estudos Jurídicos, São Leopoldo, 8 (20) : 33-52, 1977.
Republicação autorizada pelo autor.

Em suma, seria um conceito que a Ciência Jurídica apreende na Sociologia, na Ética, na Economia ou, talvez, ainda, alhures, mas sem uma caracterizaçao técnico-jurídica precisa?

Penso, como LUIGI FERRI, que é preciso formular o conceito da autonomia privada dentro da Ciência Jurídica, utilizando critérios técnico-jurídicos, sem esquecer, contudo, os imperativos que as vicissitudes da vida social, como a necessidade de circulação de bens e serviços, num dinamismo constante e incompatível com uma cristalização dogmática rígida, impõem como supostos fáticos necessários, dados concretos e reais, a orientar a elaboração do conceito.

A generalidade dos sistemas jurídicos (salvante exceções bem conhecidas) reconhece aos indivíduos o poder de desempenhar um papel preponderante na determinação e regulação de seus próprios interesses, de suas próprias relações. Torna-se, assim, possível às pessoas, mediante comportamentos adequados, constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, influindo sobre os direitos, deveres ou situações delas emergentes.

O conteúdo material da autonomia privada estaria exatamente nesta "disponibilidade", como assinala Nawiasky ou, como propõe Domingues de Andrade, neste "poder criativo".

A livre configuração das relações privadas é o ponto de partida para assegurar a satisfação conveniente dos interesses individuais. Não poderia um sistema jurídico qualquer, que aspire ao assecuramento de um mínimo de liberdade aos cidadãos, prever todas as hipóteses relacionais, esgotar toda a tipologia de que o comportamento humano, na infinita variabilidade que o trato social oferece, pode se revestir, exaurir todas as possibilidades e sujeitar, em tudo e por tudo, o destinatário do comando jurídico a esquemas rígidos e imutáveis.

Uma tal extratificação representaria o imobilismo da vida de relações, impossibilitando o desenvolvimento harmonioso do tráfico jurídico e conduzindo, sobretudo, à multiplicação em proporções geométricas de um fenômeno que a todo custo se deve evitar:

A modificação constante do complexo legislativo vigente, o caos das codificações, a exacerbação da função legiferante, com a interferência crescente do Estado na ordem privada, pondo em risco a liberdade do indivíduo e a estabilidade do próprio ordenamento, muito embora sejam estes justamente os pretextos invocados – a proteção do indivíduo e da sociedade – para justificar aquela interferência, que só é legítima quando obra para coibir o abuso, para restabelecer o equilíbrio, para assegurar determinados fins sociais, e que deixa de sê-lo na medida em que confina a liberdade de cada um ao último e indevassável reduto de sua consciência.



Por outro lado, isto a que chamamos autonomia privada não constitui um poder ilimitado, mas, ao contrário, atua dentro de arcabouços previamente estabelecidos ou, se se quiser, preenchendo os chamados "espaços vazios" das normas em branco, hipotéticas ou autorizantes. Criam-se, através esta autonomia, os supostos faticos que as regras jurídicas propositadamente não predescreveram abstratamente ou não predescreveram totalmente.

Assinala-se, dessa sorte, no próprio ordenamento o campo reservado à autonomia, lembrando-se, outrossim, que determinados pressupostos, como aqueles pertinentes à capacidade de obrar, à licitude do objeto etc..., presidem o plano da atuação válida desse poder de auto-regulamentação.

Convém, nesse passo, relembrar a lição de Giuseppe Stolfi, quando assinala que o signo distintivo do Direito Civil constitui-se, há séculos, na autonomia da vontade individual, entendida em seu mais amplo significado... Ao anotar, o mesmo autor, a surpreendente e aparentemente contraditória sintonia de pensamento dos juristas e filósofos dos fins do século XVIII e do alvorecer do século XIX sobre a matéria, explica ele a coincidência a que chegaram jusnaturalistas e pandectistas a partir da idéia de liberdade, quando os primeiros postularam o primado da vontade individual, também no campo do direito, como obstáculo à prepotência do príncipe e os segundos, desenvolvendo a doutrina justiniana de que os efeitos jurídicos dos atos humanos dependem diretamente da vontade individual, terminaram por criar um sistema de direito privado fundado na liberdade dos particulares.

Assim, Savigny, o fundador da Escola Histórica, ao afirmar que "à vontade individual se assina um campo dentro do qual domina independentemente de toda outra vontade" ou Windscheid que via "a vontade individual como força criadora no campo do direito".

Assumiu, desde então, a idéia de autonomia privada uma feição decididamente técnico-jurídica, a que se ajuntou um sentido político, desde que se a visualizou, também, como um direito fundamental de liberdade, como legítima manifestação de oponência do cidadão ao Estado.

Embora não fosse despicienda a abordagem da controvérsia travada entre as correntes que postularam a conceituação do direito subjetivo ora a partir do dogma da vontade, ora tendo como figura nuclear o interesse, não me parece conveniente examiná-la nos estreitos lindes desta palestra. Fica apenas a remissão para sinalar a notória influência que exerceu no desenvolvimento da questão de que nos ocupamos.

## 2. AUTONOMIA PRIVADA: FONTE DE DIREITO OU FONTE DE RELAÇÃO JURÍDICA?

Destas primeiras proposições, pode-se intuir que a doutrina claramente se divide em duas posições. De um lado, aqueles que colocam a autonomia privada,

fundada no dogma da vontade, como "um poder criedor verdadeiramente normativo e diretamente eficaz", e assim Manick; da outro, aqueles que apreciem a autonomia privada como formas sociais de atuação que recebem do ordenamento jurídico uma determinada valoração e é desta valoração que depende a recepção, ou não, dos preceitos formulados pelos indivíduos e a correspondente atribuição de eficácia, como enfatize Betti.

Em suma, toda a **vexata quaestio** a que nos atemos, neste momento, resumir-se-ia em duas interrogantes:

1ª A autonomia privada é fonte do direito (fonte em sentido formal) competente para autonomamente determinar eficácia jurídica?

2ª A autonomia privada é pressuposto e fonte geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas do ordenamento jurídico?

É claro, que o perfilhar-se a quaisquer das duas posições, o responder afirmativamente a quaisquer das duas interrogantes preditas, tem como pressuposto lógico uma postura definida sobre o problema des fontes do direito, que se resolve no campo da teoria geral.

Entendendo que a questão diz respeito às fontes formais e acatando, na espécie, a magistral lição do Professor Orlendo Gomes, tenho que responder negativamente à primeira pergunta, pois como assinala o ínclito jurista pátrio "conceituada a fonta formal como forma de expressão do direito positivo, somente e lei e o costume podem classificar-se inequivocamente sob essa rubrica".

Na mesma esteira, o conceito proposto por Eduardo Espínola, para quem as fontes formais são as formas concretas que o direito objetivo assume em um Estado, em um tempo determinado.

Há, como observa Betti, inconfundíveis caracteres entre a autonomia criadora de regras jurídicas, na qual o ordenamento estatal reconhece uma verdadeira e orópria fonte de direito objetivo, dentro da órbita de competência que lhe corresponde ab origine e a autonomia criadora de relações jurídicas, na qual a ordem jurídica se limita a reconhecer aos particulares a faculdade de dar vida a situações aptas a engendrar vínculos entre eles.

A diferença de objeto entre ambas, e aqui a palavra autorizada de Merki, "implica uma profunda diferença de caráter e fundamento". A autonomia dirigida a criar normas jurídicas é competência normativa de caráter geral; pressupõe investidura em nível de órgão constitucional, com poderes normativos no âmbito da ordem jurídica que a reconhece (nesse sentido Betti).

Ora, à autonomia privada corresponde um poder de dispor ou, se se preferir, uma competência dispositiva para auto-regular os próprios interesses, mediante a



chancela da ordem jurídica. Falece-lhe poder para editar regras de caráter geral, porque também lhe falece investidura hábil para tanto.

Aquilo a que enteriormente identificamos como comportamentos adequados a engendrar relações jurídicas não cria pois, **per se**, normas jurídicas. Tampouco, ex proprio vigore, produz efeitos jurídicos. É porque tais comportamentos adquiriram jurídica relevância, valorizados que foram por regres jurídicas, porqua configuraram os supostos fáticos nelas hipoteticamente descritos, em aberto ou em fechado, que estarão aptos a desenvolver um ciclo aficecial na órbita do direito. Dita aptidão não decorre, por isso, do ato, mas da norma que o recebe e juridiciza.

Nessa mesma linha pareceu-me o pensamento do Professor Antunes Varella, expresso com rara felicidade e admirável concisão, em suas "Noções Fundamentais de Direito Civil", verbis:

"O direito confere aos indivíduos a faculdade de realizarem entre si determinadas convenções... e de nessas convenções introduzirem, dentro de determinados termos, todas as cláusulas que bem lhes aprouver (princípio da autonomia de vontade). Pois bem. As cláusulas elaboradas pelos particulares, ao ebrigo de semelhante princípio, constituem verdadeiros imperativos para quem as subscreve, achando-se tuteladas oor meio de certas providências coercitivas, e, todavia, não constituem, à luz da nossa concepção, verdedeiro direito, por carecerem da generalidade e abstração próprias das normas jurídicas"...

### 3. AUTONOMIA PRIVADA E INICIATIVA PRIVADA

A fixação conceitual da categoria em exame há de ser precadida, ainda, da solução de outros problemas, aos quais já aludi ao início desta exposição.

Senão, vejamos.

Entre a idéia de autonomia privada e a de iniciativa privada é mister estabelecer nítida distinção, conquanto certos autores encontrem identidade entre as figuras em apreço. Embora atos de iniciativa privada possam vir a configurar comportamentos de autonomia privada, os âmbitos de suas respectivas atuações não são coincidentes. É possível identificar inúmeras manifestações de iniciativa privada sem qualquer relevância jurídica, sem repercussão no mundo do direito, ou, ainda, juridicamente transcendentes, mas não como atos de eutonomia privada A propósito, parece ter havido equívoco de Ferri, quando imputa a Betti o ter confundido as categorias sinaladas. No entanto, em sua "Teoria General del Negocio Jurídico", o que o mestre de Roma afirma é que "a iniciativa privada é o mecanismo motor da regulação recíproca de interesses privados". Ora, não padece dúvida, pelo menos do meu ponto de vista, que é através a iniciativa privada que as pessoas poêm-se em conexão, umas com as outras, para a realização de seus interesses, buscando, assim, na alteridade a cooperação necessária, de que fala Lehmann, para atingir determinados objetivos.

Em outras palavras, o que se me afigura claro é que Betti identifica na realidade social – e não poderia ser de outro modo –, no enlaçamento pessoal provocado pela iniciativa dos particulares, o fenômeno que poderá ensejar, ou não, o ato de autonomia privada. E, quando Betti, outra vez criticado por Ferri, diz que "a sanção do direito se apresenta como algo acrescido e logicamente posterior", não está colocando dita autonomia como um conceito ajurídico mas, diversamente, afirmando-lhe a juridicidade, uma vez que só mediante a chancela da ordem jurídica, os vínculos intentados pelos particulares receberão a tutela do direito.

O atos de autonomia privada, que mais adiante passaremos a designar pelo **nomen juris** que lhes é próprio, são, como quaisquer das espécies que constituem fato propulsor da relação jurídica, fenômenos apreendidos e valorados pelas normas no mundo fático e por elas erigidos à categoria de suportes fáticos seus. Dessa sorte, se a iniciativa privada configurou, de modo suficiente, os elementos do suporte fático da regra X ou Y, o ato foi juridicizado. Não será, no entanto, por ser de iniciativa privada que surtirá efeito jurídico, mas porque determinou, ao concretizar-se, a incidência da regra tutelar respectiva. E, ainda, se juridicizado, poderá não sê-lo como ato de autonomia privada, mas como ato jurídico em sentido estrito ou até mesmo como simples operação material (ato-fato), em função dos elementos que o compõem na sua estrutura intrínseca, e que correspondem aos elementos integrativos dos pressupostos de fato desta ou daquela outra espécie de fato jurídico lato sensu.

Da mesma forma, também não me parece censurável a afirmação de Betti, de que o vínculo estabelecido entre os indivíduos já é dotado de força, em função do respeito à palavra dada, da tutela do uso e da sanção social.

Pela ordem de citação, vamos investigar os fundamentos dessa força vinculativa reconhecida por Betti, antes da juridicização, e que não ficou imune ao crivo da crítica.

O respeito à palavra dada, a observância de correção na vida de relações – e a expressão, aqui, é de Trabucchi –, a escrupulosa submissão à boa-fé, em virtude de que alguém se comporta conforme estipulou, ainda que ciente da ajuridicidade da estipulação, constituem, sem dúvida, preceitos éticos a que a humanidade, **sponte sua**, vem se submetendo através dos tempos, e cuja força vinculativa, inquestionável, é, por igual, de natureza ética.

Destarte, se a estipulação excogitada não recebeu tutela jurídica, não é correto de aí inferir-se a inexistência de caráter vinculante. Te-lo-á, embora não jurídico. Alguns autores, entre os quais et Mazeaud, vêem em situações como a prefigurada, e em certos deveres de consciência, verdadeiras obrigações naturais, das quais emergiriam direitos e deveres, apenas despidos de exigibilidade.

No que respeita à tutela do uso, já seria preciso tecer novas considerações dentro da temática geral das fontes do direito. Com efeito, se há regra



consuetudinária incidindo sobre o comportamento, então a força vinculativa é, à evidência, de natureza jurídica ou, se em não a havendo, (a regra consuetudinaria), a regra jurídica faz remissão aos usos locais para a regulação de determinada relação, a conclusão a que se há de chegar é a mesma: Ocorreu o fenômeno da juridicização e o liame que se estabeleceu entre os particulares tem a força de imperativo jurídico.

Finalmente, com pertinência à sanção social, a realidade está a demonstrar que o poder de constranger que dela emana, ainda que despido de juridicidade, opera, freqüentes vezes, com maior vigor do que aquele imanente à regra de direito, como observava, há poucos dias, o ilustre Desembargador Professor Oscar Gomes Nunes.

Por outro lado, a circunstância de reconhecer-se à boa-fé a natureza de preceito ético não implica negar-lhe a relevância que se lhe atribui, por exemplo, em matéria de interpretação no Direito das Obrigações. Embora o Código Civil Brasileiro não faça referência expressa à boa-fé, como o fez o BGB, ainda que de forma muito geral, segundo Lehmann, a proteção à boa-fé é um dos postulados que se insere entre os princípios gerais do direito e, de modo muito particular, na principiologia do Direito das Obrigações.

## 4. AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE CONTRATAR

A terceira proposição que me disponho a examinar diz respeito à pretendida univocidade dos conceitos de autonomia privada e liberdade contratual.

Observa, não sem razão, Vicente Rao, que os juristas franceses, em contraste com os autores germânicos e os modernos autores italianos, costumam identificar o problema da autonomia da vontade com o da liberdade contratual.

Corroborando dita observação, o pensamento de Alex Weill, Professor da Universidade de Estrasburgo, que embora sugerindo o abandono da teoria da autonomia da vontade pela "das tendência sociais", cifra-lhe os limites aos contratos, como se na liberdade de contratar aquela se exaurisse. Assim, descreve-a como uma tomada de posição sobre o fundamento da força obrigatória do contrato e como uma justificação do próprio contrato e do papel preponderante que se reserva aos mesmos nos sistemas jurídicos em geral. Com pequenas variantes, o pensamento do italiano Pugliatti que reduz ainda mais a autonomia privada, para, estranhamente, reconhecê-la apenas no campo dos negócios inominados e dos relativamente atípicos.

Seguindo à mesma linha desenvolvida por Weill, Boris Starck, da Universidade de Paris, ao examinar a influência das novas concepções e sistemas econômicos sobre o direito, especialmente no após-guerra, aponta as transformações profundas operadas em matéria de contratos, concluindo que, conquanto não tenha

desaparecido totalmente a liberdade contratual, seu domínio foi singularmente reduzido. Como se vê, não se afasta da doutrina clássica francesa, olvidando-se até de mencionar a expressão autonomia privada. Provavelmente, penso eu, por reconhecer identidade entre ambas.

Restringem, pois, autores de nomeada a autonomia sob cogitação à província do Direito Obrigacional e, o que é mais grave, tão-só a uma parte daquele, os contratos, esquecendo-se de deveres e obrigações em santido estrito, nascidos de manifestações unilaterais.

Não á menos verdade, todavia, que esta postura nasce do preconceito tão difundido entre os franceses, que os leva a recusar a categoria dos negócios unilaterais, praconceito que só modernamente começa a ceder, anta a extraordinária influência dos juristas que construíram e desenvolveram tal doutrina.

Não obstante seja notório que é nos lindes do Direito das Obrigações que a autonomia privada atua mais ampla e freqüentemente, a ponto de ali ter encontrado o campo, por excelência, para o seu desenvolvimanto e apogeu, a autonomia privada é reconhecida também no Direito da Família, no Direito das Coisas, no Direito das Sucessões, sempre que o preceito jurídico abra aos particulares, sob certos limites, um poder dispositivo de auto-regulamentação.

## 5. LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA

Reafirmando assertiva inserida nas notas introdutórias desta exposição, o poder que se caracteriza sob a designação de autonomia privada não é ilimitado. Faz-se preciso, pois, estabelecer alguns balizamentos que lhe tracem os limites, embora se me afigure extremamente difícil, senão impossível, fixar de modo geral e abstrato os contornos de seu âmbito de atuação.

A primeira limitação seria, naturalmente, aquela que decorre das regras jurídicas de natureza cogente, em que o imperativo jurídico não abre aos particulares quaisquar fissuras, a possibilitar-lhes o poder da dispor em acordo com as suas conveniências. Os supostos fáticos dessas regras, rigidamente fixados, regrando matéria indisponível, são incompativeis com as manifestações de autonomia, que encontra, desse modo, óbice intransponíval no **jus cogens.**

Igual conclusão se há de inferir no que toca ás normas de ordem pública, não obstante essa afirmação possa parecer tautológica em relação à anterior. Com efeito, toda norma de ordem pública é cogente, mas como nem toda norma cogente é de ordem pública, não me parece desnecessária a referência á última.

A segunda limitação adviria de considerações em torno da moral e dos bons costumes, categorias éticas a que o sistema jurídico aponta, como dados referenciais necessários a sobreordenar as vicissitudes da vida de relações.



Em tercairo, seria interessante lembrar que os sistemas juridicos prefixam os pressupostos garais de existência a validade, ainda quanto aos atos de autonomia privada, impondo certos requisitos, em atenção aos quais ser-lhes-á reconhecida a existência juridicamente relevante e, em um segundo momento, a afirmação de sua validade, com a conseqüente aptidão para irradiar efeitos jurídicos. Não é demais assinalar que a respeito de tais pressupostos não há autonomia dos particulares. Nem se argumente, **ad exemplum,** que a confirmação dos atos nulos de nulidade relativa, ou simplesmente ditos atos anuláveis, importaria em afastamento ou derrogação particular, **in concreto,** daquelas normas, pelo primado absoluto da autonomia privada, porque a confirmação só pode operar-se em virtude de outras regras que, prevendo a ratificação, disciplinam-na quanto ao conteúdo, forma, etc... Se ao sujeito, dessa sorte, é dado ratificar, tal poder não decorre exclusivamente de seu querer, mas do preceito geral que lhe faculta confirmar. Assim, e.g., se o vício que afetou o plano da validade da manifestação defluiu de erro essencial e, apesar dele, tem interesse o agente na manutenção do ato, ratifica-o, expressa ou tacitamente, e o comportamento ratificatório, sanando deficiência da manifestação nada mais fez que concretizar suporte fático suficiente, em abstrato previsto no bojo da regra respectiva.

Por derradeiro, mas não menos significativa é a limitação decorrente da conformidade a direito. E certo que os limites lógicos dentro dos quais se dasenvolve a fenomenologia jurídica são o lícito e o ilícito, e que os comportamentos humanos, juridicamente transcendentes, são estimados, também, em função de sua conformidade ou contrariedade a direito, donde advém a subdivisão dos fatos jurídicos **lato sensu** em lícitos e ilícitos. Contudo, quando a ordem jurídica assina aos particulares uma órbita dentro da qual, livremente, poderão engendrar, sob a égide do direito, relações jurídicas, parece-me definitivo que esta autorizaçao contém, já na sua gênese, o imperativo da licitude. Nem se compreenderia que o deferimento de competência geradora de relação, na ordem privada, com o reconhecimento do ordenamento jurídico, não se confinasse aos limites da licitude, porque, sobre ser incoerente e absurdo aceitar autonomia privada contrária a direito, seria até, se me permitem a imagem, verdadeira autofagia.

Diante disso, impõe-se a conclusão de que a autonomia privada se circunscreve ao campo da licitude, sendo inaceitável a admissão de ato de autonomia eivado de ilicitude. Nesse passo, parece-me oportuno relembrar, conquanto óbvio, que ilicitude e invalidade não se confundem, o que justifica o reconhecimento de manifestações inválidas de autonomia e a repugnância a manifestações ilícitas do mesmo poder.

## 6. PREMISSAS PARA A CONCEITUAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

À face das considerações anteriormente expendidas, creio ser possível, agora. estabelecer algumas premissas para a configuração conceitual da categoria em exame. Seriam elas, então:

1ª Os sistemas jurídicos não esgotam a disciplina das atividades humanas, na ordem privada;

2ª. Aos particulares é dado compor, mediante adequadas manifestações, certos pressupostos de fato, com força vinculativa de natureza jurídica;

3ª. As relações postas em ser por tais manifestações revestem-se de caráter jurídico, porque regra jurídica as acolhe, reputando-as juridicamente relevantes;

4ª. A vontade do particular, ou a exteriorização dela, não é de si suficiente para criar direito, não se constituindo, pois, em fonte deste;

5ª. Igualmente, a vontade do particular não tem, **per se,** aptidão para gerar relação jurídica, independentemente da incidência de regra de direito;

6ª. O poder de auto-regulação conferido aos particulares encontra seus limites no **jus cogens,** na ordem pública e nos bons costumes;

7ª. Circunscreve-se o poder predito ao âmbito da licitude, sendo-lhe essencial a conformidade a direito; e,

8ª. A autonomia privada não se esgota na liberdade contratual e não se identifica com a iniciativa privada.

Com essas premissas, que por certo não esgotaram a matéria, limitando-se a compendiar algumas reflexões sobre aspectos que considero relevantes para a correta colocação do problema, confio poder sugerir um conceito de autonomia privada.

Seria esta, então, a meu juízo e **salva reverentia, o poder reconhecido aos particulares de eleger, mediante manifestações adequadas de vontade, a disciplina das próprias relações, segundo as próprias conveniências, sob a tutela da ordem jurídica.**

## 7. O NEGÓCIO JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA

Até aqui, ensaiei algumas notas sobre a autonomia privada, omitindo, propositadamente, qualquer menção ao negócio jurídico. Tal omissão é conseqüência do método que me impus neste trabalho, evitando jogar, simultaneamente, com duas categorias extremamente abstratas e insuscetíveis de redução a uma expressão concreta e singela.

Por outro lado, e conforme facilmente se depreenderá, mais adiante, acredito que a manipulação da idéia de negócio jurídico supõe, no mínimo, o domínio razoável da categoria precedente.



De fato, compreende-se a estrutura e a gênese do negócio jurídico se e enquanto compreende-se a natureza, o objeto, o caráter e os limites da autonomia privada. Uma e outro estão indissoluvelmente ligados, por ser este a expressão daquela.

Tanto isto é verdadeiro, que Conso, citado por Ferri, adverte que "ao configurar o negócio jurídico concordam em referir-se à autonomia privada autores filiados às mais diversas tendências"

Assim, e apenas para ilustrar a constatação de Conso, vejamos alguns exemplos:

Comecemos com Passarelli, que conceitua o negócio jurídico como "um ato de autonomia privada dirigido a um fim que o ordenamento jurídico reputa merecedor de tutela".

Betti, que, como Larenz, adota um ponto de vista preceptivo e sob cuja ótica "o negócio jurídico é ato de autonomia privada a que o direito atribui o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares", ajuntando, ainda, ser o negócio jurídico "a manifestação suprema dessa autonomia".

A seu turno, Lehmann aponta o negócio jurídico como "o meio posto à disposição dos sujeitos de direito, para a configuração voluntária de suas relações privadas em decorrência do princípio da autonomia privada"

Na mesma linha. Domingues de Andrade, parâmetro de toda uma geração de grandes juristas portugueses, descreve o negócio jurídico "como o meio posto à disposição da pessoa privada..., para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com os seus interesses, tais como os entende e aprecia. A esta ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares dá-se o nome de autonomia privada".

Entre os nossos, Pontes de Miranda, em seu monumental Tratado de Direito Privado, diz ser o negócio jurídico "o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas".

Ligam, dessarte, os juristas das mais variadas posições, ambas as categorias, ora para afirmar o negócio jurídico como um dos instrumentos da autonomia privada, ora como o instrumento principal ou a manifestação por excelência daquela.

## 8. DISTINÇÃO ENTRE NEGÓCIO JURÍDICO E AS DEMAIS ESPÉCIES DO GÊNERO FATO JURÍDICO

Para a caracterização correta do negócio jurídico, inclusive para o efeito de extremá-lo das outras espécies de fato jurídico em sentido amplo, julgo essencial a consideração de que é ele a única forma de expressão da autonomia privada, tal como a concebo.

Para demonstrá-lo, faz-se preciso rememorar algumas noções pertinentes à teoria dos fatos jurídicos, concebidos como elemento estrutural da relação jurídica, seja designados como conteúdo ou fato propulsor, seja como vínculo jurídico, ou, como primeiramente advertira Savigny, ao distinguir na relação jurídica matéria e forma, como elemento daquela.

Dado que o fato jurídico é, no dizer de Pontes de Miranda, "o fato ou complexo de fatos sobre o qual a regra jurídica incidiu", é imperioso aceitar que da composição distinta dos suportes fáticos decorrem as distintas espécies de fatos jurídicos. Em outras palavras, as constantes identificadas como padrão, nos supostos fáticos de "N" regras jurídicas, ensejarão, quando houver incidência, um determinado e certo tipo de fato jurídico.

Destarte, se o que a regra jurídica predescreveu foi fato da natureza, ou da coisa, ou do animal, ou do homem – prescindindo nesta última hipótese da origem humana do ato –, a concretização suficiente do suporte fático provocará a incidência da regra pertinente e a introdução do fato, no mundo jurídico, como fato jurídico **stricto sensu**.

De outro modo, se na descrição hipotética contida na regra enfatizou-se a origem humana do ato, o fato humano como tal, e nele, contudo, não se emprestou qualquer relevância jurídica à vontade, dispensando a regra qualquer investigação referente àquela (a vontade não ingressa como elemento do suporte), o ato será recebido no mundo jurídico como fato, de aí o designar-se como ato-fato jurídico, ato real ou simples operações materiais.

No que respeita, porém, aos atos humanos, como tal apreendidos pelo direito, a identificação da espécie a que pertencem já não é tão simples. Uma vez que não nos vamos ocupar dos ilícitos, restam à consideração os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

Comecemos por apontar-lhes os elementos comuns:

a) Ambos, ato e negócio, são necessariamente atos humanos;

b) É-lhes essencial, às duas categorias, o elemento volitivo, embora Pontes de Miranda anote, quanto aos atos, alguma exceção, conquanto rara.

De outra parte, e a observação ainda é de Pontes de Miranda, enquanto nos negócios jurídicos há sempre manifestação de vontade, os atos jurídicos podem conter manifestação ou comunicação de vontade, manifestação ou comunicação de conhecimento, ou, finalmente, manifestação ou comunicação de sentimento.

A simples circunstância de entre os atos jurídicos ocorrer, embora não em caráter necessário, manifestação de vontade afasta a possibilidade de, através esta, operar-se a diferenciação segura entre os dois tipos excogitados.



Efetivamente, sob esse único enfoque, não me parece possível estabelecer critérios gerais, aptos, em qualquer hipótese, a permitir a designação correta da categoria a que pertence o ato humano.

A doutrina tem sugerido que a indisponibilidade quanto aos efeitos, que nos atos jurídicos são sempre e imperativamente fixados pela norma, apontaria o caminho certo para distingui-los. Todavia, em certos negócios jurídicos, qualificados como típicos, a regra jurídica dispõe com tais minúcias sobre a forma, requisitos especiais e efeitos, que ao particular pouco ou nada resta, senão a combinação dos elementos de fato, disponibilidade esta que também poderia ocorrer em relação aos atos não negociais.

Alvitra-se, igualmente, que a constatação de que os atos jurídicos enumeram-se exaustivamente, constituindo-se, pois, em **numerus clausus**, ao contrário dos negócios jurídicos, que refugindo a um elenco taxativo, apresentam-se em **numerus apertus,** seria uma alternativa para a solução do problema em foco.

Sem desprezar os elementos propostos acima, que reputo de grande valia, cuido que é preciso ajuntar-lhes um outro dado, que fazendo remissão à intenção do sujeito, estimo da maior utilidade no deslinde da controvérsia.

Bem a propósito vem a lição de Domenico Barbero elegendo como critérios básicos para a catalogação dos diversos tipos de fato jurídico e fenomenicidade exterior, a voluntariedade e a intencionalidade.

Tem para si, o ilustre jurista italiano, que o fato humano ou não, cuja apreensão pela regra jurídica deu-se mediante valoração exclusiva do aspecto fenomênico exterior, é fato jurídico, em sentido estrito, não distinguindo, pois, entre este e os chamados atos reais.

De outro modo, e aqui em relação aos atos humanos não apreendidos como fatos, caracteriza como atos jurídicos aqueles cuja recepção pelo direito se fez com a consideração da fenomenicidade exterior e da voluntariedade.

Finalmente, reserva o **nomem juris** de negócio jurídico apenas aos atos humanos em que a transcendência jurídica advém, não somente da fenomenicidade exterior e da voluntariedade, mas destas somadas à intencionalidade.

Uma tal ótica, à primeira vista, aparenta reduzir a questão a proporções bem singelas. Na verdade, isto não ocorre. É mister indagar o que se entende por intencionalidade, em que consiste esta intenção, a que alude Barbero, como elemento peculiar e exclusivo do negócio jurídico.

Responde o Mestre de Milão que "a intenção é a pré-ordenação de um fato voluntário, no sujeito que o realiza, em busca de um fim". Ajunta, mais, que tal

intenção de obter com o negócio jurídico uma finalidade determinada é identificada pela lei, que mediante juízos valorativos secundará, ou não, a finalidade perseguida, dotando-a, em caso afirmativo, de tutela jurídica.

O efeito jurídico negocial não seria, desta sorte, "qualquer efeito subjetivamente querido ou objetivamente compreendido na manifestação do sujeito" (Barbero), mas aqueles efeitos dispostos pela lei para secundar-lhe a intenção.

Por outro lado, incluso entre os que colocam nessa intencionalidade a tônica conceitual do negócio jurídico, estabelece-se viva controvérsia, pertinente à natureza dos efeitos aos quais se reporta a intenção que os sujeitos voluntariamente manifestaram.

Para a doutrina tradicional, chamada "Teoria dos Efeitos Jurídicos", deve existir total coincidência entre os efeitos buscados pelos sujeitos e aqueles que a regra jurídica imputa como conseqüência necessária de determinada categoria negocial. Procuram obviar as dificuldades decorrentes do fato de os particulares, freqüentemente , ignorarem certos efeitos que a ordem jurídica atribui ao tipo de negócio intentado, apelando para uma **tacita conventio,** fundada na vontade presumível dos sujeitos . Essa construção, demasiado artificial, é defendida com pequenas variantes por Danz, Windscheid e Stolfi, entre outros, sendo vigorosamente recusada por Pontes, Cariota Ferrara, etc.

Teoria mais recente sustenta que os efeitos perseguidos pela manifestação de vontade são, via de regra, de ordem prática – os chamados efeitos empíricos –, bastando aos sujeitos que a lei atribua à manifestação de vontade efeitos jurídicos, de um modo geral, concordantes com os efeitos práticos. Nesse sentido, Cariota Ferrara.

Posição intermediária, designada como "Teoria dos Efeitos Prático-Jurídicos", exposta por Domingues de Andrade, afirma ser essencial a intenção de efeitos jurídicos, não sendo, contudo, necessário que as partes tenham "acerca desses efeitos uma representação clara de juristas, sendo bastante uma representação global prática", uma representação de leigos. Dentro dessa linha, o pensamento de Enneccerus.

A rigor, um exame mais aprofundado das três teorias não revela, pelo menos a meu juízo, contradição inconciliável no que respeita aos aspectos fundamentais do problema. As variações observadas são conseqüência da enfatização ora de um ora de outro dentre dados comuns que quaisquer das três posturas, de princípio, acata.

Em verdade , os efeitos práticos que o particular busca atingir são relevantes na medida em que manifestam o endereço da vontade. Os efeitos jurídicos são-no por igual, porque de modo geral são os próprios efeitos empíricos, que a ordem jurídica recebeu e valorizou, não obstante não os receba a todos ou, ainda, atribua à manifestação outras consequências não visadas ou simplesmente não previstas.



Parece óbvio que a prefiguração de certos efeitos, embora não de todos, é indispensável para a conclusão do negócio jurídico, assim como se me afigura indispensável que o particular ao intentar a manifestação aspire à obtenção de tutela jurídica.

A intenção negocial pode ser tida pois, como o direcionamento da vontade tendo em vista a obtenção de fins, sob a égide do direito.

Corolário do princípio que identifica na intenção negocial o elemento nuclear do negócio jurídico é a distinção que se tem feito entre esta figura e os **gentleemen's agreements** e os negócios de pura obsequiosidade, onde embora se realizem certos pressupostos de fato do negócio jurídico, como tal não se caracterizam, por faltar-lhes a intenção negocial, ou como disse D. de Andrade, "pela ausência do intuito de assumir vinculação jurídica". Em outras palavras, não houve exercício de autonomia privada e por isso a relação intentada não transcendeu o mundo fático, não adquiriu jurídica relevância, situando-se entre aquelas de mera cortesia. (A propósito, cfr. Domingues de Andrade, op. cit.; Ferrer Correia, "Erro e Interpretação"; Danz, "Interpretação dos Negócios Jurídicos".)

**9. Manifestação e declaração de vontade-vontade interna e vontade manifestada**

Finalmente, impende lembrar, conquanto por demais conhecidas, as interpretações que os juristas têm dado às expressões "manifestação de vontade" e "declaração de vontade" e a significação que se têm emprestado ora à vontade real, ora à exteriorização desta.

Compreendo, na espécie, que razão assiste a Pontes de Miranda ao designar a manifestação de vontade como o gênero de que seria espécie a declaração. É intuitivo que a vontade não se expressa apenas quando alguém verbaliza, oralmente ou por escrito (declara, pois), o seu querer, senão que, também, o conduzir-se alguém de certa forma, o praticar um gesto, o manter-se em silêncio, em dadas circunstâncias, constituem inequívocas e eloqüentes exteriorizações da vontade do sujeito.

Diante disso, penso que conceituar o negócio jurídico como declaração de vontade é deixar a descoberto as múltiplas formas de que o homem dispõe, e de que eventualmente se serve, para evidenciar os seus propósitos, exercitando assim aquele poder de engendrar vínculos aptos pelo fenômeno da juridicização a irradiar eficácia jurídica.

Por outro lado, se no **iter** percorrido pela psiquê humana, desde a formação do processo volitivo até a manifestação de seu resultado, podem ocorrer desvios que conduzam à divergência entre a vontade interna, ou real, e a manifestada, não creio que isto seja razão suficiente para erigir-se àquela e não a esta, como regra geral, elemento dos supostos fáticos dos negócios jurídicos.

Entre as inconveniências que se pode apontar na eleição da vontade interna em detrimento da manifestada, afigura-se-me como a mais tormentosa a insegurança para a vida de relações, advinda da necessidade de investigar-se a todo instante, em um subjetivismo incompatível com a dinâmica negocial, um processo espiritual interno. Nesse sentido, A. Von Tuhr, ao afirmar que "o poder de obrigar da **vontade manifestada** é um axioma social e jurídico que através um longo desenvolvimento chegou a dominar. Grande parte da ordem humana descansa em seu reconhecimento"

De outra parte, o ater-se o ordenamento à valorização da vontade manifestada, como critério geral, não impede uma adequada proteção aos que, por falsa representação da realidade (espontânea ou provocada) ou por constrangimento injusto e grave, exteriorizaram vontade distinta da real. Abre-se, pois, com a teoria dos vícios da vontade, acolhida pela generalidade dos sistemas jurídicos, ensejo ao prejudicado, para provar a divergência alegada, atacando o negócio celebrado no plano de sua validade.

**10. Premissas para a conceituação do negócio jurídico**

Embora me parecesse imperativo abordar com maior profundidade alguns pontos que só muito superficialmente pude aflorar e alguns outros que sequer aflorei, penso ser viável o enunciado de certas premissas, a partir das quais poder-se-á construir um conceito de negócio jurídico.

Tais seriam:

1. O negócio jurídico é ato humano consistente em manifestação de vontade;

2. Tal ato corresponde a exercício de autonomia privada, que se esgota no âmbito do negócio jurídico;

3. A intenção negocial é elemento nuclear do negócio jurídico.

À face dessas premissas, proponho-me a conceituar o negócio jurídico como o ato de autonomia privada consistente em manifestação de vontade pré-ordenada à obtenção de efeitos, sob a tutela jurídica.

Ao encerrar esta exposição, gostaria de deixar clara a minha convicção de que muito resta por fazer, tudo ou quase tudo por esquadrinhar, a propósito do tema abordado, que ainda não mereceu, salvante ignorância minha, tratamento monográfico na literatura jurídica nacional. Gostaria, também, de manifestar-lhes a minha certeza de não lhes ter trazido novidades, apenas alguns apontamentos e umas poucas idéias sobre um tema que de há muito me fascina. Sou-lhes por fim imensamente grata pela generosa atenção com que me ouviram.



# LICENÇA PARA CONSTRUIR E MODALIDADES DE SUA EXTINÇÃO

LUCIA VALLE FIGUEIREDO
Procurador Municipal
Mestre em Direito Administrativo
Professora assistente de Direito administrativo da P.U.C. – São Paulo
Especialista em Direito administrativo

## 1. INTRODUÇÃO

O tema propõe uma série de indagações, do maior relevo, para as Prefeituras que, assaz de vezes, enfrentam problemas inerentes ao direito de construir em confronto com a função social da propriedade.

Desenvolvemos este trabalho partindo de casos concretos, que nos fustigam, a fim de, perseguindo conceitos teóricos, chegarmos a algumas conclusões que, pretendemos, possam trazer utilidade a um Congresso de âmbito nacional, em que se pretende assumir a experiência de outras Prefeituras.

Destarte, tratamos da licença para construir, de seus problemas emergentes e das modalidades de sua extinção, para, a final, enunciarmos as conclusões, que se não pretendem definitivas mas sempre abertas a novas indagações.

Ilustra este trabalho um anexo, que contém uma amostragem jurisprudencial dos Tribunais. Assinale-se, todavia, que a jurisprudência, trazida à colação, refere-se também ao problema do ato administrativo e sua extinção – capítulo este nuclear do direito administrativo e de suma importância para o tema tratado.

Com isto, quiçá possamos trazer aos colegas significativa colaboração, descortinando o panorama jurisprudencial e doutrinário deste tormentoso tema.

Se o objetivo for atingido, acreditamos, terá valia.

## 2. CONCEITUAÇÃO DE LICENÇA PARA EDIFICAR

A licença para edificar, confundida várias vezes com a autorização, traz ínsitas peculiaridades que a distingue desta última figura.

O direito de construir está abrigado no direito de propriedade, é inerente a este e o seu perfil encontra-se delineado no artigo 572 e seguintes do Código Civil. O artigo 572 diz:

> "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os **regulamentos administrativos**". Grifamos.

Trabalho apresentado ao 5º Congresso Nacional de Procuradores, Manaus, 1979.

Mister, entretanto, que se faça uma distinção entre direito de propriedade e a propriedade que, com aquele, não se confunde.

O direito de propriedade, como bem o disse Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu estudo sobre poder de polícia, (1) terá o contorno que cada ordenamento jurídico lhe der.

De conseguinte, as limitações administrativas não são uma restrição ao direito de construir, vez que configuram a sua própria moldura.

A licença para construir nada mais é que a remoção de um obstáculo para que o particular exercite o seu direito de construir, direito este contido no de propriedade.

Assim conceituada, vemos que a licença para construir é um ato administrativo constitutivo formal, que possibilita àquele, em favor de quem é expedida, o direito de levar a cabo a construção que submeteu à aprovação, nos termos em que lhe foi deferida, isto é, de acordo com o projeto aprovado e no prazo estipulado.

É de se ressaltar que o Código de Edificações do Município de São Paulo não determina prazo para que a construção se conclua, tão somente para que se inicie e dispõe, outrossim, sobre o prazo de caducidade, na hipótese de paralisação da obra.

Difere a licença para construir da autorização por ser a primeira um ato vinculado, enquanto a segunda encontra-se na esfera de competência discricionária administrativa – a precariedade é uma de suas características.

2.1. **Regime Jurídico da Licença para construir**

Publicado o despacho autorizatório e emitido o respectivo alvará, fica o particular investido do direito de edificar, devendo iniciar a construção dentro do prazo pré-fixado no alvará. O limite máximo para o seu termo inicial, no caso do Município de São Paulo, é de dois anos.

É a licença para edificar um ato administrativo vinculado, pois, satisfeitos os pressupostos legais, nada remanesce à Administração senão a outorga da licença.

Dissemos ser um ato constitutivo formal, por entendermos que não é, por meio da licença, que se cria o direito. Perfilhamos, destarte, o entendimento do ilustre Professor Oswaldo Bandeira de Mello, que, distinguindo a autorização da licença, assim se expressa:

(1) Cf. Bandeira de Mello, Celso Antonio – Apontamentos sobre o poder de policia, S. Paulo, R.T., R.D.P. p., Vol. 9, pág. 55.



> "O primeiro (autorização) cria direito ao ampliar as faculdades jurídicas de quem recebe a autorização, enquanto o segundo, (a licença) consiste em acertamento constitutivo formal, pois se trata de declaração recognitiva de direito de asseguramento da situação jurídica". (2)

Deveras, trata-se de um acertamento constitutivo, indispensável à possibilidade de edificar, mas que, à diferença da autorização – discricionária – nada agrega à esfera jurídica do indivíduo, posto que deve ser deferida, satisfeitos os pressupostos legais. Preexiste o direito ao deferimento do pedido.

O prazo de validade de dois anos, fixado pelo Código de Edificações do Município de São Paulo, poderá ser suspenso, caso ocorram as hipóteses do § 2º do art. 527.

A finalidade do ato é diretamente referida à outorga da possibilidade de construir.

De conseguinte, executada a construção cessam os efeitos deste ato administrativo, devendo, então, ser procedida a vistoria (auto de vistoria), que ensejará o "habite-se", ou seja, a possibilidade de ocupar o imóvel edificado.

A Administração, submetido um projeto a exame, deverá, nos termos do artigo 520 do supra referido Código, pronunciar-se dentro do prazo de 20 (vinte) dias, findos os quais poderá o requerente iniciar a construção, dando ciência à repartição competente com uma antecedência de três dias úteis.

Coloca-se um primeiro problema de relevo, face ao artigo supra citado e o silêncio da Administração.

Qual o valor do silêncio administrativo?

Equivalerá a uma licença provisória?

A hipótese, embora possa parecer, a princípio, cerebrina, ganha interesse quando pensarmos na possibilidade de, neste interregno, haver superveniência de lei que, dispondo diferentemente sobre a matéria, torne a construção indesejável. Poder-se-á também acrescentar o problema da inércia administrativa prolongando-se até o final da construção.

De fora a parte a responsabilidade, que possa advir ao funcionário que negligenciou a expedição do despacho autorizatório, afloram questões de maior relevo tais como: encontra-se adquirido o direito a prosseguir na construção, mesmo na existência de lei nova que torne dita construção incompatível?

(2) Cf. Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha – Princípios de Direito Administrativo, Vol. 1, pág. 508.

E, como deverá proceder a Administração que não expediu a licença durante toda a construção da obra, ao cabo da mesma?

A resposta à primeira indagação é de mais fácil destrinça, visto que o próprio direito positivo nos traz os parâmetros em que se deve confinar a norma. Assim é que dispõe o artigo 520:

> "O prazo de despacho do requerimento é fixado em 20 (vinte) dias úteis, a contar do recebimento ou do atendimento das exigências comunicadas".

E, no § 3º, encontra-se a possibilidade de se dar início a obra e a hipótese em que cessam os efeitos da comunicação.

> "Art. 520 .....
> § 1º .....
> § 2º .....
> § 3º Findos os prazos definidos no corpo deste artigo ou no § 1º, poderá o responsável técnico dar início às obras projetadas, 3 dias úteis, após a comunicação feita à repartição técnica competente. Essa comunicação não eximirá os responsáveis da obrigação de atender a todas as disposições legais. Se for indeferido o pedido, cessam imediatamente os efeitos da comunicação, devendo a construção ser sustada e procedida a demolição do que tiver sido construído".

Destarte, podemos afirmar que o **silêncio administrativo aliado a ato do particular – a comunicação das obras –** equivale ao ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Esta operar-se-á se ocorrer o indeferimento do pedido, obviamente desde que não se verifiquem os pressupostos legais da expedição da licença.

De conseguinte, ao silêncio administrativo imputou a lei uma consequência relevante – a licitude da construção "si et in quantum" não se pronunciar a Administração, desde que o projeto mereça aprovação.

Outra não é a orientação perfilhada pelo Conselho do Estado francês, ao decidir uma pendência judicial, em que era interessada a Comunidade de Bozas.

Assim se pronunciou o Conselho do Estado:

> "O Prefeito tem, de ora em diante, quinze dias para pedir as peças complementares. Se ele não o fizer, o "dossier" deve, pois, considerar-se completo e a demora, para a autorização tácita, começa a correr". (3)

(3) C.E., 8 de julho de 1953, apud Cassin et Waline – Les Grands Arrêts du Droit de L'Urbanisme – pág. 114.



A evolução da jurisprudência do Conselho de Estado francês deu-se, de conseguinte, no sentido de que o silêncio não implica em recusa. E, depois deste primeiro pronunciamento, a legislação, expressamente, dispôs que o silêncio guardado pela autoridade administrativa equivaleria a uma autorização tácita.

É bem verdade que pretendeu o Conselho de Estado deixar a salvo as hipóteses em que à Administração caberia expressamente a rejeição do projeto, não satisfeitas as condições legais (Arrêt d'Assemblée Min. de l'Equipement e epoux Roulin). (3ª)

A par disso, ressalvou, também, o direito da insurgência de terceiros contra uma autorização tácita ilegal.

Verificamos que o Código de Edificações do Município de São Paulo, imputando ao silêncio administrativo conseqüência importante, ao mesmo tempo responsabiliza o particular pelo respeito às normas legais de edificações.

## 3. CONSEQÜÊNCIAS EMERGENTES DA LICENÇA VÁLIDA

Do despacho de deferimento, ao que entendemos, emerge líquido e certo o direito de construir, dentro dos moldes aprovados e sem obstáculo pela Administração.

É da lavra de Seabra Fagundes a seguinte assertiva:

> "Legítimo o ato de licenciamento, porque obediente às normas legais e regulamentares aplicáveis na espécie, não era possível cassá-lo, privando a consulente **do direito subjetivo de edificar nos moldes do projeto licenciado, direito nascido e vigente desde quando publicado o despacho de deferimento".** Grifamos (4)

Concluída parcialmente a obra, consoante o Código de Edificações de São Paulo, poderá o particular solicitar o "Auto de Conclusão", nos termos do artigo 538.

O Auto de Conclusão, se parcial, é, ao que se nos afigura, nos termos do art. 538, um ato administrativo discricionário quanto à emanação e vinculado com relação aos pressupostos de fato.

Isto porque **poderá** ser concedido, **a juízo** da Prefeitura, se a parte concluída tiver condições de funcionamento como unidade distinta; puder ser utilizada

(3a.) Cf. Cassin et Waline – ob. cit., pág. 115.

(4) Cf. Fagundes, Miguel Seabra – Renovação de licença para construção, in R.D.P., Vol. 13, pág. 101.

independentemente da parte restante do conjunto aprovado; e apresentar condições de segurança e salubridade.

Tais são os pressupostos necessários para que a Administração, a seu juízo, ou seja, em considerando conveniente e oportuno, expeça o "Auto de Vistoria".

Entretanto, o chamado "habite-se parcial", além desta característica, reveste-se também de precariedade.

Sua finalidade específica é a de permitir que determinadas partes da construção, passíveis de utilização, sejam, efetivamente utilizadas antes do término da construção.

De conseguinte, terminada a construção, cessarão os efeitos do "habite-se parcial" devendo proceder-se ao auto de vistoria final. É bem verdade que o Código de Edificações não faz tal distinção expressamente.

Entretanto, a praxe administrativa assim tem consagrado.

Coloca-se, então, um problema da mais alta envergadura.

Ocorrida a vistoria e constatada a irregularidade de partes ainda não vistoriadas para efeito de "habite-se", o que sucede? Irregular encontra-se todo o prédio, desconforme com o projeto original, ou tão-somente a parte que não obedeceu ao projeto aprovado?

A nosso ver, não há como prosperar a idéia de que irregulares seriam apenas, e tão-somente, as partes desconformes.

Isto porque o projeto há de ser concebido como um todo e, se irregular uma das partes deste todo, irremediavelmente comprometido fica este último.

Somente sanada a irregularidade, poderá ser lavrado o "Auto de Vistoria" dando, destarte, conformidade à edificação.

O "habite-se parcial", completada a obra e solicitada a vistoria, perde sua eficácia, visto que deixa de existir um pressuposto fático de sua existência, a incompletude da obra.

Este entendimento seria, a nosso ver, respaldado pela afirmativa de Juan Carlos Cassagne, ao se referir à caducidade do ato administrativo.

Assim se expressa o ilustre administrativista argentino:

> "Num plano distinto – o cumprimento das obrigações que surgem do ato – aparece o instituto da caducidade como outro dos importantes meios de extinção. Consiste na eliminação do ato disposto unilateralmente pela Administração em razão de não ter o particular cumprido com as obrigações que dimanam do ato administrativo. Trata-se pois de uma sanção". (5)



Releva notar, entretanto, que não nos utilizamos da mesma terminologia do autor. Preferimos adotar a denominação de cassação quando se trata de ato em decorrência de penalidade, e reservamos o termo caducidade para a perda do direito, em virtude da inércia do administrado.

O "Auto de Conclusão", completada a obra, é "conditio sine qua non" para possibilitar a sua utilização.

Ocupar uma construção sem a vistoria configura-se em infração expressamente sancionada.

As sanções dispostas pela lei são de dois tipos – uma, a da Lei do Zoneamento, art. 23 (Lei nº 7.805/72), e a outra caracterizando-se por um acréscimo no imposto predial, acréscimo este que vigora até ser sanada a irregularidade.

A interdição do uso, se necessária, seria outra sanção utilizável.

Se da licença emergem conseqüências relevantes, impende perquirir o problema da ausência da licença ou da desconformidade da edificação com a licença outorgada.

Quanto à primeira – ausência de licença – o corolário imediato é a impossibilidade de conseguir o "Auto de Conclusão" elidindo, destarte, a possibilidade de utilização da obra concluída. É possível que comporte a obra o que se denomina de conservação, isto é, compadeça-se a edificação das disposições legais, muito embora não tenha sido solicitada a respectiva licença para construir.

Dispõe, expressamente a Lei nº 7.785/72 – texto legal que, mercê do seu artigo 2º, deu uma das mais amplas anistias às edificações irregulares havidas em São Paulo – em seu artigo 1º:

> "Art. 1º – Todas as construções concluídas a partir da data da publicação desta lei, quando executadas sem licença ou em desacordo com o projeto aprovado, só poderão obter Alvará de Conservação, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 2º, se atenderem integralmente às disposições técnicas do Código de Obras e legislação complementar, e após o pagamento das taxas e multas devidas pela construção irregular".

(5) Cf. Cassagne, Juan Carlos – El Acto Administrativo, pág. 409

De conseguinte, verifica-se que a conservação, após a vigência da supra aludida lei, somente poderia ser obtida se a obra tiver seguido as especificações legais ou a elas puder se conformar.

Entretanto, no que concerne às conservações, para as obras existentes à época da promulgação da Lei nº 7.785/72, necessário seria, apenas, que as obras tivessem **um mínimo** de condições de habitabilidade e segurança.

Mercê do elastério desse dispositivo legal, foram efetuadas conservações em massa e que, a rigor, não guardariam estrita compatibilidade com as exigências legais.

Destarte, problemas surgiram levando a Superior Administração a anular alguns alvarás de conservação.

Partindo-se do princípio, largamente generalizado, de que a Administração pode anular seus atos ilegais, pois deles não decorreria qualquer direito ao administrado e, também do princípio de que a anulação se deveria operar "ex tunc", os alvarás foram anulados, dando-se a esses atos eficácia retroativa, ou seja, abrangendo efeitos prodrômicos já deflagrados.

Vale dizer, operando-se com efeitos "ex tunc" era como se nunca houvessem existido.

Ora, de tal fato conseqüência de maior relevância operar-se-ia!

Isto porque a Administração determinou, em conseqüência a majoração do imposto predial, cobrando as quantias que entendia deveriam ter sido pagas, caso não houvesse sido concedida a conservação.

Tal fato ensejou recursos os mais diversos.

Como primeiro argumento é de se enfatizar que o dispositivo legal autorizatório da conservação, mercê de sua alta elasticidade, outorgava à Administração a mais ampla competência discricionária. A conservação poderia ser negada, por não possuir a edificação, no entender dos técnicos, condições de habilidade e segurança.

Deste modo, diante de um conceito pragmático como este, não se poderia imputar ao particular – que, em nada havia contribuido para o erro administrativo, ao outorgar uma conservação sem condições, o ônus de arcar com as diferenças do imposto predial majorado, pelo tempo em que deteve a conservação.



Isto porque, mister assinalar que, se indeferida a conservação por não atender aos requisitos impostos pela Lei nº 7.785/72, poderia ter o proprietário diligenciado no sentido de trazer à edificação aquele mínimo de conformidade perseguido pela lei.

Não nos parece desta forma válido que, à anulação de um alvará de conservação, possa ser atribuído, **automaticamente,** o efeito "ex tunc".

Recorremos, uma vez mais, a Juan Carlos Cassagne (6) que, ao abordar o assunto da invalidade do ato administrativo, assevera que a este, em princípio, aplicam-se os efeitos "ex tunc", mas assinala as exceções.

Vejamos, nas palavras do autor:

> "Tal é o princípio. Sem embargo, excepcionalmente, a invalidade carecerá de efeitos retroativos nos seguintes supostos:
> a) quando o administrado ou a Administração Pública tiverem executado o ato, **sem conhecer a existencia do vicio;**
> b) o vicio ou defeito não for imputável total ou parcialmente a quem se prejudica com a nulidade.
> Entendemos, também, que a Administração possa renunciar, por razões de ordem pública, a aplicação retroativa da invalidade". (7) Grifamos

Tal regra coadunar-se-ia com a obrigatoriedade que teria a Administração de ressarcir o particular, quando os atos de seus agentes lhes causem prejuízo (art. 107 do texto constitucional).

Em abono desta afirmação, que poderá parecer ousada, trazemos, à colação, o eminente jurista chileno Olguin Juarez:

> "Pensamos que, se bem é certo que por razões de lógica jurídica, a eficácia da invalidade deva ser "ex tunc", deve estar, em todo o caso, limitada pelos princípios da boa fé e pela natureza real das coisas". (8)

O autor, supra citado, chamá em abono de seu posicionamento a Stassinopoulos para quem as relações surgidas de um ato irregular não podem ser abolidas de um só golpe, se uma razão especial não impõe esta solução.

---

(6) Cassagne, Juan Carlos – El acto administrativo, pág. 255.

(7) Idem, idem – págs. 245/246.

(8) Juarez, Hugo H. Olguín – Extinción de los actos administrativos, revocación, invalidación y decaimento, pág. 262.

Da conseguinta, afigura-se-nos uma situação injurídica sancionar com um acréscimo do imposto predial alguém que, durante um carto tempo, deteve um alvará de conservação, não tendo agido com má fé para obtê-lo.

Mesmo porque, se de tal ato administrativo outras conseqüências lasivas adviessem ao proprietário, poderia este, a nosso ver, pleitear indenização, utilizando o princípio da responsabilidade objetiva do Estado.

Muito embora, assegurada ao Estado a disponibilidade de uma ação regressiva contra o funcionário.

## 4. FORMAS DE EXTINÇÃO DA LICENÇA

Tratando da licença para construir e de suas conseqüências, impende, agora, tratar de suas formas de extinção, de tal sorte que sejam abordados o seu esgotamento natural, a caducidade, a invalidação, a anulação pelo Judiciário, a cassação e a sua supressão por conveniância e oportunidade (hipótese de lei superveniente).

A matérie poderá parecer extremamente teórica, porque, na realidade, vamos lidar com toda a gama riquissima da matéria de ato administrativo, capítulo nuclear do Direito Administrativo.

Mes, sem jogar com conceitos teóricos que embasam a doutrina de ato administrativo, não podemos atingir os escopos que nos preordenamos, pois os problemas aflorados, ao sa tratar do tormentoso tema da licença para edificar, só assim podem ser enfrentados.

Contrapondo-se ao direito adquirido de construir, já incorporado ao patrimônio de seu proprietário, temos toda função social da propriedade.

É dizer, ao lado do direito individuel emerge o direito social, da coletividade, aparentemente em conflito.

### 4.1. Esgotamento e caducidada do alvará de licença

Sendo a licença um ato administrativo constitutivo formal, cuja finalidade específica á a de possibilitar que o proprietário edifique, há de se esgotar naturalmente, quando cumprido o fim típico a que se preordena.

Diz Robin de Andrade que o ato administrativo tem o seu conteúdo esgotado naturalmente, quando já satisfez plenamente a utilidade que traz em seu cerne.

Esta é, sem dúvida, a forma de extinção natural.



Outra modalidade de extinção natural, que se há da essinalar, é o desaparecimento do objeto. Isto é, a licença para edificar é um ato administrativo "intuitu rei", portanto, em função do objeto.

De se concluir, portanto, que desaparecido o objeto, extinto estará também o eto administrativo.

De outra parte, transferida a propriedade, o ato remanesce em sua plenitude enquanto for vigenta, mesmo na hipótese de lei superveniente.

A caducidade do alvará de licença pode ocorrer por inércia do seu beneficiário.

Isto acontece quando, prefixado em norma legal, sau limite máximo para o início das obras, ou para a paralisação das mesmas, o beneficiário da licença infringe estes prazos.

Deixa de correr o prazo para caducidade do alvará nas hipóteses arroladas no § 2º do art. 527 do Código de Edificações e que são as seguintes:

> "Art. 527 – A licença prescreve no prazo máximo de 2 anos a contar da data de publicação do despacho de aprovação do projeto, a menos que a obra tenha sido iniciada.
> § 1º .....
> § 2º O prazo consignado por alvará não correrá durante os impedimentos a seguir mencionados, desde que devidamenta comprovada sua duração por documento hábil:
> a) desocupação do imóvel por ação judicial;
> b) decretação de utilidade pública;
> c) calamidade pública;
> d) quando justificados por decisões judiciais".

Da mesma forma, é possível ao particular impedir a deflagração caducatória do alvará em decorrência da paralisação da obra, retomando os trabalhos, ainde que torne a paralisá-los.

Reveste-se de perigosa aplicação prática tal dispositivo pois rende ensejo a burlas da finalidade da norma, podendo o construtor, a fim de obstacular o prazo de caducidade, retomar a obra para, mais adiante, paralisá-la novamente.

A este respeito, o Conselho de Estado francês, em decisão de 1967 enfrentava o problema da seguinte forma:

> "A questão capital é, pois, saber quais são os trabalhos que davem ser executados para impedir que o prazo de perempção chegue a seu termo

ficando entendido que não se deve fazer distinção entre o começo dos trabalhos e sua retomada em caso de interrupção". (9)

Comentando, Cassin e Waline, a direção impressa pelo Conselho de Estado francês, dizem que este parecia exigir atos materiais de execução, de importância suficiente, a fim de que não se deflagrasse a perempção. Entretanto, é de se ressaltar a difícil distrinça do conceito de "importância suficiente".

Afigura-se-nos, na verdade, que nestes casos, tanto para se afirmar a existência da caducidade por obras insuficientes ou a inexistência de caducidade por haver um recomeço de obras, com posterior paralisação, a definição torna-se delicada.

Quanto a esta última hipótese, parece-nos deva ser perquirida a finalidade da norma e a intenção do proprietário.

4.2. **Invalidação da licença**

Denominamos invalidação de licença a desconstituição do ato administrativo inicial, concessório da licença por outro ato administrativo, tendo em vista a existência de vício que o macule irremediavelmente.

O ato administrativo, que desconstitui o ato anteriormente emanado, é sempre constitutivo, no sentido de que, endossando o pensamento de Kelsen, entendemos não existir atos nulos para o direito mas, tão-somente, anuláveis.

Isto, porque:

"Um indivíduo pode declarar a norma em questão como u'a norma válida, um outro recusar-lhe este caráter. A decisão tem, por isso, na medida em que está em questão a validade de uma norma jurídica, um caráter constitutivo.

A norma questionada não é nula desde o início. A decisão de que é nula, anula-a com eficácia retroativa para o sujeito que decide.

. . . . . .

Sob este aspecto o Direito é como o Rei Midas, da mesma forma que tudo que este tocava se transformava em ouro, assim tudo aquilo que o Direito se refere assume caráter jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade". (10)

(9) Cf. Cassin et Waline – Les grands arrêts du Droit de L'Urbanisme, pág. 156.
(10) Kelsen, Hans – Teoria pura do direito, págs. 160/162.



Permite o Código de Edificações do Município de São Paulo, em seu artioo 527, § 7º, seja a licença anulada, caso se verifique infringência de dispositivo legal.

Apenas utilizando de uma impropriedade terminológica, refere-se mais adiante à anulação como se fora cassação.

Eis a integra do dispositivo:

"Art. 527 . . . . . .

. . . . . .

§ 7º – Verificada a infringência de dispositivo legal, será a licença anulada pelo Prefeito. Atendendo a relevante interesse público poderá o Prefeito também revogar, a qualquer tempo, o alvará de licença. Em qualquer das hipóteses, o despacho de cassação será devidamente fundamentado."

De aproveitável no § 7º encontra-se a obrigatoriedade da Administração fundamentar seu ato.

A possibilidade de anular seus atos ilegais insere-se na própria competência-dever da Administração.

Quanto à denominada revogação, como teremos a oportunidade de demonstrar, não se coloca à Administração com a simplicidade que o dispositivo legal leva a crer.

As conseqüências jurídicas do ato de invalidação revestem-se de importância e faz com que se perquira seus limites e a responsabilidade administrativa.

Inúmeros casos podem se apresentar, tais sejam: 1) A obra encontra-se em construção e é passível ou não de regularização; 2) a obra encontra-se concluída e, da mesma forma, é passível ou não de regularização.

Se a obra encontra-se em construção e é passível de regularização, deverá ser embargada, até que, diligenciando a parte a expedição de uma nova licença, reinicie a obra para conformá-la ao ordenamento vigente.

Se não for passível de regularização deverá a parte demoli-la e, em havendo descumprimento da ordem de demolição, pleiteará a Administração ao Judiciário que obrigue a demolição.

Vemos nítida diferença entre a obra sem licença e a obra que, oportunamente licenciada, teve, posteriormente, sua licença invalidada por acoimada de vício em sua expedição.

Em sua edição recentíssima do "Direito de Construir", Hely Lopes Meirelles assevera:

"Ilegal é a invalidação sumária do alvará de licença mediante simples alegação do interesse publico superveniente ou de ilegalidade na sua expedição, ou de descumprimento do projeto na sua execução.

. . . . . .

. . . . . .

Até a verificação de irregularidade a Prefeitura pode agir unilateralmente através de seus agentes de fiscalização, para constatar a infração e lavrar o auto de multa ou embargo, mas daí por diante, para invalidar o alvará e demolir o que está feito, terá que propiciar oportunidade de defesa e os recursos administrativos regulares do interessado". (11)

Concordamos integralmente com o pensamento do emérito administrativista, transcrito acima, permitindo-nos, todavia, discordar de sua afirmação na mesma obra, às fls. 178/180, em que ao falar sobre a aprovação ilegal de uma obra contra as normas de construção afirma:

"a Prefeitura poderá anular o alvará, embargar o que foi feito e promover a sua demolição, sem **qualquer indenização ao proprietário".** Grifamos.

Permitimo-nos dissentir no que tange à indenização ao proprietário.

Afigura-se-nos útil a distinção quando o vício da licença deu-se por culpa exclusiva da Administração que poderia, verbi gratia, ter errado ou quando se verifica com a concorrência do particular.

Tal afirmação nossa é compartilhada pelo ilustre administrativista, professor Sérgio Ferraz, quando, ao proferir em Belo Horizonte, em outubro de 1978, no I Simpósio Nacional de licitação, palestra sobre o tema: "Prerrogativas da Administração e Direitos dos Licitantes", admitiu expressamente que, ao anular a licitação por ocorrência de vício, deveria a Administração compor os prejuízos a que desse causa.

Evidentemente que os prejuízos da conduta administrativa hão de ser mensuráveis, de molde a ensejar a reparação.

Tal posicionamento, a nosso ver, é o mais coerente com o princípio da igualdade e, destarte, as cargas públicas devem ser suportadas de igual modo por todos.

(11) Meirelles, Hely Lopes – O Direito de Construir, pág. 176.



Demais disso, acolhe-se, mais uma vez, neste trabalho o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, lembrando, ainda, que a ação regressiva contra o funcionário incompetente ou desidioso não tem sido utilizada, na prática administrativa, mas se alberga no texto constitucional.

Calha, ainda, a propósito, uma cita do eminente Seabra Fagundes:

"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 obediência a 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. (12)

A invalidação, como a denominamos, pode derivar de um ato de controle da própria autoridade expedidora do ato administrativo anterior, ou de uma autoridade superior, quer na atividade de controle, quer motivada por uma representação.

Denominamos por anulação a desconstituição do ato pela autoridade judicial, quando provocada.

Em se tratando de ato ilegal e não inoportuno, poderá o Judiciário, chamado a decidir, determinar sua anulação e, conseqüentemente, a demolição da obra desconforme.

Qual o efeito da sentença judicial, que declara viciado o ato administrativo?

É constitutiva e, de conseguinte, com efeitos "ex nunc", ou se devem dar efeitos "ex tunc"?

À indagação responde Brewer Carias, consagrado administrativista venezuelano, marcando uma distinção entre nulos e anuláveis:

"Quando a nulidade foi declarada pela autoridade judicial competente que só pode conhecer razões de ilegalidade, os efeitos da declaração de nulidade variam segundo se trate de atos nulos ou anuláveis. No primeiro caso, a decisão estende-se ao futuro e ao passado; no segundo caso, só para o futuro". (13)

(12) Cf. Fagundes, Miguel Seabra – Revogação da licença para construção, pág. 103.

(13) Carias, Allan Brewer – Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezuelana, pág. 143.

Embora, como já o dissemos anteriormente, não façamos a distinção entre atos nulos e anuláveis, por entendermos que são todos anuláveis, endossamos a opinião do preclaro autor no que concerne aos efeitos da sentença.

Quanto ao prazo em que se pode pleitear a anulação de um ato administrativo, diverge a doutrina.

Entretanto, à falta de disposição expressa, tem-se entendido que o prazo prescricional seria o de vinte anos.

4. 3. **Cassação do ato administrativo da licença e expropriação do direito de construir**

A doutrina, assaz de vezes, tem denominado de cassação de licença ao ato administrativo que suprime uma licença de construir por superveniência de lei nova.

O instituto da cassação, tal como o entendemos, é compatível com a sanção, isto é, ao comportamento faltoso do destinatário do ato inflinge-se uma conseqüência.

Antonio Carlos Cintra do Amaral, em sua dissertação de mestrado, no prelo na Revista dos Tribunais, assim conceitua a cassação, após classificá-la como uma das modalidades de extinção por um novo ato administrativo.

> "O órgão estatal pode extinguir, ainda, um ato administrativo, na hipótese de o destinatário ter comportamento incompatível com sua permanência.
>
> Essa modalidade de extinção pode ser denominada de cassação e se efetua quer por inadimplemento do destinatário, quer por sua renúncia (equivalendo à renúncia a recusa em aceitar ato que decorra direito para o particular, assim como o não exercício desse direito no prazo estipulado). A cassação opera efeitos "ex nunc". (14)

Entretanto, parece-nos mais útil reservarmos a figura da cassação somente àqueles casos em que o destinatário do ato descumpre as obrigações assumidas.

Por esta razão, dissentimos, apenas em parte, do colega e brilhante professor, preferindo utilizar-nos da figura da caducidade, na hipótese de não-exercício, pelo particular, de direito.

(14) Amaral, Antonio Carlos Cintra do – Extinção do Ato Administrativo, no prelo na Revista dos Tribunais.



Hely Lopes Meirelles, em sua recentíssima edição do Direito de Construir, já antes referida, utiliza a figura da cassação, dando-lhe a conotação de penalidade na hipótese da obra estar sendo construída em desacordo com o projeto aprovado. (15)

A cassação, parece-nos, destarte, como a modalidade jurídica utilizável para os casos de concessão de "autos de conclusão", quando parciais – o vulgarmente denominado "habite-se parcial" – na hipótese da conclusão da obra verificar-se em desacordo com o projeto aprovado.

A figura de extinção da licença mais controvertida é, precisamente, aquela que, concedida validamente, deve ser extinta por ocorrência de fato superveniente que a torne desaconselhável.

Muitos autores não têm hesitado em denominar tal ato de revogação, por se fundamentar em conveniência e oportunidade administrativa.

É bem verdade que esses autores, embora aceitem a figura da revogação da licença, face a interesse público atual, que exija essa revogação, admitem a necessidade da Administração indenizar cabalmente os prejuízos sofridos pelo administrado. (16)

Juan Carlos Cassagne, ao analisar a superveniência de lei, que colocaria o ato supressor da licença entre os de revogação, pois são levados a efeito com o supedâneo de oportunidade, mérito ou conveniência, assevera:

> "Em nosso conceito, apesar de aceitarmos este tipo de revogação, rege-se esta – com relação ao direito indenizatório que gera a favor do particular – pelos mesmos princípios que a extinção por causa de oportunidade; pensamos que nem toda mudança do direito objetivo autoriza a Administração a revogar retroativamente o ato por esta causa, que se limita àquelas situações que, se continuarem presentes, darão lugar a uma invalidade absoluta". (17)

Ademais, em nota de rodapé, conclui o autor que a revogação, por ilegitimidade superveniente, há de se dar em conseqüência da modificação legal revestir-se de caráter de ordem pública.

Entendemos, por inequívoco, que a Administração, ao suprimir uma licença para edificar, deverá sempre indenizar.

(15) Meirelles, Hely Lopes – ob. cit., pág. 180.
(16) Cf. Meirelles, Hely Lopes – ob. cit., pág. 179.
(17) Cassagne, Juan Carlos – ob. cit., págs. 404/405.

Mas a forma como há de se proceder a indenização é que calha à grande controvérsia.

De logo, devemos estabelecer a partir de que momento a licença para edificar integra-se ao patrimônio individual dando-lhe o contorno de direito adquirido.

Entendeu o STF (18) que, **uma vez iniciada a obra,** o direito acha-se incorporado ao patrimônio, passando, destarte, a se constituir em uma limitação a revogação.

Fixando, entretanto, o Código de Edificações o momento em que se há de considerar como iniciada a construção, o impasse encontrar-se-ia solucionado.

Impende verificar, todavia, se, abrigados pelo texto constitucional o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art. 153, § 3º), pode haver relevância jurídica entre o deferimento da licença, à qual se seguiu o início da construção, ou o deferimento sem que a construção haja, ainda, sido iniciada.

Por óbvio se há de entender que, quanto à indenização, iniciada a construção, a oscilação do "quantum debeatur" será cada vez maior na medida em que a obra prossiga. Mas, de fora a parte, a questão do "quantum" indenizatório a ser apurado em prova pericial, não vemos qualquer conseqüência jurídica diversa na hipótese de estar iniciada ou não a obra.

A se entender que, como limite à revogação, encontra-se o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, expedida a licença, incorporou-se esta ao direito de propriedade do indivíduo.

Não se há de afirmar, evidentemente, que a Administração encontra-se por tal arte coartada, que a impossibilita de contrapor o interesse público ao privado.

Por evidente, a resposta há que ser negativa! Pois a própria Constituição dá o remédio jurídico – a possibilidade da expropriação com prévia e justa indenização (art. 153. § 22).

A expropriação pode recair sobre qualquer bem ou direito. (19)

Gostaríamos de citar, a propósito, as conclusões de alguns professores ilustres, em mesas de debates, nos cursos de Especialização em direito Administrativo da PUC – S.P. (20)

(18) R. Extraordinario em Mandado de Segurança nº 238.362, de S.P.

(19) Cf. Bandeira de Mello, Celso Antonio – Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro, in R.D.P., Vol. 23, pág. 21, Cf. também Fagundes, Miguel Seabra – O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, págs. 358/360 – No mesmo sentido Oswaldo A. Bandeira de Mello – Princípios Gerais de Direito Administrativo, Vol. 1, Págs. 566/567 e Andrade, José Robim – Revogação do ato Administrativo, págs. 379/383.

(20) Notas taquigráficas do Curso de Especialização em Direito Administrativo – PUC. S.P.



"O instituto da desapropriação, embora comumente aplicado a bem imóvel, aplica-se também a direitos de ordem não material. (Professor Celso Seixas Bastos)"

"É dado que, entre nós, a desapropriação não se limita aos bens imóveis, mas sim a todo e qualquer bem, e sendo o direito um bem, seria possível que a Administração o desapropriasse, mediante indenização" (Caio Tácito)

E, Celso Antonio Bandeira de Mello, entendendo que o vetor para se proceder à expropriação do direito é o início da obra, assim se pronunciou:

"Se começou a construção, seria absolutamente impossível um ato de cassação; teriam que ser expropriados os direitos da edificação permitida".

Georges Liet-Veaux, referindo-se, expressamente, aos efeitos da licença para construir (permis de construire) afirma, citando o Conselho de Estado francês:

"A permissão de construir confere a seu beneficiário direitos adquiridos".

E mais adiante:

"Um plano de urbanismo aprovado, posteriormente à outorga de uma permissão de construir seria inoponível ao beneficiário da referida permissão". (21)

Expendemos, pois, à guisa de conclusão final, que a Administração pode suprimir uma licença para edificar, se houver interesse público relevante que a isso a impulsione.

Entretanto, o instrumento, quer haja ou não sido iniciada a construção, é a expropriação do direito – não do bem – mediante **prévia e justa indenização.**

## CONCLUSÕES

1. Submetido um projeto a exame pelos órgãos técnicos, o silêncio da Administração, aliado a um ato do particular – a comunicação do início de obras – equivale a uma licença sob condição resolutória (a não aprovação do projeto, no caso de inexistência dos pressupostos fáticos de sua expedição).

2. O "auto de conclusão", quando parcial, não pode subsistir em tendo sido a obra completada de maneira desconforme.

(21) Cf. Liet-Veaux-Le droit de la construction, págs. 93/94.

Terminada a edificação, não há possibilidade da existência de partes regulares da obra e outras irregulares. Irregular estará toda a construção, pois o projeto há de ser entendido em sua completude.

De conseguinte, o denominado "habite-se parcial" deverá ser cassado na infringência do projeto.

3. A cassação é a modalidade jurídica utilizável para a retirada de um alvará, quando houver descumprimento de obrigações assumidas pelo beneficiário.

4. Inexistindo licença para construir, expedindo a Administração um alvará de conservação, por entender possível a regularização da obra, ao anulá-lo posteriormente, não lhe deverá atribuir "ipso facto" os efeitos "ex tunc".

Deverá verificar se é imputável ao particular culpa concorrente com a Administração, ou dolo para obtenção do mesmo.

5. A declaração de caducidade aplica-se quando o administrado, beneficiário de uma licença para construir, não a utiliza dentro do prazo pré-fixado, ou paralisa a obra por tempo superior ao permitido legalmente.

6. A supressão de uma licença para construir, em decorrência de lei superveniente, não deverá ocorrer por um ato de revogação ou de cassação – ainda que seja com indenização – mas sim por meio de um intrumento legal albergado no sistema brasileiro – a expropriação do direito.

JURISPRUDÊNCIA

**SÚMULA Nº 473**

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Mandado de Segurança nº 1.410**

ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO – LICENÇA PARA OBRAS

– "O ato administrativo, que produzir efeitos, não pode ser revogado sem razão plausível".

In R.D.A. Vol. 56, págs. 218 e 219



**Mandado de Segurança nº 1.415**

ATO ADMINISTRATIVO – ANULAÇÃO – LICENÇA PARA OBRAS

– "A anulação de ato administrativo, sem motivo de interesse público, constitui abuso de poder".

In R.D.A. Vol. 56, págs. 219 a 223

**Mandado de Segurança nº 1.472**

ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO – CÓDIGO DE MINAS – PESQUISA E LAVRA.

– "Os atos administrativos são revogáveis quando eivados de ilegalidade ou erro de fato.

A Concessão de lavra pressupõe a pesquisa realmente efetuada".

In R.D.A. nº 37, págs. 274 a 284.

**Mandado de Segurança nº 1.663**

ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO

– "Cabe ao Poder Executivo a faculdade de retificar ou anular os atos ilegais.

Não há direito adquirido contra a lei".
In R.D.A., Vol. 38, págs. 259 e 260.

**Mandado de Segurança nº 4.609**

ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO

– "O ato administrativo, que gerou direito subjetivo, não pode ser revogado, salvo quando praticado contra a lei".

In R.D.A., Vol. 53, págs. 166 a 171.

**Recurso de Mandado de Segurança nº 1.944**

FUNCIONARIO PÚBLICO – APOSENTADORIA – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO.

– "É facultado à Administração anular os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei".

In R.D.A., Vol. 48, págs. 130 a 132.

**Recurso de Mandado de Segurança nº 2.497**

ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO – ESTADO DE DIREITO

– "A Administração pode revogar os próprios atos quando eivados de nulidade absoluta ou relativa".

In R.D.A., Vol. 42, págs. 230 a 240.

**Recurso de Mandado de Segurança nº 3.791**

ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO

– "O ato administrativo praticado com inobservância de expressa disposição de lei é passível de revogação, por iniciativa do próprio Poder Executivo que, induzido em erro, o praticou".

In R.D.A., Vol. 51, págs. 277 a 281.

**Recurso de Mandado de Segurança nº 4.404**

FUNCIONÁRIO PÚBLICO – APOSENTADORIA – ATO ADMINISTRATIVO – ANULAÇÃO.

– "Aposentadoria pode ser anulada quando concedida contra a lei vigente ao tempo de sua concessão".
In R.D.A., Vol. 62, págs. 109 e 110.

**Recurso Extraordinário nº 38.535**
ATO ADMINISTRATIVO – ILEGALIDADE – ANULAÇÃO
– "A Administração pública pode anular seus próprios atos contrários à lei. Atos ilegais não podem gerar direitos subjetivos."
In R.D.A., Vol. 58, págs. 59 a 61.

**Recurso Extraordinário nº 81.272**
ATO ADMINISTRATIVO – ALVARÁ PARA CONSTRUÇÃO – PLANTA APROVADA – CASSAÇÃO DEPOIS DE INICIADAS AS OBRAS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO NÃO CONHECIDO.
– "Se a Prefeitura aprovou planta de construção, inadvertidamente, é vedado cassá-la pura e simplesmente, depois de iniciadas as obras, frustrando uma programação de negócios já realizada."
In R.D.P., Vol. 38/38, págs. 199 a 203.



**Recurso Extraordinário nº 85.002**
LICENÇA PARA CONSTRUIR – REVOGAÇÃO
– "Licença de construção. Revogação. Fere o direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atinge apenas a 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, entretanto, em tais hipóteses, inequívoco direito adquirido, nos termos da súmula 473. Recurso extraordinário conhecido e provido".

## TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

**Apelação Cível nº 7.769**
ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO – PERDAS E DANOS
– "Outorgado, por erro, um alvará para reforma de prédio, pode a Administração revogá-lo, sujeitando-se ao pagamento da indenização dos prejuízos".
In R.D.A., Vol. 41, págs. 241 a 243.

**Apelação Cível nº 20.314**
ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO
– "O ato administrativo, eivado de nulidade, pode e deve ser anulado pela própria administração."
In R.D.A., Vol. 53, págs. 175 a 176.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Apelação Cível nº 3.908**
LICENÇA NULA – PODE SER CASSADA PELA ADMINISTRAÇÃO
– "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" (verbete 346 da Súmula). A Administração pode anular seu próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (verbete 473 da Súmula).

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE FLORIANÓPOLIS

**Apelação Cível nº 10.458**
AÇÃO COMINATÓRIA – DEMOLIÇÃO DA OBRA – EXERCÍCIO PELA PREFEITURA DO PODER DE POLÍCIA DAS CONSTRUÇÕES – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO – CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.
– "Se houve omissão ou erro na concessão da licença, eis que não resultou determinada explícita ou implicitamente a demolição das paredes que já

teriam sido construídas em desacordo com as normas legais, não pode a Prefeitura pretender a demolição quando a obra já estava concluida, eis que não exerceu, em tempo, o poder de polícia que lhe é inerente."

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS**

**Apelação Cível nº 13.635**
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – CADUCIDADE – PRESCRIÇÃO – RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA – ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO.
– "A reclamação administrativa suspende a prescrição.
Os atos administrativos podem ser revogados, quando praticados com infração legal."
In R.D.A., Vol. 56, págs. 234 a 236.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

**Agravo da Petição nº 15.852**
ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO – QUANDO A PROVIDÊNCIA É INADMISSÍVEL, EM FACE DE EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DE TERCEIROS.
– "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
A existência de direito adquirido que impede a revogação do ato administrativo só se entende quando isto tenha ocorrido de modo idôneo a produzir efeito, pois se tais atos apresentam-se eivados de nulidade, desde o seu começo, não lhes assiste nenhuma autoridade legal."
In R.D.P., Vol. 29, págs. 171 à 174.

**Agravo de Petição nº 66.179**
ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO – ANULAÇÃO – APROVAÇÃO DE PLANTAS DE LOTEAMENTO
– "É admissível a revogabilidade do ato administrativo quando maculado de vício que lhe atinja os elementos intrínsecos ou extrínsecos".
In R.D.A. Vol, 41, págs, 239 a 241.

**Mandado de Segurança nº 74.498**
ATO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO
– "Em se tratando de ato regrado, gerado de direito subjetivo, em favor do impetrante, não pode ser revogado pela Administração."
In R.D.A., Vol. 49, págs. 202 a 213.



BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato
– Principi di Diritto Amministrativo, Vol. I, Milano, 1.971.
– La Revoca Degli Atti Amministrativi, Milano, 1.956.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do – Extinção do Ato Administrativo, Dissertação de Mestrado, PUC, São Paulo. No prelo, na Revista dos Tribunais.

ANDRADE, José Robim de – O Acto Administrativo, Vol. I, Rio, Forense, 1.969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – O Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade, São Paulo, R.T., 1.978.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha – Princípios de Direito Administrativo, Vol. 1, Forense, 1.969.

BÉNOIT, Francis-Paul – Le Droit Administratif Français, Paris, Dalloz, 1.968.

BODDA, Pietro – Studi Sull'atto Amministrativo, Torino, G. Viappichielli, 1.973.

CAPANO, Renato Perrone – La retroattivita Degli Atti Amministrativi, 2ª Edição, Napoli, Dott, Eugenio Jovene, 1.963.

CARIAS, Allan-Randolph-Brewer – Las instituciones del derecho administrativo y la jurisprudencia venezuelana, Caracas, Publicaciones de la Faculdade de Derecho, 1.964.

CASSAGNE, Juan Carlos – El Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1.974.

CRETELLA JUNIOR, José – Direito Municipal, Edição Universitária de Direito, 1.975.

CASSIN, R. M., WALINE et AUTRES – Les grands arrêts du droit de l'urbanisme, Paris, Serey, 1.974.

DIEZ, Manuel Maria – El Acto Administrativo, Buenos Aires, 1.961.

DIEZ, Manuel Maria y Outros – Acto y Procedimento Administrativo – Buenos Aires, Edição Plus Ultra, 1.975.

DROMI, José Roberto, Acto Administrativo, Ejución Suspensión y Recursos, Buenos Aires, Machi, 1.973.

FAGUNDES, Miguel Seabra – O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Rio Forense, 1.967.

FIORINI, Bartolomé – Teoria Del Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1.976.

GIANINNI, Massim Severo – Diritto Amministrativo, Vol. 1, Milano, Giuffré, 1.970.

GORDILLO, Agustín – El Acto Administrativo – 2ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

JUAREZ, Hugo H. Olguín – Extinción de los Actos Administrativos, Revocación, Invalidación e Decaimiento, Chile, Juridica do Chile.

KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito, Coimbra, Armênio Amado, 1962.

LASO, Sayagués – Tratado de Derecho Administrativo, 1.964.

LIET-VEAUX, Georges – Le Droit de la Construction, 4 eme Edition, Paris, Librairies Técniques, 1.976.

MEIRELLES, Hely Lopes
- Direito Municipal Brasileiro – São Paulo, 3ª Edição refundida, R.T. 1.977.
- Direito de Construir, São Paulo, R.T., 3ª Edição refundida, 1.978.
- Direito Administrativo, São Paulo, R.T., 3ª Edição refundida, 1.977.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de – O Ato Administrativo, S.P., R.T., Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, 1.978.

ORTIZ Y ORTIZ, Eduardo – Los privilégios de La Administracion Pública, Separata da Revista Ciencias Jurídicas, Costa Rica, 1.974.

PEREIRA, André Gonçalves – Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo, Lisboa, Edições Atica, 1.962.

SANDULLI, Aldo M. – Manuale Di Diritto Amministrativo, Napoles, Dott. Eugenio Jovene, 1.973.

STASSINOPOULOS, Michel – Traité des Actes Administratives, Atenas, Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1.973.

VIRGA, Pietro – Il Provvedimento Amministrativo, Milano, Giuffré, 1.972.





BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – Apontamentos sobre a desapropriação do direito brasileiro, S.P., R.T., R.D.P., Vol. 23, págs. 18/31.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha – Zoneamento Urbano, R.D.P., Vol. 14, págs. 67/76.

CARLINI, Haydée Antunes – Invalidade dos Atos Administrativos, RDP, Vol. 34, págs. 24/33.

COTRIM NETO, A.B. – Estabilidade de Ato Administrativo Concessivo de Licença para Obras, São Paulo, R.T., R.D.P., Vol. 32, págs. 43/51.

FAGUNDES, Miguel Seabra – Revogação de Licença para Construção – Direito a Indenização, São Paulo, R.T., R.D.P., Vol. 16, págs. 99/103.

FIGUEIREDO, Lucia Valle – Panorama da Extinção dos Atos Administrativos, R.D.P., Vol. 37/38, págs. 134/143.

LAFAYETTE, Pondé – Alvará de Licença para Construção – Lei Nova – Aplicabilidade, S.P., R.T., R.D.P., Vol. 34, págs. 35/38.

MEIRA, Reilda – Conceito e elementos do Ato Administrativo, R.D.P., Vol. 30, págs. 42 à 49.

NOVELLI, Flavio Bawer – A eficácia do Ato Administrativo, in R.D.A, Vol. 60, pág.

TACITO, Caio – Licença de Construção – Natureza Jurídica – Efeitos em Relação à Administração e a Terceiros – Eficácia do Registro dos Memoriais de Incorporação – Ato Administrativo – Revogação – S.P. – Fundação Getúlio Vargas – R.D.A., Vol. 114, págs. 465/515.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro – As expectativas de direito, – A tutela jurídica e o Regime Estatutário, São Paulo, R.T., R.D.P. – Vol. 13, págs. 156/160.

# REQUERIMENTO DE FALÊNCIA PELA FAZENDA PÚBLICA

RÉJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Dentre os procedimentos concernentes às ações de decretação de abertura de falência, se aterá o presente estudo ao que se rege pelos artigos 1º e 11 do Decreto Lei nº 7.661.

Trata-se da ação proposta pelo credor de dívida certa e líquida, cujo título legitime ação executiva.

## SISTEMA DE IMPONTUALIDADE. CARACTERIZAÇÃO DA INSOLVÊNCIA.

O princípio determinante da configuração do estado de insolvência do devedor que propicia a declaração judicial de quebra com fundamento no art. 1º é, segundo a Lei de Falências, o da impontualidade. Abandonou, portanto, o legislador o antigo critério da insolvência, que era a tradicional cessação de pagamentos.

O credor, sob o fundamento da impontualidade do devedor, ou seja , da falta de pagamento de obrigação líquida e certa no vencimento, sem relevante razão de direito, poderá requerer declaração de falência. Sobre o critério da impontualidade adotado pela Lei brasileira, observa WALDEMAR FERREIRA (Tratado de Direito Comercial, v. 14, p. 63, Ed. Saraiva, São Paulo, 1965):

> **"A impontualidade, por si só, a menos que justificada por fundamentos relevantes de direito, veio a ser, e é melhor dizê-lo por palavras de J. X. Carvalho de Mendonça o sinal ostensivo, mais perfeito, da impossibilidade de pagar, e, conseqüentemente, do estado de falência. O legislador não exige provas mais completas para definir este estado".**

A impontualidade é o melhor dos critérios no ver do comercialista, sobretudo porque tem assento, como característico da falência, em ato público, solene e formal: o protesto por falta de pagamento de dívida líquida e certa:

> **"Não pagar no dia do vencimento ainda não é falir ou quebrar. O que externa, insofismavelmente, a falência é o protesto. Título protestado patenteia a falência do comerciante devedor". (P. 65, obra citada).**

## CARACTERIZAÇÃO DA IMPONTUALIDADE PELO PROTESTO POR FALTA DE PAGAMENTO

Eis o comentário de J. X. Carvalho de Mendonça (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, pág. 311, v.7, 3ª Ed, 1937)

> **"O fato material do vencimento da dívida, sem pagamento, não basta para autorizar o requerimento da falência do devedor, sujeitando-o ao regime severo dessa execução extraordinária.**
>
> **A lei não o considerou, por si só, prova irrefragável da impontualidade, que podia provir da simples negligência ou da mora do credor ou de inadvertência do próprio devedor; tornou o exercício daquele direito dependente de um ato preliminar extrajudicial e solene: o protesto, a intimação pelo oficial público ao devedor para pagar a dívida vencida, ou dar as razões da recusa do pagamento".**

Em razão da clareza da lei, os protestos para fim de falência não são supriveis por quaisquer outros meios, tais como interpelações judiciais, declaração extrajudicial de não pagamento, o ajuizamento de demanda, etc.

> **"Evidentemente, não basta a notificação ou a interpelação judicial, cujo respectivo ato judicial integrativo não tem o mesmo efeito soberano de uma sentença condenatória.**
>
> **Também e simples demanda posta em juízo, como chamou Carvalho de Mendonça, não pode ensejar o requerimento de falência". (Roberto Barcellos de Magalhães, Prática do Processo Falencial, v. I, p. 26/27)**

## A INEVITABILIDADE DO PROTESTO PARA FUNDAMENTAR PEDIDO DE FALÊNCIA PELO ARTIGO 1º. TITULOS QUE LEGITIMAM AÇÃO DE EXECUÇÃO.

Aptos à caracterização da falência e passíveis de protesto, nos termos do artigo 1º, são os títulos executivos ou que legitimem ação de execução, o que obriga a remissão imediata ao artigo 585 VI do C. P. C.

Segundo J. Netto Armando (Parecer publ. na Rev. dos Tribunais, p. 49, maio de 1973) "título" na acepção da Lei Falimentar não são apenas os conhecidos instrumentos de crédito (notas promissórias, cheques, etc;) título, continua o parecerista (citando palavras de Carvalho Netto) "aqui quer significar numa ampla compreensao **todo o instrumento público ou particular, formal ou informal, que represente uma dívida,** que traduza clara e certamente um débito do comerciante sem necessidade de qualquer prova suplementar; é a roupagem jurídica que toma a obrigação".



Se o intuito for requerimento de quebra, estão sujeitos a protesto todos os títulos acima mencionados. Ao comum, os primeiros; ao protesto especial, os demais.

A distinção entre um e outro tipo de protesto se opera em razão da eficácia dele derivada, bem como do modo de sua concretização prática.

## PROTESTO COMUM

Os títulos de crédito propriamente ditos (tais como cheques, duplicatas, notas promissórias, etc.) estão subordinados exclusivamente ao regime do protesto comum que lhes autorizam leis especiais.

No caso de uma letra de câmbio, de uma nota promissória, de uma duplicata. exemplifica Trajano Miranda Valverde, o portador não precisa dizer ao Oficial do Cartório competente qual o seu objetivo ao protestá-los:

> **"O protesto é tirado na conformidade dos preceitos que regulam o título e sua vinculação servirá para** instrumentar o pedido de falência do devedor". **(Com. A lei de Falência, p. 199, 3ª Ed. 1962)**

Com a precisão conceitual que lhe é característica, e a propósito das letras de câmbio, acentua Pontes de Miranda **(Tratado de Direito Privado,** vol. XXXV, p. 65, Ed. Borsoi) a dupla finalidade do protesto comum: além de documentar a impontualidade do devedor no intuito da falência, tem caráter eminentemente probatório, sendo ato indispensável ao exercício do direito de regresso contra os coobrigados no título:

> "Ato formal, o protesto é essencialmente probatório. Fora do título, não se lhe atribui constituição de direito, nem por ele alguma das pessoas presentes dispõe. O seu papel único é documentar o exercício do direito constante do título".

Em relação aos títulos cambiários, portanto, o protesto tem eficácia probatória e constitui-se pressuposto para a ação de regresso. Além de simples ato formal de prova do exercício do direito cambiário, e no interesse de sua conservação, o protesto (comum) tem, como já se sublinhou antes, outra função para os títulos de crédito em foco. É documento pelo qual se revela ao credor

> "a insolvência por parte do devedor, o que muito importa para o pedido de abertura de concursos de credores, civil, falencial, ou administrativo". (Pontes de Miranda, obra citada, p. 67)

## ARTIGO 10 DA LEI 7.661. PROTESTO ESPECIAL

O artigo 10 da Lei de Falências prevê um livro especial onde se procederá o registro de protestos de todos "os títulos não sujeitos a protesto obrigatório" que deverão ser protestados "para o fim da presente lei".

A linguagem do dispositivo é clara: protesto especial falimentar não se destina aos títulos cujas leis de regência o prevêem, como ocorre com os cambiários ou cambiariformes. A previsão do artigo 10 abrange somente os demais instrumentos obrigacionais, inclusive contratos, estendendo-se a qualquer documentq que represente uma dívida, traduzindo "clara e certamente um débito do comerciante sem necessidade de qualquer prova suplementar" para utilizar a expressão do parecerista já mencionado.

Vêem-se, portanto, bem discriminados, de um lado, o protesto cambiário, impropriamente chamado obrigatório, instituído por estatutos especiais e, de outro, o protesto falimentar expresso no artigo 10 citado.

Dentro do contexto falimentar ambos são, essencialmente, **pressupostos necessários a exercício processual do direito,** e têm, no ver de Carvalho de Mendonça, tríplice finalidade:

1. provar que o devedor deixou de pagar no vencimento obrigação líquida e certa;
2. indicar relevantes razões de direito que porventura justifiquem a recusa do devedor;
3. demonstrar que o credor se apresentou para tornar possível com a sua atividade o cumprimento da obrigação por parte do devedor, por outra, para excluir a **mora credendi.** (op. cit. p. 312/313, v. VII)

É evidente, e o acentua o comercialista, que o protesto não pode determinar de pleno direito a falência do devedor. Mas é preâmbulo necessário e indispensável para que seja declarada por sentença, após a apreciação da "**força jurídica** desse protesto e a improcedência das razões alegadas pelo devedor em sua defesa". (p. 313)

Em síntese: somente prova-se a impontualidade "mediante o protesto da obrigação, interposta perante o oficial público desse serviço encarregado. Esse protesto é o intróito à execução coletiva, não podendo falência alguma ser requerida, sob aquele fundamento, sem que seja exibida a certidão probatória de sua interposição. (P. 311)

Como bem explica Pontes de Miranda (Com. ao C.P.C., Tomo XII, p. 326, Ed. Forense), o **protesto, no caso, configura comunicação de vontade de exercer a pretensão à execução em concurso falencial:**



"O protesto preparatório da falência é notarial, apenas qualifica a interpelação do devedor; **é a interpelação mais protesto**, isto é, **comunicação de vontade de exercer a pretensão à execução em concurso falencial".**

Finalmente, vale mencionar aqui a referência de J. Netto Armando (parecer citado, pág. 49 e sts.) a respeito do protesto especial falimentar:

"É protesto instituído pela Lei no peculiar intuito da Falência (Lacerda, A Falência no Direito Brasileiro, 1931, pág. 156, nº 209) e, à semelhança do protesto comum cambial, abre para o devedor as portas da falência, exatamente para documentar a sua impontualidade de maneira que, como ocorre com o comum, tem ele dois caracteres específicos: o verificativo da impontualidade e o cominatório da falência (Lacerda, ob. cit., 154, 205)".

## A INICIATIVA DA FAZENDA PÚBLICA CREDORA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

Dívida ativa é expressão que designa "dívida cobrável" e não somente dívida lançada ou existente. O crédito tributário que pré-existe à judicialização da cobrança adquire executoriedade quando da regular inscrição da dívida nos livros da repartição competente. A certidão daí resultante enseja ação executiva, pois configura título executivo extrajudicial, mencionado no art. 585, inciso VI do C.P.C.

A inscrição da dívida ativa representa ato relevante que irá desencadear o processo de execução do direito subjetivo de crédito em que o tributo devido ao fisco tem sua expressão.

De resto, a certidão da dívida ativa tributária representa obrigação líquida – certa quanto à existência a determinada quanto ao seu objeto (art. 1533 do C.C.) – em razão do art. 204 do C.T.N., que atribui presunção de liquidez e certeza.

O título que documenta o crédito tributário preenche, portanto, todos os requisitos do art. 1º da Lei de Quebra e configura instrumento adequado da Fazenda Pública para o requerimento da falência de seu devedor comerciante.

## A FAZENDA PÚBLICA POSSUI LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL PARA REQUERER QUEBRA DE SEU CONTRIBUINTE, COMERCIANTE INDIVIDUAL OU SOCIEDADE MERCANTIL

Inobstante as razões esgrimidas pelos que negam legitimidade à Fazenda Pública para requerer falência de comerciante, repelidas com brilho e energia por FABIO KONDER COMPARATO (R.T., v. 442, agosto/1972), os Tribunais do país e a maioria dos comercialistas brasileiros que estudaram o problema se inclinam a admitir essa legitimidade.

Duas bem cunhadas decisões, a primeira do Tribunal de Alçada de São Paulo e a segunda proferida pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, analisam em profundidade o tema.

Além do parecer de COMPARATO, estudos de J. Netto Armando (obra citada), Trajano de Miranda Valverde (Com. de Lei de Falência, 3ª Ed., v. I/103, nº 67, e 2ª Ed., v. I/105, nº 67), Walter T. Alvares (Direito Falimentar, v. I, 1ª Edição); Silva Pacheco (Tratado das Execuções-Falência e Concordata, v. 5, tomo I, 1960) concluem que as objeçoes feitas à legitimidade do crédito fazendário para autorizar quebra são irrelevantes.

Tais objeções têm apoio, fundamentalmente, em duas ordens de raciocínio:

a) ao ajuizar falência para cobrança de seu crédito, a Fazenda perde dois privilégios: os creditórios (direito de preferência) e os processuais;

b) a renuncia dos privilégios está ligada à outorga legislativa antecipada.

## PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS. INCOLUMIDADE CONCURSUAL

À incolumidade a concurso de que goza a divida ativa decorre do art. 187 do CTN, que é norma de direito processual e não de direito substancial. Diz o Prof. Fábio Konder Comparato, em parecer publicado na Revista dos Tribunais, ano 1961, vol. 442, pág. 48/54, que

> "ela (a norma) diz respeito ao modo de exercício de uma pretensão em Juizo, e não à qualidade do direito de credito cuja existência se alega na ação"

Já o privilégio creditório (art. 186 CTN) é privilégio enquanto prelação, só se manifesta relativamente a outros créditos, não tem valor em si como direito absoluto.

> "Mas o concurso material de privilégios ou preferências não se confunde com o concurso formal de ações (judiciais) ou pretensões (extrajudiciais).

A incolumidade concursual que tem o crédito fazendário no sistema falimentar brasileiro não significa que, para melhor exercício de seus poderes, não possa o Estado preterir via executiva própria e ajuizar pedido de quebra. O legislador, acentua COMPARATO, ao criar este privilégio, não pretendeu "cortar as suas possibilidades de cobrança judicial, mas ampliá-las".

## A RENÚNCIA DO PRIVILÉGIO CREDITÓRIO. ARTIGO 9º, III, "b" DA LEI DE FALÊNCIAS

A idéia de que o requerimento de falência está condicionado à perda do privilégio creditório parte de errônea interpretação do art. 9º, III. "b" da Lei nº 7.661.



Não há dúvida de que são inidentificáveis o privilégio real de que fala o dispositivo citado com meros privilégios pessoais, com os quais conta a Fazenda em relação aos demais credores.

> "Art. 9º – .....
> III – poderá requerer falência o devedor:
>
> .....
>
> b) o credor **com garantia real se a renunciar** ou querendo mantê-la, se provar que os bens não chegam para a solução do seu débito".

O dispositivo fala expressamente **em credor com garantia real.** Este, sim, ao requerer falência precisa renunciar à garantia, ou provar insuficiência dos bens do devedor. Não abrange a Lei credores com privilégios pessoais, como é o caso da Fazenda Pública.

## DISTINÇÃO ENTRE PRIVILÉGIO CREDITÓRIO E DIREITO REAL DE GARANTIA

A confusão existia em nosso direito falimentar até a vigente Lei de Falências. Ou, mais precisamente, instalou-se na vigência da anterior Lei nº 2.024, de 1908 que dispunha:

> "O credor privilegiado, inclusive o hipotecário, somente poderá requerer falência do devedor declarando renunciar ao privilégio...".

A Lei atual, ao referir-se exclusivamente a credores com garantia real (art. 9º citado), desfez a confusão.

De resto, importando a regra falimentar em restrição de direito, é certo que não admite interpretação analógica ou extensiva.

Esclarece COMPARATO que o sentido e o alcance dos termos técnicos "privilégio" e "garantia real" não se encontram na Lei de Falências mas no nosso direito comum (Código Civil).

Os direitos reais de garantia, subespécie do gênero "direitos reais sobre coisa alheia", compreendem o penhor, a hipoteca e a anticrese. Estão situados em capítulo à parte dos privilégios, incluídos sob o título "Do Direito de Obrigações".

Institutos distintos, portanto. Os primeiros apresentam características essenciais dos direitos reais: poder direto sobre o bem determinado, caráter absoluto e conseqüente seqüela do bem em poder de quem quer que se encontre.

O privilégio não é "propriamente um direito, mas uma qualidade que adjetiva o direito pessoal de crédito e consiste na preferência de pagamento em confronto com outros créditos. A existência do privilégio não altera a natureza pessoal do crédito e, por consequinte, só se manifesta em relação a outros créditos, não comporta incidência direta e absoluta sobre os bens do devedor, mesmo em se tratando de privilégio especial, o que significa que não dá seqüela". (Parecer – FÁBIO COMPARATO, obra citada, pág. 53/55).

A preferência que existe no direito real de garantia não é tônica fundamental de sua natureza, pois ele subsiste e pode realizar-se perfeitamente sem concurso de credores, dentro ou fora de processo judicial.

O privilégio do crédito tributário somente tem existência na execução coletiva do patrimônio do devedor, na medida em que atribui preferência ao direito do credor. Em síntese, como acentua Pontes de Miranda, mencionado no parecer de Comparato,

> **"o Direito real existe por si e irradia efeitos; o privilégio é efeito do direito quando se abre o concurso de credores".** (idem, ibidem, pág. 148)

Desta seqüência de raciocínios conclui-se:

a) A preferência estabelecida no art. 186 do Código Tributário Nacional constitui um privilégio e não uma garantia real.

b) No estado atual do Direito Positivo Brasileiro não mais é possível confundir os dois conceitos: **privilégio** é simples prioridade de um direito pessoal; direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese) pertencem ao gênero direitos reais sobre coisa alheia enumerados no artigo 674 do Código Civil.

c) A vigorante Lei de Falências usa a expressão **credor com garantia real** (art. 9º, III, "b"), não fazendo restrição ao pedido de falência pelos demais credores privilegiados entre os quais está a Fazenda Pública.

d) O art. 9º, III, "b" tem interpretação restritiva; o legislador particularizou a natureza do direito a que se quis referir, e afastou expressamente a hipótese de inclusão, nesta categoria, dos privilégios pessoais.

## LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA

Três inteligentes argumentos no sentido de provar o interesse de agir da Fazenda Pública, inobstante a incolumidade concursual de que goza, foram colocados com felicidade pelo parecerista paulista:

a) A ineficiência do executivo fiscal:



> "2. A realidade dos fatos veio, porém, demonstrar que essa incolumidade da Fazenda Pública ao processo concursual, mesmo ligada a uma preferência creditória de primeiro grau, longe de constituir a garantia absoluta que se imaginara, acabava por vezes apresentando inesperado e singular enfraquecimento do crédito fazendário, desde que interpretada como obstáculo jurídico à abertura da falência, do comerciante insolvente com base nesse crédito.
>
> Verificou-se, assim, que o sucesso prático do executivo fiscal via-se freqüentemente comprometido pela inexistência ou insuficiência de bens penhoráveis no patrimônio do devedor, seja pelo pagamento de outras obrigações já vencidas, seja pelo efeito de anteriores execuções por parte de outros credores, já encerradas quando da constituição do crédito tributário".

b) O extremo rigor da tutela jurídica quanto às pretensões dos credores em relação ao devedor comum. A sentença de quebra, no que se refere à execução patrimonial, acarreta o penhoramento em bloco de todos os bens do devedor; a perda do direito imediato de administração e de disposição dos mesmos bens (art. 40, Lei nº 7.661).

c) O pedido de quebra significa ação posta em juízo: ação de falência.

Ocorrendo a situação prevista no art. 1º da Lei nº 7.661, ou seja, a impontualidade representada pelo não-pagamento no vencimento de obrigação líquida constante de título, do qual decorre a ação de execução, abre-se para o credor dupla via judicial: a execução singular ou pedido de abertura de execução coletiva, ações que, seguramente, apresentam identidade na causa de pedir. De resto, o procedimento, adotado na ação de falência, por impontualidade, prevê ao réu a possibilidade de elidir a presunção de insolvência decorrente do protesto "pelo depósito, no prazo da defesa, da quantia, correspondente ao crédito reclamado" (art. 11, § 2º).

Neste caso, a ação de cobrança – pois não se pode esquecer que a ação de falência com base na impontualidade é também uma forma judicial de cobrança de dívidas – assumirá a forma de execução singular.

Assim colocada a questão, é fácil compreender que a incolumidade concursual não afasta o interesse processual da Fazenda Pública, assim entendido como condição do direito de ação, ou seja, de pedir a tutela jurisdicional para resguardo do seu direito material.

## A QUALIDADE DO CRÉDITO FAZENDÁRIO: O PRIVILÉGIO CREDITÓRIO NÃO IMPEDE LEGALMENTE O REQUERIMENTO DE FALÊNCIA

Nenhum princípio, no Direito Positivo brasileiro, como já se demonstrou anteriormente, obriga a Fazenda Pública a renunciar seu privilégio creditório,

porque este é inconfundível com direito real de garantia, classificedo no inciso III do art. 9º da Lei de Falência. Já se demonstrou que o privilégio em nada afeta a natureza pessoal do crédito, apenas lhe atribui uma preferência de pagamento na hierarquia dos demais créditos. Assim sendo, não falta à Fazenda do Estado interesse de agir, que, na hipótese, resulta exclusivamente do sistema da lei.

## INSTITUTO DA FALÊNCIA. MEIO E FINS

A intervenção do Estado ao requerer falência – dentro de uma moderna concepção de atuação judicial do Estado – é necessaria à própria saúde do sistema econômico. A falência como instituto jurídico não mais significa punição para o comerciante inepto ou de má sorte. E preciso que se compreenda a potencialidade de danos que podem ser causados e que não apenas se resumem em prejuízo a direitos individuais concretos, mas em prejuízos sociais, que a longo prazo surgirão com a desproteção de credores e assalariados agravando, assim, os ônus econômicos de coletividade. A eliminação das empresas economicamente condenadas baseia-se no princípio do "saneamento da atividade empresarial" que, no ver de RUBENS REQUIÃO, em trabalho publicado na Revista de Direito Mercantil, ano 13, série 74, constitui a "verdadeira finalidade do instituto da falência".

A empresa inviável irradia ao sistema econômico perturbações, abalo à instituição do crédito e desequilíbrio. Assim deve-se rejeitar a filosofia que visa a manter sempre, a qualquer preço, o interesse pessoal do devedor de continuar o seu négócio, o que constituiria, ao mesmo tempo, um privilégio, uma liberalidade e uma discriminação, que não devem prevalecer contra o interesse geral.



# PARECERES

# REVISÃO DE PROVENTOS

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
Professor Titular do Departamento de Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica
Professor Assistente do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## PARECER Nº 3.353

REVISÃO DE PROVENTOS.
Neurose é "alienação mental" para efeito de assegurar proventos integrais na aposentadoria de que seja causa, quando determine a incapacitação do inativado para o serviço público em geral.

L.L.C., Professora do Ensino Médio II, estável, aposentada em dois cargos, respectivamente padrão M-4-5 e M-4-6, com proventos proporcionais, requer revisão dos atos de inativação, publicados no Boletim nº 803, da Secretaria da Administração, constante do Diário Oficial do Estado, de 2 de abril de 1974, por entender que as circunstâncias de fato determinantes da jubilação lhe dão direito a proventos integrais.

A inativação da requerente se deu com fundamento no art. 109, III, "a" combinado com o art. 112, § 1º, ambos da Lei RS nº 2.338/54, que, à época da aposentação, regulava o estatuto do magistério público estadual, conjugados com o que dispõem os arts. 101, I e 102 II, da Emenda Constitucional nº 1/69, e teve, como referência aos pressupostos integrantes dos dispositivos legais citados, o Laudo 00829/74, expedido pelo Departamento de Perícia Médica da Secretaria da Saúde, cuja conclusão foi no sentido da **aposentadoria definitiva por invalidez para o serviço público em geral,** em decorrência do diagnóstico 300.4, correspondente, na tabela de conversões adotada pela sobredita repartição estadual, **a neurose depressiva.**

2. A Constituição Estadual de 1970, ao regular a matéria referente à aposentadoria, prevê a jubilação por **invalidez** (art. 103, I), bem como assegura serem **integrais os proventos** do inativo quando se tratar de funcionário que se invalidar por acidente de serviço, por moléstia profissional ou **doença grave,** contagiosa ou incurável, **especificada em lei** (art. 104, "B").

O antigo estatuto do magistério público estadual (Lei RS nº 2.338/54), quando regula a aposentadoria por invalidez (art. 109, III), enumera, entre outras hipóteses, a do item "a" – **"quando verificada sua invalidez (do professor)** para o magistério";

(grifou-se e intercalou-se) – e a do item "c" – **"quando (estiver o profassor) atacado de tuberculose,** alienação mental, **neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia de locomoção, cardiopatias incuráveis ou incompatíveis com o trabalho";** (grifou-se a intercalou-se).

Os atos de inativação da requerente, como se disse, fundamentam-se no primeiro dos dispositivos transcritos, enquanto o laudo, como também se disse, não só identificava a disfunção de que se constatou portadora a mesma requerente – naurose depressiva – como também a declarou **inválida para o serviço público em geral,** ao mesmo tempo em que, numa curiosa exorbitância, declarava exprassamente o **enquadramento legal** do caso.

Observe-se, de início, que laudo médico não é documento competente – e a incompetência aqui é antes de mais nada técnica – para proceder a enquadramantos legais. De outra parte, já a lei sob cuja égide se inativou a requerente (Lei RS nº 2.338/54) dispunha sobre o conteúdo do laudo, que **"deverá mencionar a natureza e a sede da doença ou lesão, declarando se o professor se encontra inválido para o exercício do cargo do magistério".** (art. 109, § 2º)

Na mesma linha, o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, aplicável por disposição expressa da própria Lai RS nº 2.338/54 nos casos que não se encontrarem nela ragulados (art. 193) repete com a amplitude própria do seu caráter da **norma geral** que o laudo "deverá mencionar a natureza e a sede da doença ou lesão, declarando se o funcionário se encontra **inválido para o exercício da função ou para o serviço público em geral".** (Lei nº 1.751/52, art. 177, § 2º – grifou-se).

A **incompetência** acima referida é, pelo que se vê, **também legal** para proceder a enquadramento dos fatos, no caso as disfunções constatadas no exame médico, nas hipóteses legais.

É de se ler, portanto, no laudo, somente o que lhe compete dizer e oue, no caso da requerente, disse tratar-se de neurose depressiva **("a natureza e a sede da doença ou lesão")** de sorte a incapacitar o funcionário não só para o magistério, como poderia ter dito, **mas para o serviço público em geral,** como disse.

A partir do laudo médico, lido no que lhe compete dizer, cumpre procurar-lhe correspondência com o pressuposto legal que melhor se adapte às circunstâncias fáticas que esse documento revela, para daí extrair os efeitos adequados.

Aqui cessa o concurso da ciência médica e inicia o da ciência jurídica. O laudo é atividade médica; o enquadramento legal é atividade jurídica. Já o disse com precisão o extinto Conselho do Serviço Público no Parecer 6.983/67; na palavra de ALMIRO DO COUTO E SILVA.



3. Sobre a matéria exista um pronunciamento da Casa Civil do Gabineta do Governador do Estado, expresso no Parecer nº 15/74 da Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos e de autoria da Assessora Jurídica ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY, reafirmando orientação já expressa anteriormente no Parecer nº 7.421/68 do extinto Conselho do Serviço Público e segundo o qual a **"alienação mental** a que alude o inciso IV do art. 177 do Estatuto (correspondenta ao que alude o item "c", do inciso III, do art. 109, da Lei RS nº 2.338/54). diz respeito a **qualquer enfermidade ou perturbação mental ou psiquica que venha a determinar a aposentação do funcionário por incapacidade** total e permanente para o exercício da função pública em geral", não se podendo cogitar de outra interpretação, ainda segundo o mesmo Parecer nº 7.421/68 do extinto Conselho do Serviço Público; "sob pena de dar-se à **disposição legal sentido diversificado que ela não contém",** com grave dano para a boa distribuição da justiça administrativa (grifou-se e intarcalou-se).

Essa orientação, que não é isolada na Casa Civil. pois se faz presente também nos Pareceres nºs 12/72, 1/74 e 5/74 da mesma Subchefia, foi aprovada pelo Governador do Estado por **espelhar a orientação vigente** (Processo nº 0.1236/74-CC).

Diverso é o entendimento esposado nos Pareceres nºs 2.619 a 3.095 dasta Consultoria-Geral, os quais, embora vinculem a inativação em conseqüência de alienação mental à percepção de proventos integrais, entendem **restritivamente** o alcance da sobredita expressão, delimitando seu significado, por referência às qualificações de **doença grave** e **incurável** contidas no texto constitucional, às hipóteses de disfunção psiquica determinantes, não só da imprestabilidade do funcionário para o **serviço público em geral,** mas de sua inaproveitabilidade para **qualquer serviço.**

4. Em primeiro lugar, cumpre examinar se neurose se inclui ou pode incluir-se na abrangência da expressão **"alienação mental"** constante do art. 109, III, "e", da Lei RS nº 2.338/54; do art. 190, IV, do Decreto-lei nº 311/42; do art. 177, IV, da Lai RS nº 1.751/52; do art. 123, da Lei RS nº 6.195/71; do art. 98, da Lei RS nº 6.672/74.

A expressão **"alienação mental",** a o mesmo se diga da que se refere a **"loucos de todo gênero"** no Código Civil Brasilairo, art. 5º, II, não é categoria própria das ciências médicas; **é categoria jurídica.**

É bem provável que, ao editarem os textos legais que introduziram aquelas expressões em nosso vocabulário legal, se tenham inspirado os legisladores nos conhecimentos médicos então correntes.

Ainda que assim tenha sido e independentemente do juízo que se possa fazer da escolha, as sobreditas expressões, uma vez insertas na lei, trasmudaram-se em categorias jurídicas, vinculadas como pressupostos legais, a conseqüências jurídicas específicas, tudo dentro do contexto social-finalístico peculiar ao Direito.

O que se quer com tais expressões, no mundo jurídico, isto é, no mundo que lhes é próprio, não é definir a disfunção do paciente com vistas a decidir o melhor tratamento médico. Para tanto as ciências médicas dispõem, por certo, de categorias e classificações mais adequadas. O que se quer é uma definição de determinadas circunstâncias de fato, com vistas a regular efeitos jurídicos.

Não vejo utilidade maior para o jurista na exploração da terminologia médica, tanto com vistas a sustentar quanto a excluir a neurose depressiva ou as neuroses em geral da categoria **"alienação mental"** ou **"doença mental".**

Nem há consenso a respeito no campo das ciências médicas, porquanto existem respeitáveis classificações tanto num sentido quanto noutro, como, para a Medicina, considerando principalmente seu enfoque finalístico peculiar, o paciente concreto, na riqueza e no mistério de sua individualidade, importa muito mais que o rótulo que se lhe possa atribuir.

Observe-se apenas que a classificação adotada pelo Departamento de Perícia Médica, da Secretaria da Saúde do Estado, para efeito de expressão codificada de diagnosticos inclui no **inciso V. que trata especificamente das doenças mentais,** o código 300.4, que nada mais é do que a **neurose depressiva** constatada na requerente.

Se a discrepância dos critérios classificatórios próprios da medicina se nos afigura de somenos importância para o enfoque jurídico que ora se está a fazer, releva, com destaque, o critério adotado pelo próprio órgão da administração encarregado de diagnosticar o mal de que é portadora a requerente.

Se já não bastasse a diversidade do fim visado pelo Direito, com vista a justificar enfoque próprio, diverso do das ciências médicas para a expressão **"alienção mental"**, sobrepõe-se ainda o método peculiar ao Direito – aliás adequado ao fim que persegue – e muito particularmente ao nosso Direito de tipo continental, que releva, não só na formulação do enunciado legal como também na leitura e aplicação concreta de suas disposições, o **caráter geral e abstrato** dos termos e expressões que compõem o teor de seus textos normativos.

Daí decorre a lição dos melhores hermeneutas no sentido de que não se pode distinguir onde a lei não distingue. **"Quando o texto dispõe de modo amplo – assevera CARLOS MAXIMILIANO – sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente".** ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 7ª ed., 1961, pág. 306).

Considerada, pois, como **categoria jurídica** a expressão **"alienação mental",** que refere a circunstância fática da disfunção psíquica de modo vago, generalizado, não vemos como se possa nela descobrir corretamente restrições que não contém.



Assim sendo, não vemos como se possa, dentro do contexto das normas que regulam a aposentadoria, excluir as neuroses da categoria **"alienação mental".**

**Isso, porém, não equivale a dizer que todo e qualquer estado emocional, ainda que superficial e efêmero, seja** "alienação mental".

A expressão em tela integra, ao lado da neoplasia maligna e das cardiopatias incuráveis, dentre outras, as causas mais graves de aposentamento por invalidez (Lei RS nº 2.338/54, art. 109, III, "c").

Se atentarmos para a norma geral expressa no § 1º do art. 177 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei RS nº 1.751/52; Lei RS nº 2.338/54, art. 193), segundo a qual a aposentadoria dependente de inspeção médica **só será decretada depois de verificada a impossibilidade de readaptação do funcionário,** teremos a real dimensão das disfunções psíquicas enquadráveis na expressão ora em exame.

Ora, quando a neurose determina a invalidez total do funcionário, como no caso de que se trata, **tendo o laudo médico declarado expressamente a incapacitação da requerente para o serviço público em geral,** então a disfunção psíquica apontada corresponde efetivamente à categoria jurídica denominada **"alienação mental"** (Lei RS nº 2.338/54, art. 109, III, "c").

Neurose, como aliás qualquer outra disfunção psíquica, não é "alienação mental" quando não for integralmente invalidante, determinando ou **licença** para tratamento de saúde ou, no máximo, a **readaptação** do funcionário (Lei RS nº 1.751/52, art. 177, § 1º).

5. Por outro lado, a mesma Lei RS nº 2.338/54 que **presidiu à inativação da requerente**, assegurava ao aposentado, cuja jubilação se desse à conta de **"alienação mental"**, a percepção de **proventos integrais** (art. 112, § 1º).

Essa vinculação nem é nova nem decorre de norma isolada na legislação de pessoal do Estado. Com efeito, repete disposição constante do art. 192, I, combinado com o art. 190, IV, do Decreto-lei nº 311/42, antigo Estatuto do Funcidnário Público Civil do Estado.

O **atual Estatuto** (Lei RS nº 1.751/52) é **omisso** nesse particular, mas a **Constituição Estadual de 1970**, vigente hoje como à época da jubilação da requerente, assegura proventos integrais sempre que a inativação se dê **"por acidente em serviço, por moléstia profissional ou doença grave contagiosa ou incurável, especificada em lei."** (art. 104, I, "b")

Essa disposição a nível constitucional surgiu na **Constituição Federal de 1946**, cujo art. 191, no seu § 3º, assegurava serem integrais **"os vencimentos** da

**aposentadoria, quando o funcionário se invalidar por acidente ocorrido no serviço, por moléstia profissional ou por doença grave, contagiosa ou incurável especificada em lei."**

A mesma vantagem para o inativado que se aposentasse por **"doença grave, contagiosa ou incurável especificada em lei"** foi assegurada pela **Constituição Estadual de 1947** (art. 210, § 2º), depois pela **Constituição Federal de 1967** (art. 101, "b"), **omissa a Constituição Estadual de 1967** continuando a assegurar a vantagem a **Emenda Constitucional nº 1/69** (art. 102, I, "b") e voltando a enunciá-la, como se disse, a Constituição vigente do Estado.

E a especificação legal que se tem, em termos da Lei RS nº 1.751/52 ou que se tinha no caso da Lei RS nº 2.338/54, de doenças graves, contagiosas ou incuráveis, vinculadas à aposentadoria, é a do art. 177, IV e era a do art. 109, III, "c", respectivamente.

Se a lei não pretendesse tal, não enumeraria a categoria **"alienação mental"**, ao lado da **neoplasia maligna** ou das **cardiopatias incuráveis** (Lei RS nº 2.338/54, art. 109, III, "c"), o mesmo fazendo a Lei RS nº 1.751/52 (art. 177, IV), da mesma forma como o **legislador federal** alinhou aquela categoria, obviamente para os mesmos fins, ao lado da paralisia irreversível e incapacitante, nefropatia grave, estados avançados de Pajet, etc. (Lei Federal nº 1.711/52, art. 178, III, com a redação dada pela Lei Federal nº 5.678/71).

A nível legal, vinculam diretamente proventos integrais à inativação em razão de **"alienação mental"** a Lei RS nº 6.672/74, atual estatuto e plano de carreira do magistério público do Estado (art. 98), bem como a Lei RS nº 6.195/71 (Estatuto da Brigada Militar do Estado, art. 123).

Observe-se que, analogamente ao que se disse ao considerar possível a qualificação de neurose como **"alienação mental"**, assim também a rotulação desta última categoria como doença grave ou incurável – que são os adjetivos do texto constitucional compatíveis – vincula-se à incapacitação do funcionário para o serviço público em geral.

Com o merecido respeito de opiniões diversas, não vemos como sustentar qualquer discrime na diferença da incapacitação se para o serviço público em geral, se para serviço de qualquer natureza.

Primeiro, a legislação de pessoal do Estado, na medida em que regula aposentadoria de **funcionário**, só pode ser lida pelo aplicador como referente ao âmbito de interesses a que diz respeito, isto é, o **serviço público.**

Segundo, e considerada principalmente a previsão legal de **readaptação**, não é na natureza do serviço que se deve pôr a tônica, se público se não; não é a



hierarquia de interesses comprometidos no serviço que comanda o aposentamento do funcionário: é a qualidade de seu desempenho que, ao desaparecer completamente, inexiste para qualquer serviço. Incapacidade para o serviço público em geral, que pressupõe inviabilidade de readaptação, equivale à incapacidade para qualquer serviço.

6. Finalmente, um argumento que nos parece decisivo: a **Lei RS nº 6.536/73**, que aprovou o Estatuto do Ministério Público do Estado, ao dispor expressamente sobre **aposentadoria com proventos integrais**, quando reproduz a relação de doenças graves; contagiosas ou incuráveis (CE/RS/70, art. 104, I, "b"), ao invés da tradicional expressão **"alienação mental"**, conumera **"psicose**, neurose, **epilepsia, toxicomania..." (art. 49, II – grifou-se)**

Dir-se-á que se trata de **lei especial** que nada tem a ver com o magistério.

Ao mencionar a Lei RS nº 6.536/73 não se pretende, porém, que suas disposições regulem a espécie; pretende-se tão-só, e isso se nos afigura decisivo, apontá-la como critério, **como o melhor critério** para definir o conteúdo da expressão ampla **"alienação mental",** incluindo induvidosamente a **neurose**, expressamente mencionada entre as causas de inativação com proventos integrais.

Como **uma das mais recentes leis** versando matéria referente a pessoal do serviço público, nada mais justo do que tomá-la como expressão mais atualizada de uma longa sucessão de dispositivos relativos à inativação, entre os quais o que regeu a de que se trata.

E ainda, se tanto não bastasse, cumpre não esquecer o **princípio constitucional da isonomia** a fortalecer e tornar até **imperioso o entendimento** que considera neurose causa possível de inativação com proventos integrais, sempre que determine a incapacitação do funcionário para o serviço público em geral.

7. Concluímos, assim, pela inteira **procedência** do que pleiteia a requerente, que faz jus à revisão de seus atos de inativação para perceber **proventos integrais** que lhe deverão ser pagos retroativamente nos limites da prescrição qüinqüenal.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 7 de julho de 1976.

# DIREITO ADQUIRIDO A APOSENTADORIA

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA
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, e de Teoria Geral do Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos

PARECER Nº 3605

DIREITO FORMADO À APOSENTADORIA.
ATO INSTITUCIONAL. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO.

- O fato de já haver o servidor preenchido os requisitos necessários para a sua aposentadoria, inclusive a apresentação de requerimento, em hipótese de aposentadoria voluntária, constitui para o servidor um direito já formado à jubilação, o qual impede qualquer iniciativa demissória, mesmo quando baseada em legislação excepcional, no caso o Ato Institucional de 09 de abril de 1964 (art. 7º, § 1º).

- Capacidade revisional da Administração Pública quanto aos atos praticados com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares desses, por razões de legalidade ou de mérito.

- Prescrição pressupõe jurisdição: os prazos prescricionais, relativos a direitos individuais vinculados a atos praticados com base nos Atos Institucionais e Complementares, somente terão curso quando for restabelecido, de modo pleno, o princípio constitucional básico da inafastabilidade do controle judicial, nos termos do § 4º, do artigo 153 da Constituição Emendada de 1969.

1. Por requerimento dirigido ao Senhor Presidente da Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, em data de 20 de março de 1975, o Senhor O.A.D manifesta pretensão no sentido de que se efetive a sua aposentadoria, que requereu em 26 de fevereiro de 1964, ao invés de sua demissão, ocorrida por Decreto Governamental de 08 de outubro de 1964 (Processo GG. 11.991/64, como incurso em sanção prevista no artigo 7º § 1º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, regulamentado pelo Decreto nº 53.897, de 27 de abril de 1964, e de acordo com a Resolução nº 133, da Comissão Eetadual de Investigações.

2. O Requerente, admitido em 15 de junho de 1938, na Prefeitura Municipal de São Leopoldo, como segundo maquinista da Seção Força e Luz, passou depois, em

1º de janeiro de 1947, para a então Comissão Estadual de Energia Elétrica, sem solução de continuidade, por motivo de encampação daqueles serviços locais pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Em 26 de fevereiro de 1964 veio de requerer a sua aposentadoria, visto que havia completado, em 19 de junho de 1963, o período aquisitivo de 35 (trinta e cinco) anos de efetivo serviço, nos termos constitucionais. (Processo CEEE-948/64)

3. Ocorre que, enquanto tramitava esse processo administrativo, foi o Requerente demitido de seu emprego, por força do Decreto Governamental acima referido, baseado no Ato Institucional de 09 de abril de 1964, motivo pelo qual não se consumou a aposentação referida.

4. Em 30 de setembro de 1966, perante a Junta de Conciliação e Julgamento de São Leopoldo, ajuizou o Requerente reclamatória trabalhista, na qual pleiteava a sua reintegração no emprego. Embora tivesse obtido ganho de causa, através de magnífica sentença da Meritíssima Junta, (folhas 67 a 91) foi essa decisão reformada, por maioria de votos, pelos Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ao reconhecerem, na forma do Prejulgado nº 23, de 22 de dezembro de 1966, do Tribunal Superior do Trabalho, que "falece competência à Justiça do Trabalho para determinar a reintegração ou a indenização de empregado demitido com base nos Atos Institucionais" (folhas 48 a 52). O Requerente interpôs Recurso de Revista, o qual foi inadmitido, e ao conseqüente Agravo de Instrumento foi negado provimento, arquivando-se o processo.

5. Ao mesmo tempo que ajuizava sua pretensão trabalhista, impetrou também o Requerente Mandado de Segurança contra o ato demissório do Senhor Governador do Estado, sob o fundamento de que, empregado de uma sociedade de economia mista, não poderia ser considerado servidor público, para o efeito de ficar sob a incidência do artigo 7º e seus parágrafos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, e de ser, assim, por conseqüência, atingido por um ato emanado do Poder Executivo Estadual. O Tribunal de Justiça, em sua composição plena e por maioria de votos, julgando o Mandado de Segurança impetrado pelo Requerente, o qual tomou o nº 639/74, por acórdão de 05 de julho de 1965, desacolheu a tese do Requerente e negou a segurança pedida (folhas 113 a 124). Houve Recurso Extraordinário, sob nº 16.971, ao Colendo Supremo Tribunal Federal, ao qual foi negado provimento, pela unanimidade da Terceira Turma, acompanhando o voto do Relator, Ministro PRADO KELLY.

6. De outra parte, conforme consta do anexo expediente CEEE-948/64, o Requerente solicitou efetivamente, em 26 de fevereiro de 1964, a sua aposentadoria por tempo de serviço, eis que completara os trinta e cinco anos, exigidos pela Lei Maior, na data de 19 de junho de 1963. No entanto, foi sobrestado o exame desse seu pedido, aguardando-se solução do processo CEEE-2413/64, atinente à



contagem de mais (um sexto) sobre o tempo de serviço do Requerente, com base na Lei nº 2.455, de 6 de novembro de 1954. Tal enquadramento legal, conforme parecer da Diretoria de Biometria Médica, só veio de ser completado em 06 de agosto de 1965, quando já havia sido demitido o Requerente. Ainda assim foi o pedido de aposentação submetido ao conhecimento da Diretoria da CEEE, por promoção do seu Diretor de Pessoal, o qual então se manifesta nesses termos:

"Ao submetermos o pedido de aposentadoria do interessado à consideração de V. Sªs, cumpre-nos o dever de salientar sua brilhante folha de serviços prestados à CEEE, no exercício de não poucas funções de confiança em cargos comissionados, tendo inclusive lhe sido consignada uma portaria de elogio, por ter sido o único auxiliar que comparecendo em reunião programada, propôs medidas de economia possíveis, no aproveitamento do pessoal que prestava serviços nas Usinas da Toca e Caxias do Sul, Atos estes registrados em sua ficha funcional" (folha 8)

7. Ouvido o Serviço Jurídico da Companhia, manifestou-se esse, por sua Chefia, no sentido de que a Direção da Empresa se dirigisse ao Senhor Secretario de Energia e Comunicações, para que fosse encaminhado pedido, ao Senhor Governador do Estado, quanto ao estudo da possibilidade de revisão do processo que demitiu o Requerente, para transformar a demissão em aposentadoria. Entendia o Chefe dos Serviços Jurídicos que essa revisão seria de inteira justiça, tendo em vista que o Requerente, ao tempo que foi demitido, reunia os requisitos necessários para a aposentadoria, sem que tanto importasse em qualquer atentado ao Ato Institucional (folhas 10/11). Após mais alguma tramitação, o próprio Requerente veio aos autos, alegando haver o seu direito à aposentadoria se corporificado antes de sua demissão, e por isso solicitando providências para a solução de seu caso. Em atenção a isso, por proposição do Chefe dos Serviços Jurídicos, o ilustrado Consultor Jurídico CARLOS MARIA RUSCHEL, enviou o Senhor Presidente da Companhia o ofício SG-69-1-414, de 09 de julho de 1965, ao Senhor Secretário de Energia e Comunicações, propondo a revisão da especie, onde se lê o seguinte:

> "Inegavelmente, havia o requerente complementado o tempo de serviço alegado, quase um ano antes de sua demissão, razão por que funda o seu pedido na eqüidade e na justiça da pretensão de revisão do ato, com vista aos casos similares ao dele, que, indistintamente, culminaram na aplicação da pena de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, para os implicados nos diversos IPMs.
>
> Temos a convicção fundada de que, quanto ao Sr. Dillenburg, houve uma decisão discriminatória no que concerne ao ato de sua demissão, quando, em realidade, a aposentadoria foi uma das opções que deixava o Ato Institucional nº 1 e que foi normativamente aplicada nos demais casos.

Releva ponderar, Senhor Secretário, que o Sr. Ottomar Ataliba Dillenburg sempre foi um servidor exemplar no cumprimento de seus deveres, no consenso de todos os seus ex-chefes, e não somente ostenta uma folha de assentamentos funcionais sem mácula, senão, ainda, nela se encontra elogio à sua atuação.

Outrossim, jamais se ouviu falar de que este servidor tivesse feito caso comum com os outros dois agitadores contumazes, ex-empregados desta Companhia, aos quais, merecidamente, foi aplicada a pena de demissão". (fl. 42).

8. O Senhor Secretário de Energia e Comunicações, acolhendo a manifestação do Presidente da CEEE, por sua vez oficiou ao Senhor Governador do Estado, em 11 de julho de 1965 (ofício GS/69-006.2/873), propondo a conversão da pena de demissão imposta em aposentadoria. Foi essa pretensão, no entanto, indeferida pelo Chefe do Poder Executivo, em face de parecer da Assessoria Jurídica e Legislativa da Casa Civil do Governo do Estado, o qual se encontraria em processo anexo (folhas 49 e 50), e a decisão devidamente comunicada ao Requerente, em 22 de outubro de 1970.

9. Como se viu ao início, volta agora o Requerente com a sua pretensão, fundamentando-a em razões de eqüidade e justiça, mas também na tese jurídica de que a aposentadoria requerida pelo servidor, em tempo hábil, estando atendidos os requisitos legais, desde então é direito subjetivado no patrimônio pessoal do peticionário, e que não pode ser ferido, nem pela delonga da Administração Pública em atender ao requerido, nem pela alteração da situação dogmática vigente ao tempo do pedido. Em abono dessa tese, trouxe à colação acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal, proferido em sessão plena, à unanimidade, acompanhando o voto do Relator, o Senhor Ministro ARY FRANCO, julgado em 10 de junho de 1963. Na tramitação, foi pelo Serviço Jurídico da Companhia de novo reconhecido o direito do Requerente, exatamente sob o fundamento de que, antes de ser demitido, já havia o interessado completado o tempo suficiente para a sua aposentadoria, e inclusive requerido o benefício. Como a demissão do Requerente havia emanado do Governador do Estado, entendeu-se também que somente por essa autoridade poderiam ser tomadas as providências atinentes à aposentação em tela. Em face disso, a Diretoria da Companhia, em reunião de 27 de maio de 1976, decidiu aprovar o encaminhamento desse expediente a esta Consultoria-Geral, para pronunciamento, mediante solicitação nesse sentido ao Senhor Secretário de Energia, Minas e Comunicações, a qual foi acolhida. Os autos vieram, distribuídos à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal.

É o relatório.

10. Como afirma o interessado, o fundamento de seu pedido de revisão decorre de construção jurisprudencial mansa e pacífica nos pretórios nacionais, inclusive



cristalizada na Súmula nº 359 da Jurisprudência Predominante no Supremo Tribunal Federal, na sua redação original, **verbis:**

"359. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária."

11. Ineludível conseqüência dessa orientação é que o servidor público, o qual já atendeu as condições necessárias para a sua aposentadoria, nos termos do texto constitucional, e que, ademais, na hipótese da aposentadoria voluntária, ingressa com o pedido, requisito aqui indispensável, **ipso facto** subjetiva em seu patrimônio, de algum modo, o direito à aposentação. ALMIRO DO COUTO E SILVA, em brilhante artigo doutrinário sobre os assim chamados **direitos formativos**, classifica entre esses o direito à aposentação do servidor público, o qual já manifestou a sua vontade, através do requerimento de aposentadoria voluntária, dizendo haver aqui direito subjetivo em sentido próprio, **verbis:**

"Percebe-se, pois, que há situações em que a lei, cumpridos certos requisitos, ou mesmo o simples ato administrativo, coloca os particulares em posição jurídica de poder criar, modificar ou extinguir relação jurídica de direito administrativo, através da manifestação ou declaração unilateral da vontade. Expressada a vontade, ou adquire eficácia, ato administrativo que ineficazmente já existia (p.ex., ato de nomeação) ou surge para o Estado dever jurídico de exarar ato administrativo (p.ex., ato de aposentadoria ou de exoneração). Esses poderes que têm os particulares, em certas circunstâncias, de estabelecer, alterar ou pôr termo a relações jurídicas de direito público, **não são simples faculdades ou direitos assubjetivados, mas, em verdade, direitos subjetivos**" (sublinhei) (COUTO E SILVA, Almiro. **Atos jurídicos de Direito Administrativo praticado por particulares e direitos formativos, Revista de Jurisprudência do T.J.E.R.G.S.,** Porto Alegre, (9): 19-37, 1968.p.20)

**"Tais direitos subjetivos são da classe dos direitos formativos."** (Ibid.)

12. Tal subjetivação, através da expressão da vontade, faz com que exista, pois, um verdadeiro direito formado, certamente mais do que uma simples expectativa de direito, que essa fica apenas no mundo fático. Existe já algo de jurídico, isto é, que ingressou no mundo do Direito, ou, utilizando a lição de RODRIGO OTÁVIO, adotada por RUY CIRNE LIMA, na matéria assemelhada da concessão imperial de terras devolutas, "talvez (exista) mesmo já **um direito adquirido**, mas apenas a que se promovessem os ulteriores termos legais para que pudesse entrar na posse, uso e gozo da concessão". (sublinhei) (OTÁVIO, Rodrigo. **Do Domínio da União e dos Estados.** São Paulo, 1924, nº 70, p. 119, apud CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo.** 4ª ed., Porto Alegre, Sulina, 1964. p. 58)

13. Direito subjetivo da classe dos direitos formativos, ou direito dito expectativo, direito formado ou posição ou situação jurídica já cifrada em um direito adquirido, o fato é que o pedido, integrando todos os requisitos legais para a concessão da aposentadoria voluntária, inicia uma procissão de termos legais ou uma cadeia de estádios jurídicos, os quais necessariamente devem conduzir à aposentação do interessado. E isto porque, como se viu acima, surge para o Estado o dever jurídico de exarar o ato administrativo da jubilação. Assim sendo, o arbítrio do Poder Executivo, que delongasse na concessão do benefício requerido, poderia ser sanado pelo recurso às vias judiciárias; a superveniência de normas legais, as quais alterassem ou mesmo extinguissem o instituto da aposentadoria, desde que não fossem de hierarquia constitucional ou preceitos de ordem pública, não afetarão os direitos já exercitados, pela integração de todos os seus requisitos essenciais. "Assim, na hipótese de antes do funcionário aceitar a nomeação ser editada lei extinguindo o cargo, ou na hipótese de lei nova dilatar o tempo de serviço exigido para a aposentadoria voluntária, sem que o funcionário que já era titular de direito formativo o tivesse exercitado, esses direitos formativos, de aceitar nomeação e de pleitear aposentadoria, extinguem-se em virtude de impossibilidade jurídica superveniente, de serem conseguidos os fins a que tendiam. Diferentemente, se houver exercício do direito formativo, pois então nasce o direito formado, que a Constituição protege contra a eficácia retroativa da lei. No caso, portanto, de haver direito subjetivo a requerer autorização e o pedido tiver sido formulado, muito embora, antes de exarado o ato administrativo, venha lei nova, vedando a autorização, estará a administração obrigada a concedê-la, pois já existia dever jurídico do Estado". (COUTO E SILVA, Almiro. loc. cit., p. 34-35)

14. A questão que aqui se coloca, pois, é a de saber como conciliar o direito à aposentação, devidamente exercitado pelo Requerente, com anterioridade ao ato demissório, que o atingiu, e a faculdade punitiva concedida aos governos estaduais, relativamente aos seus servidores, no § 1º, do artigo 7º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964. O exame dessa questão pelo aplicador da lei, do ponto de vista metodológico, deve ser feito sob o mesmo prisma que orientou a excelente sentença da Junta de Conciliação e Julgamento de São Leopoldo, ao decidir a reclamatória trabalhista então proposta pelo Requerente:

> "(1) Houve decreto do Governador do Estado demitindo o postulante, com apoio no Ato Institucional nº I. (2) A validade da nova ordem jurídica imposta pela Revolução tem sido admitida pacificamente. Do ponto de vista estritamente jurídico, sem incursionar no mundo político ou ético, não cabe ao juiz desconhecer ou contrariar o direito positivo.
>
> Para lembrar a observação, sempre repetida de EDUARDO COUTORE, move-se o juiz, dentro da lei, como um prisioneiro em seu cárcere." (folhas 72/73).

15. Ora, ao baixar o Ato Institucional de 09 de abril de 1964, o Comando Supremo da Revolução, no exercício de inegável poder constituinte, houve por bem



manter a Constituição Federal de 1946, com as modificações constantes do diploma normativo que então se editava (artigo 1º). O movimento revolucionário vitorioso, para sair do campo do puro arbítrio, autolimitou-se, dizendo a que regras as atividades do aparelho estatal estariam dali por diante sujeitas. Essa autolimitação decorre da necessidade de fundar a própria obrigatoriedade do direito que viesse de ser editado, em nome da segurança jurídica, a qual, no entanto, exige também que o Estado legiferante se submeta ao império de suas criaturas normativas. Melhor que ninguém, sintetizou essa recíproca implicação o eminente jurista e jus-filósofo alemão GUSTAV RADBRUCH, **verbis**:

> "Mas, se esta garantia de segurança jurídica é que constitui o fundamento e o título justificativo do poder dos governantes para fundar e criar o direito, é conveniente agora notar que são essa mesma garantia e essa mesma segurança jurídica que devem afinal servir também de limites a esse mesmo poder. Efetivamente, só por via de obrigatoriedade de suas leis e da certeza dessa obrigatoriedade, é que o Estado tem o poder legislativo. Mas uma tal certeza e segurança que lhe está ligada desapareceriam, se o Estado pudesse, ele próprio, libertar-se da obrigatoriedade das suas leis. Portanto, é ainda a idéia de **segurança jurídica**, a que faz conferir ao Estado o poder legislativo, a mesma que também dele exige a sua sujeição às leis." (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito, 4ª ed., Coimbra, Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1961, v. 2, p. 135).**

16. Assim sendo, ao ficar estabelecido, no **caput** do artigo 7º, do Ato Institucional sempre em referência, que estavam suspensas, por seis meses, as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade e estabilidade, foi correspectivamente reafirmada a vigência plena das demais garantias jurídicas, inclusive daquela posta no § 3º, do artigo 141, da Carta Magna de então: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em termos mais específicos, significa isso que o aplicador das punições, postas no § 1º do mesmo artigo 7º antes citado, continuava preso ao respeito dos direitos adquiridos e às situações jurídicas já constituídas, desde que não estivessem esses vinculados à vitaliciedade ou à estabilidade em cargo emprego ou função, públicos e privados.

17. Dentro dessas coordenadas, parece incontestável que a demissão do requerente, por força do Decreto Governamental de 08 de outubro de 1964, frustrou o seu já formado direito à aposentação, na mesma medida em que exonerava a administração pública estadual de dever, que para ela se havia constituído. E nisso, além de ofender a garantia constitucional aos direitos adquiridos, também, de outra parte, exorbitava das finalidades previstas ao § 1º do artigo 7º do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, pelo legislador excepcional que o editou. Não há dúvidas quanto a serem de natureza punitiva as figuras postas no dispositivo acima referido, vale dizer, a demissão, a dispensa, e, com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, a disponibilidade , a aposentadoria, a transferência para a reserva e a reforma. Tanto já foi reconhecido mais vezes nesta Casa, através dos Pareceres nº 3, de 10 de maio de 1965, e nº 18, de 12 de

dezembro de 1966, ambos da brilhantíssima lavra do então Consultor-Geral do Estado, Doutor JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, e até mesmo através de parecer do Consultor Jurídico signatário, sob nº 271/GAJ, de 15 de junho de 1967. O caráter punitivo dessas figuras, além do desconhecimento das garantias da vitaliciedade e da estabilidade, por suspensas, se exaure, no entanto, no afastamento, relativamente aos atingidos, do serviço público ativo, seja pela perda de cargo, função ou emprego, através da demissão ou dispensa, seja pela inativação, com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, através da colocação em disponibilidade, da aposentadoria, da transferência para a reserva e da reforma. A grandeza das sanções impostas foi medida pela outra finalidade colimada pelo artigo 7º e seus parágrafos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, essa de livrar os aparelhos administrativos federal, estaduais e municipais, dos servidores considerados prejudiciais à segurança do país, ao regime democrático e à probidade da administração pública. Por isso mesmo, não foram elencadas, no § 1º do artigo 7º do Ato Institucional sempre em referência, figuras punitivas outras, tais como a cassação de aposentadoria ou de disponibilidade (artigos 201, VI e 212, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União; artigo 223 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul), porque não haviam ingressado, nas intenções do legislador excepcional de então, os servidores que já estivessem fora do serviço público ativo. Se quisesse a Administração pública também atingir a esses, dever-se-ia valer dos meios ordinários, através das sanções estatutárias específicas.

18. Assim sendo, a demissão do requerente, a par de infringir direito adquirido seu, espraiou-se, no caráter punitivo da medida, além daquela eficácia, a qual fora exclusivamente intencionada pelo § 1º do artigo 7º do Ato Institucional de 09 de abril de 1964: o afastamento do servidor do serviço público ativo. Por via indireta, e de forma prévia, foi ao aqui interessado também cassada a sua aposentadoria, em figura sancionatória não prevista no diploma legal sempre em referência, que ademais não se compadece com as finalidades do mesmo texto. Verdade é que, como regra geral, ficou ao arbítrio do aplicador a escolha da sanção a ser aplicada aos servidores considerados como passíveis de punição. Mas, **in casu**, quer pela garantia constitucional aos direitos adquiridos, quer pela exorbitância da medida, relativamente aos motivos que nortearam o legislador, ao editar o artigo 7º e seus parágrafos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, não poderia ter sido escolhida a forma da demissão, pois que já havia dever jurídico de exarar o ato administrativo de aposentação do requerente.

19. Assim sendo, poderia ter sido o requerente posto em disponibilidade, até que sobrevivesse a sua jubilação, ou até mesmo aposentado, sempre com base no § 1º, do artigo 7º, do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, de modo compulsório, não mais garantido o exercício da faculdade de se arrepender e de retirar o pedido, que já havia formulado; como poderia simplesmente ter sido deferida ao requerente, nos termos da lei estatutária, a aposentação que pedira. Em qualquer desses casos, ficava ainda aberta ao administrador público estadual a possibilidade



de instauração de processo administrativo-disciplinar, através do qual viesse de ser cassada a aposentadoria ou disponibilidade do servidor, nos termos da lei estatutária. Só o que não se facultava, mesmo com base no § 1º, do artigo 7º, do Ato Institucional sempre em referência, era a demissão do requerente, pois que assim se frustraria o seu já formado direito à aposentadoria, constitucionalmente garantido, e se lhe aplicaria pena excessiva. Lastimavelmente, parece que por desconhecimento quanto à existência do requerimento do interessado, foi isso exatamente o que se fez, pelo Decreto Governamental de 08 de outubro de 1964.

20 Também a favor do requerente vem a recente decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a qual deu pela alteração da Súmula nº 359, acima citada, "para se suprimirem as palavras 'inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária". (R.T.J., vol. 64/p. 408). Nesse acórdão, pronunciado nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 72.509, do Paraná, pela composição plena do Pretório Excelso, foi entendido que "se, na vigência da lei anterior, o funcionário preenchera todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não o faz perder o seu direito, que já havia adquirido" (R.T.J., vol. 64/p. 408). Vale dizer, o direito à aposentadoria foi expressamente reconhecido como direito adquirido, incorporado definitivamente ao patrimônio subjetivo dos interessados, tão logo atendidos os requisitos da lei, no plano fático. O que só vem, nos termos da argumentação antes expendida, mais aproveitar ao aqui requerente, em sua pretensão de ver respeitado o seu direito à aposentação, mesmo contra atos decorrentes de legislação excepcional.

21. Poderia ser questionada, no entanto, a capacidade revisional da administração pública estadual, relativamente a esse ato seu, o Decreto Governamental de 08 de outubro de 1964, pelo qual foi demitido o requerente, mormente se se considerar que as faculdades punitivas, postas no § 1º do art. 7º do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, somente vigoraram por seis meses (artigo 7º **caput**, e § 1º). Vale dizer, ainda que o administrador público estadual viesse a revogar ou anular o ato administrativo, exarado nesse período, com base no Ato Institucional sempre em referência, não poderia mais, com base nesse mesmo diploma legal, decretar agora a aposentadoria do requerente. Ainda que relevante o questionamento, não parece que resida aqui óbice a que se proceda à revisão do ato administrativo de demissão do interessado, contido no Decreto Governamental de 08 de outubro de 1964. Embora a base legal do mesmo tenha sido um Ato Institucional, norma excepcional, fruto do exercício de poder constituinte, decorrente de fato revolucionário, não deixa de haver aqui ato administrativo. Mesmo hoje, vigente a Constituição de 1969, a nomeação, a demissão, a disponibilidade e a própria aposentadoria dos servidores públicos são objeto de tratamento constitucional, e nem por isso deixam de ser atos administrativos típicos, contidos pela capacidade revisional da administração pública.

22. De outra parte, o Ato Institucional de 9 de abril de 1964, relativamente aos atos praticados com base nos parágrafos 1º e 2º de seu artigo 7º, estabeleceu que

"o controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como de sua conveniência ou oportunidade" (§ 4º do artigo 7º). O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (artigo 11), bem como anteriormente a Constituição de 24 de janeiro de 1967 (artigo 173), e depois a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (artigo 181), aprovaram e excluíram do conhecimento judicial, de modo amplo, os atos praticados com fundamento nos Atos Institucionais, e nos atos complementares destes. Mas essa exclusão, ainda que não mais limitada aos fatos motivadores, conveniência e oportunidade dos mesmos atos, pela utilização agora de fórmula genérica, continuava restrita à apreciação judicial, e tão-só à apreciação judicial. Vale dizer, a administração pública continua capaz de reapreciar esses mesmos atos, não apenas quanto às suas formalidades extrínsecas, mas inclusive quanto aos seus motivos determinantes e mérito da questão, e revisá-los, mediante revogação ou anulação, se tanto houver por bem. Aliás, é de conhecimento público que a própria administração federal tem procedido à revisão de punições aplicadas a servidores públicos, com base em Atos Institucionais. No caso vertente, parece ser imperiosa essa revisão, via de anulamento, eis que no ato demissório do interessado se pode "descobrir um **vício** suscetível de atingir-lhe a validade desde a sua emanação (**razões de legalidade**)". (REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento de Ato Complexo**. In: Id. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1969, XVI, p. 287). Nada impede, no entanto, que se dê acolhimento às razões de equidade e justiça, invocadas pelo requerente, e que, portanto, sem descer ao exame da legalidade do ato administrativo em tela, mas "por motivos de conveniência ou oportunidade (**razões de mérito**)" (Ibid.), se proceda simplesmente à revogação do Decreto Governamental de 08 de outubro de 1964, sempre em referência. Menos do que a forma, de que se revista a revisão ora em exame, o importante é que ao depois seja de imediato deferida a concessão de aposentadoria voluntária, requerida pelo interessado em 26 de fevereiro de 1964, dentro do Processo nº 948/64-CEEE.

23. Por fim, quanto ao aspecto prescricional, não parece ser óbice a que se promova a aposentação do requerente. A pretensão do requerente, a que a Administração Pública Estadual exarasse o ato de sua aposentadoria, complementada por essa outra de anulamento ou revogação do ato demissório de 08 de outubro de 1964, a título de pressuposto ou condição de possibilidade da jubilação, não se pode dizer prescrita. E isso porque o conhecimento jurisdicional dessas pretensões estava obstado pelo artigo 11 do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, repetindo e ratificando dispositivos anteriores da mesma natureza, tais como o § 4º do artigo 7º do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, e o artigo 173 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, e ainda pelo artigo 181 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Tais dispositivos excepcionam o princípio constitucional básico da inafastabilidade do controle judicial, a respeito do qual assim leciona o insigne PONTES DE MIRANDA, **verbis**:

> "Direito individual está, aí, pelo que pode ser **res in judicium deducta**. Dada a existência do art. 75 do Código Civil, que fez corresponder **ação** a todo direito,



> a acionabilidade processual dos direitos individuais está assegurada **constitucionalmente**, não só **in abstrato**, como em termos de garantia de **status quo.**" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed. São Paulo, 1971 v.5, p. 107).

24. A perquirição da natureza da situação excepcional, assim criada, leva a uma primeira conclusão, esta de que não há na espécie um direito mutilado, à maneira das obrigações naturais ou das obrigações imperfeitas, das quais se amputou algo, ou a pretensão e a ação, ou a ação e a exceção, ou somente ainda a ação autônoma, restando a exceção. Leia-se de novo o mestre PONTES DE MIRANDA:

> "Diz-se que as obrigações naturais ou as obrigações imperfeitas são obrigações sem ação, portanto sem realização mediante execução forçada, verdade é, porém, que não são somente a ação de condenação e a de execução que se excluem, – às vezes a ação declaratória também fica excluída. Por outro lado, tais direitos mutilados não são todos de um só tipo: alguns mantêm a pretensão sem a ação; outros, a pretensão sem a ação autônoma, porém com a exceção; alguns, ainda, permitem que seja objeto de negócio jurídico declarativo, ou de negócios jurídicos de garantia, e outros, não. O corte, a amputação, não é sempre à mesma altura. Além disso, as vezes se lhes tira a compensabilidade. Seja como for, todo direito mutilado supõe esquema de direito, a que algo se amputou: **amb(i) putare;** e não se aproveitou a outra parte. (Se se aproveita a outra parte, o direito não foi mutilado: a outra parte mudou de sujeito.)"(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** 3ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1970, v. 6, § 640. 3., p. 41).

25. O que se cortou, de modo expresso, no caso em exame, não foi a possibilidade de acesso a juízo, mediante pretensão e ação (e exceção), mas tão-só a cognição judicial. Deduzida a pretensão, não há juiz ou tribunal que à possa conhecer. Por isso mesmo, o problema se coloca ao nível dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, dos quais a ausência leva à extinção do processo (artigo 267, IV, do Código de Processo Civil). Nenhum órgão judiciário, relativamente aos atos praticados com base nos Atos Institucionais, e nos atos complementares deles, possui jurisdição para o seu conhecimento. Trata-se, pois, da ausência de um pressuposto processual de natureza subjetiva, atinente à capacidade de um dos sujeitos de relação processual, qual seja, o próprio juiz:

> "Vistos do ângulo subjetivo, os pressupostos processuais concernem aos sujeitos da relação processual: juiz e partes. Quanto ao juiz, deverá ser capaz e imparcial **e estar provido de jurisdição e competência".** (sublinhei) (MONIZ DE ARAGÃO, E.D. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, v.2, nº 512, p. 495).

"A capacidade processual do juiz é regulada por um complexo de normas que abrange textos da Constituição, das leis processuais federais e das leis de organização judiciária". (Ibid).

26. De outra parte, e apenas para maior precisão, refira-se que não está aqui em jogo uma das condições de ação, especificamente a possibilidade jurídica do pedido, ainda que também por essa via se chegasse à extinção do processo, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. A possibilidade jurídica do pedido atine ao próprio direito, do qual a exigibilidade, pela pretensão, ou o exercício, através da ação e exceção, estão paralisados por proibição dogmática. Volta-se aqui, apenas que sob a ótica processual, ao já focado tema dos direitos mutilados; a própria lei retira desses direitos, ou pretensão, ou ação, ou exceção, sob diversas hipóteses combinatórias, e estabelece assim a impossibilidade jurídica do pedido. Não é outra a compreensão dos ensinamentos do eminente processualista MONIZ DE ARAGÃO, **verbis**:

"Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício, aí sim faltará a possibilidade jurídica". (Ibid., p. 508).

"Não havendo veto há possibilidade jurídica; se nouver proibição legal não há possibilidade jurídica. Assim ocorre com os dois clássicos exemplos do divórcio e da cobrança da dívida de jogo, a cujo respeito existe um declarado veto de lei (Constituição Federal, art. 175, § 1º, Código Civil, art. 1.477)", (Ibid., p. 508-09).

27. Assim sendo, em resumo, não há possibilidade de cognição judicial do direito individual do requerente, na presente espécie, mesmo quando apresentado a algum juízo ou tribunal. Apesar de haver mantido pretensão e ação, restringiu a norma excepcional a revisão dos atos praticados com base nos Atos Institucionais, e nos atos complementares a esses, ao plano administrativo. Ascender desse plano, e dar conhecimento do direito individual, pretensamente violado, a qualquer um que titule poder jurisdicional, tanto foi obstado. A jurisdição não se espraia até esses atos, e por isso não há juiz, tribunal ou qualquer outro membro ou órgão do Poder Judiciário, que possa ser dito materialmente competente para o julgamento que se pede.

28. A pergunta que se impõe, diante da situação assim colocada, é pelos efeitos incidentes sobre a prescrição relativa a esses direitos, cuja apreciação judicial foi expressamente excluída pela legislação excepcional. Na medida em que a acionabilidade processual dos direitos individuais, nessa matéria, apesar de assegurada constitucionalmente pelo artigo 153, § 4º, da Carta Magna, foi excepcionada por norma de mesma hierarquia, e que não mais pode haver a **res in judicium deducta,** é meridiano, inclusive sob pena de grande iniqüidade, que não se



pode aceitar que os prazos prescricionais tenham aqui curso, até o seu vencimento. Se ausência ocorre, na forma acima vista, de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, qual seja a capacidade de juízes e tribunais para o exercício jurisdicional, há de se aplicar o artigo 177, **in fine,** do Código Civil, o qual, ao estabelecer o prazo ordinário para a prescrição das ações pessoais e das ações reais, mandou que fossem os mesmos "contados da data em que poderiam ter sido propostas". Vale dizer, os prazos prescricionais, relativamente às pretensões ligadas a atos praticados com base nos Atos Institucionais, e nos atos complementares desses, somente terão curso no momento em que, relativamente aos mesmos, for restabelecido em sua integralidade o controle jurisdicional. Não se pode dizer que haja pretensão e ação, em condições de propositura judicial, relativamente a um direito, enquanto não exista, no aparelho judiciário, juiz ou tribunal com jurisdição e competência para a sua apreciação. Observe-se que não há um veto mutilador do próprio direito, como nas hipóteses de pretensões ligadas ao divórcio ou a dívidas de jogo, mas tão-só o obstáculo ao conhecimento judicial das pretensões e ações derivadas de atos praticados com base nos Atos Institucionais e complementares. Ora, pretensão e ação, que não podem ser deduzidas em juízo, são **ipso facto** inócuas, esvaziadas no sentido prático, pois estão exauridas daquilo que as caracteriza substancialmente, vale dizer, a possibilidade efetiva de exercício de sua acionabilidade. Assim sendo, forçoso é reconhecer que os prazos prescricionais, a essas pretensões e ações relativas, somente começarão a ser contados da data em que essas mesmas pretensões e ações possam eficazmente ser propostas. Isto ocorrerá quando for devolvida plenamente a esses direitos individuais a exercibilidade de suas pretensões e a sua acionabilidade, pela possibilidade prática de cognição jurisdicional quanto às pretensões e ações deles decorrentes, através da submissão dos atos praticados com base na legislação excepcional sempre em referência ao controle judicial previsto e garantido na Carta Magna, de forma ampla e irrestrita.

29. Nem se diga, de outra parte, que prazos prescricionais em curso existem, porque não se vedou o exercício das pretensões e ações em tela no plano administrativo. Pelos mesmos motivos, em razão dos quais repugna a formação de coisa julgada material, em processos meramente administrativos, nos quais a autoridade julgadora não está investida de jurisdição, também se deverá rejeitar aqui a hipótese de uma prescrição superdimensionada, a qual, tendo curso na esfera administrativa, estenderia os seus efeitos à esfera judicial. Seria uma forma indireta de se obter, para atos administrativos, a eficácia da coisa julgada material, o que é **per se** inadmissível. O máximo que se poderia aceitar seria o decurso do prazo prescricional tão somente para efeitos de revisão pela própria administração, mas nunca de tal modo que toda a eficácia da pretensão existente viesse a ser abafada pelo instituto da prescrição. E mesmo isso seria controverso, pois estaria o interessado entregue ao arbítrio da Administração Pública, talvez aos mesmos que editaram o ato impugnado, e que poderia, por isso mesmo, ou rejeitar de modo sistemático todas as revisões requeridas, ou simplesmente sobrestar o andamento burocrático dos pedidos, até que se houvesse completado o decurso do prazo prescricional pertinente. Por tudo

isso, enquanto também for mantido o princípio constitucional básico da inafastabilidade do controle judicial, nos termos do § 4º do artigo 153 da Carta Magna de 1969, não há como entender que corram prazos prescricionais, os quais sejam atinentes àquelas pretensões, em relação às quais a lei vedou o conhecimento judicial, mesmo quando restasse aberto o recurso às vias administrativas. Prescrição pressupõe jurisdição: pois que somente poderá haver o decurso dos prazos prescricionais, com a sua eficácia asfixiante das pretensões e da acionabilidade dos direitos individuais, se houver concomitantemente magistrado titular de jurisdição, diante do qual possa o prejudicado deduzir o seu pedido e aí reclamar justiça. Fora dessas condições, se ingressa perigosamente no mar de sargaços do arbítrio e do antijurídico.

30. De todo o exposto, vencida a questão preliminar atinente à prescrição das pretensões aqui deduzidas, concluo que deve ser revisada a demissão do senhor O.A.D., efetivada por Decreto Governamental de 08 de outubro de 1964, por via de anulamento ou revogação desse ato e deferida a aposentadoria voluntária anteriormente requerida pelo interessado, para todos os efeitos legais.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 22 de junho de 1977.



# CESSÃO DE USO

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 3989

CESSÃO DE USO. Forma jurídica em que há simples transferência de posse. Não se justifica que o cessionário pretenda restituir a posse por via de comodato.

O Senhor Capitão dos Portos do Rio Grande do Sul, lembrando que está prestes a expirar-se o convênio celebrado entre a UNIÃO, pelo seu Ministério da Marinha, e o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, relativamente à Escola de Pesca e Ensino Profissional Marítimo Almirante Vilar, sugere alterações a serem incorporadas a novo convênio que venha a ser firmado entre as mesmas partes. Alega que **"é desejo da Marinha instituir nos terrenos da escola um Centro de Formação de Portuários".** Para isso, porém, seria necessário que fossem feitos investimentos que, à sua vez, reclamariam que a União tivesse a propriedade do imóvel onde esses investimentos fossem efetuados ou, pelo menos, lhe fosse assegurada a posse prolongada do terreno. Propõe, assim, que o imóvel cedido pela União ao Estado, por força do Decreto nº 50.321, de 7 de março de 1971, seja entregue em comodato, à União por 99 anos.

2. Como se viu, o imóvel que se tenciona dar em comodato à União, foi por esta cedido ao estado, mediante o Decreto nº 50.321, de 1971. Esse Decreto menciona, como seu fundamento legal, os artigos 64, § 3º, 124 e 125 do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. Tais disposições, como é notório, modelam o perfil conceitual da cessão de uso, forma jurídica que exerce, no plano do Direito Público, função análoga a que desempenha o comodato, na esfera do Direito Privado. Pela concessão de uso opera-se o traspasse gratuito da posse da União para os Estados e Municípios, – ou, observados determinados requisitos, para outras entidades ou pessoas, jurídicas ou até mesmo físicas – de bem imóvel da União, não utilizado em serviço público.

É assente que a cessão de uso não importa transferência de **domínio;** por ela não se transmite **propriedade,** mas simplesmente **posse** (veja-se, a proposito, HELY LOPES MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro , páginas 470/480).**

3. Em face desses princípios, não parece razoável pretender transferir por via de comodato à União, o que esta transferiu ao Estado por meio da cessão de uso. Se à União não interessa que a posse do imóvel permaneça com o Estado, poderá retomá-lo a qualquer momento, se inexistir prazo, ou, se existente, no término dele.

4. De outro lado, como a União permanece proprietária do imóvel, nenhum empecilho de ordem legal existe à realização de investimentos no terreno.

5. Cabe lembrar, ainda, que a cessão foi feita ao Estado, com a cláusula de que o imóvel deveria destinar-se à instalação de uma Escola Técnica de Pesca, **"tornando-se nula a cessão, independentemente de ato especial, se ao citado imóvel, no todo ou em parte, for dada aplicação diversa da que lhe é destinada"**. Já se disse que a Marinha tenciona, agora, instalar, no mesmo imóvel, um Centro de Formação de Portuários.

Se o Estado cogitasse de executar projeto com essas características, daria ensejo à resolução da cessão de uso, nos termos da condição imposta no ato. Tratando-se, todavia, de obra a ser efetuada pela Marinha, ainda que com a aquiescência do Estado, não vemos como a alteração de destinação possa vir em prejuízo deste, porquanto realizada por órgão da própria pessoa jurídica cedente.

6. De outro lado, mesmo que as razões aduzidas não fossem suficientes para afastar a idéia de comodato, a outorga de posse por prazo tão dilatado, como o sugerido, determinaria, a nosso ver, a necessidade de provimento legislativo, consoante opinião exposta em pronunciamento anterior desta Consultoria-Geral do Estado (Parecer nº 3944).

7. Em conclusão:

a) Uma vez que a União cedeu ao Estado tão somente a **posse** do imóvel, ficando com o **domínio**, não se justifica juridicamente a realização de um contrato de comodato para devolver à União a posse por esta transmitida. Caberá às partes ajustar de outra maneira os seus interesses, sem recorrer àquele contrato do Direito Civil.

b) Mesmo que assim não fosse, seria indispensável autorização legislativa para que o Estado pudesse dar em comodato imóvel por prazo tão longo.

PORTO ALEGRE, 8 de janeiro de 1979.



# ABANDONO DE CARGO

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 4057

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. ESTATUTO, ARTS. 38 e 217, I – CÓDIGO PENAL, ART. 323

ABANDONO, ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL

O art. 323 do Cód. Penal contém norma penal em branco, cujo substrato há de ser buscado na legislação estatutária.

O abandono-ilícito administrativo se configura através da conduta omissiva do agente, independentemente do **"animus"** deste.

O abandono-ilícito penal exige, além da existência desse fato objetivamente constatável, a intenção ou **"animus"** de abandonar.

Não configurado o abandono-crime, ininvocável é a prescrição do mesmo, a fim de obstar a aplicação da pena administrativa.

1. Vem a exame e parecer desta 2ª Turma da Equipe da Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar da Consultoria-Geral do Estado o inquérito administrativo a que foi submetido E.G.F., Porteiro, interino, padrão 4-0, lotado no Centro de Lotação Especial da Secretaria da Educação e Cultura, acusado de abandono de cargo.

Requereu o referido servidor, no ano de 1964, licença para tratar de interesses particulares e, ao cabo da mesma, não retornou ao trabalho. A defesa fez prova de que o mesmo teve problemas em suas condições biopsíquicas, mas concentrou-se, precipuamente, na afirmação de que o comportamento do acusado, sobre ser ilícito administrativo, configurou crime contra a administração pública (art. 323 do Código Penal).

Como tal, a teor do § 1º do art. 224 do Estatuto, a prescrição da pena administrativa seria regulada pela lei penal, o que acarreta **"in casu"** a impossibilidade de apenar administrativamente o acusado em face da ocorrência da prescrição da sanção penal.

A douta 3ª CPPAD não acolheu essa tese e pronunciou-se pela demissão do acusado por entender que não há termo de comparação entre o delito de abandono de cargo, de consumação instantânea, e a falta administrativa, que é ilícito de execução continuada, o qual exige trinta dias consecutivos para configurar-se. Ademais o ilícito administrativo pode desaparecer, se, nos termos da Lei 6687/74, o servidor exonerar-se da função pública.

2. Afigura-se-nos impossível, sob o aspecto conceitual, distinguir o abandono-ilícito administrativo, do abandono-crime, posto que a conduta do agente descrita na hipótese de incidência da regra estatutária, e da norma penal, é a mesma.

A circunstância de exigir-se, na esfera administrativa, que a interrupção do exercício seja por mais de trinta dias consecutivos (art. 38 do Estatuto), enquanto na ordem penal não exista formalmente tal pressuposto, não diferencia ontologicamente as duas figuras jurídicas porquanto a regra do art. 323 do Código Penal é norma penal em branco, cujo substrato há de ser fornecido pelo ordenamento administrativo. **"In casu"** será o exegeta necessariamente remetido à norma inscrita no art. 38 da Lei 1.751/52 supra referido.

Os exemplos do sentinela e do guarda alfandegário, não falam em favor da instantaneidade do abandono-crime, visto como a falta do primeiro não ficaria sujeita às prescrições do Código Penal, mas sim do Código Penal Militar, que prevê uma sistemática punitiva inteiramente diversa. De sua parte a ausência única do guarda aduaneiro não configuraria ilícito penal, mas infração a dever funcional, punível na forma do respectivo estatuto.

3. O que distingue o abandono-crime do abandono-falta administrativa é o elemento subjetivo, a intencionalidade, a manifestação volitiva, – vale dizer, o dolo específico, a vontade de abandonar, que deve estar presente no primeiro (cf. J. MAGALHÃES DRUMOND – **Comentários do Código Penal** – Forense, 1944, pp. 314), mas que é, em nosso sentir, inexigível no segundo.

Neste, verifica-se apenas um fato objetivamente constatável – ausência de suas funções, por parte do agente administrativo, por mais de trinta dias consecutivos – sendo impertinente a exigência da prova do chamado **"animus abandonandi"**, ao contrário do que tem sido sustentado como argumento de defesa.

É óbvio que o fato do abandono, normalmente uma atitude meramente omissiva do servidor, admite o caso fortuito e a força maior, como excludentes da ilicitude administrativa.

Isso significa que toda vez que, verificada a interrupção do exercício por mais de trinta dias, sem a ocorrência de uma excludente da responsabilidade do agente



administrativo, mas não comprovada também a intenção de abandonar o cargo – estará configurado o ilícito administrativo, mas não o penal.

4. Na espécie **"sub examine"** a defesa trouxe a prova da não-intencionalidade na conduta omissiva do acusado que não reassumiu suas funções, em virtude de problemas de ordem pessoal, sem que, no entretanto, configurassem uma causa impeditiva, da natureza da força maior.

Não há falar-se pois em abandono-ilícito penal, mas caracterizado está o abandono-ilícito administrativo.

Não se configurando, destarte, a hipótese do § 1º do art. 224, ininvocável é, pois, a prescrição do ilícito penal para coibir a aplicação da pena administrativa. E, afastada a prescrição da última, tem inteira cabida a imposição da pena prevista no art. 217, I, do Estatuto, tal como sugerido pela 3ª CPPAD.

PORTO ALEGRE, 18 de maio de 1979.

# ADICIONAL À TAXA JUDICIÁRIA

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 4.252

ADICIONAL À TAXA JUDICIÁRIA PARA CUSTEIO DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. Inviável estabelecer-se tal exação, que, não tendo por fato gerador uma prestação de serviço público referível ao obrigado, mas antes, uma atuação estatal que visa à própria segurança, ordem e paz sociais, configura hipótese de dispêndio público a ser custeado por impostos e outras receitas, considerados o Sistema Tributário regulado pela Constituição Pátria e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), bem como os contornos conceituais da "taxa", única espécie tributária cogitável, visto não ser, à evidência, caso de contribuição de melhoria, nem hayer suporte fático para configuração de imposto da competência do Estado.

Propôs o Departamento de Orçamento da Secretaria de Coordenação e Planejamento, através de seu diretor em exercício, a instituição de um adicional de 20% à TAXA JUDICIÁRIA cobrada pelo Estado em função dos serviços judiciários, nos termos da Lei nº 7.221, de 13 de novembro de 1978.

A finalidade da exação adicional seria, como explicita o digno autor da proposta que acompanha o anteprojeto de lei, a de propiciar meios ao Estado para reaparelhar os serviços penitenciários nos planos físico e técnico, consideradas a precariedade e as insatisfatórias condições dos presídios e cadeias estaduais que não oferecem os meios necessários à recuperação dos apenados.

Com tal desiderato, a proposição prevê que os recursos provenientes do adicional em questão reverteriam ao Fundo Penitenciário, já existente, criado pela Lei nº 5.741, de 24 de dezembro de 1968.

Na Secretaria do Planejamento, o Consultor Jurídico JORGE ALBERTO DIEHL PIRES questionou a constitucionalidade do anteprojeto, fundando suas objeções em que o adicional não se caracterizaria como taxa mas como imposto por não se vincular a um serviço público especifico e divisível e que a vinculação do produto da sua arrecadação constituiria infringência ao art. 62, § 2º da Constituição, tendo, em face disso, sugerido que fosse ouvida esta Unidade de Assuntos Fiscais da Consultoria-Geral do Estado, à qual veio o expediente, por encaminhamento da Chefia da Casa Civil do Palácio Piratini.

É o relatório.

O sugerido adicional de 20% à taxa judiciária teria que se conformar, é evidente, a uma das espécies tributárias incluídas no campo impositivo estadual, quer dizer, taxas de polícia ou de serviços ao Estado atribuíveis, imposto deferido constitucionalmente ou contribuições de melhoria por obra pública realizada.

Dadas a referência do adicional a um serviço do Estado – a manutenção dos serviços penitenciários –, e a circunstância de que representaria, em rigor, uma majoração da vigorante taxa judiciária, vejamos se como "taxa" pode ele ser instituido.

Acerca da natureza e da configuração conceitual da taxa, poucas são as assertivas que têm o prestígio da unanimidade. É mesmo indubidosa a verificação de que nessa matéria as controvérsias são acentuadas e matizam-se com os mais diversificados graus de diferenciação, tendo sido a evolução doutrinária nesse campo uma das mais ricas e interessantes. Sem embargo de tal multiplicidade de critérios de que os autores têm usado para definir e extremar a taxa de outras figuras tributárias, há um elemento substancial, reconhecido por diferentes teorias e que, ademais, tem entre nós, a chancela do direito positivo. É a afirmação de que a taxa tem por fulcro uma atividade estatal específica que se dirige ao obrigado, expressa como norma constitucional (art. 18, I da Constituição) e complementar (art. 77, do CTN, Lei nº 5.172/65).

Assim é a TAXA JUDICIÁRIA cobrada no Estado. De conformidade com a Lei nº 5.192, de 27 de dezembro de 1965 e modificações posteriores, a taxa é "devida por aqueles que recorrem à Justiça Estadual e incide sobre todas as ações e feitos ingressados em juízo" (art. 1º da lei citada).

O adicional à taxa, destinado ao Fundo Penitenciário, representa exação, que tem por base uma atuação do Estado não referível aos usuários dos serviços da administração da justiça. Tendo como fulcro a manutenção e o reaparelhamento constante do sistema penitenciário, o adicional proposto não se embasa numa atividade especialmente ligada aos contribuintes, que seriam as partes litigantes na justiça, como manda a lei.

Ausente, pois, no fato gerador do tributo que se propõe instituir um dos elementos básicos de sua conformação e que o extrema de outras espécies, pois, "para a imensa maioria dos financistas a distinção entre imposto e taxa reside em que ambos são processos de repartição de custos mas enquanto a última divide a despesa só entre os indivíduos componentes do grupo limitado de beneficiários (quer usem do serviço ou o provoquem, quer gozem do serviço porque o têm a sua disposição), em contraste, o imposto opera a divisão dos encargos governamentais por grupos mais dilatados sem a mínima preocupação de que os indivíduos deles



integrantes sejam ou não beneficiados ou tenham a mais remota responsabilidade na provocação do serviço assim mantido" (BALEEIRO, ALIOMAR. **Direito Tributário Brasileiro,** 8ª ed., pág. 300).

No mesmo sentido, RUBENS GOMES DE SOUZA resume:

> "O traço que define a taxa e a distingue do imposto é o caráter específico de sua cobrança, dirigida tão somente contra os que se utilizem ou disponham do serviço de atividade estatal remuneradas". (Parecer, **in** "RDA", vol. 53, pág. 303).

E, bastante explícito, em sua monografia sobre "A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro", BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, assevera:

> "Somente a pessoa que está em ligação com a atividade estatal, que deu origem ao tributo é que pode ser o contribuinte da taxa". (ob. cit., ed. RT, 1968, pág. 75).

Se o fundamental é relacionar-se a cobrança da taxa ao sujeito que se utiliza efetiva ou potencialmente do serviço, vê-se que não é possível eleger aquele indivíduo que recorre à justiça, como contribuinte. Na verdade, a única conexão verificável é por via transversa, se considerarmos que o cidadão que vai ao judiciário, como autor ou réu, está submetido ao mesmo poder – o jurisdicional – que aplica as penas a serem cumpridas através do sistema penitenciário.

Mas, e, se for entendido, apesar da orientação tradicional, expressa inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (v.g. Representação nº 981/5, julgado 18.05.78, **in** "Jurisprudência Brasileira", vol. 20, pág. 100) que a assim denominada taxa judiciária é, na verdade, um preço público, como já se manifestou BERNARDO RIBEIRO DE MORAES? (ob. cit., págs. 62 e 63). Há, em verdade, ponderável argumentação em favor dessa teoria, visto que a taxa judiciária só é paga pela prestação efetiva do serviço público, e não pela sua colocação à disposição, ou prestação potencial, o que é próprio da taxa. Nesse sentido, apresenta caráter de facultatividade, pois somente é devida quando acionada a prestação jurisdicional. Sua facultatividade não condiz, é certo, com a natureza compulsória dos tributos em quaisquer de suas tipificações. Na verdade, porém, essa faculdade de deixar de pagar a taxa judiciária é quase que só aceitável teoricamente, visto a tutela jurisdicional ser, a um só tempo, imprescindível e privativa do Estado, ao qual tem o indivíduo, afinal, que recorrer, para fazer valer o seu direito. Como pondera JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALKMIN, os preços cobrados por atividades prestadas em regime de monopólio, privaticidade ou sem concorrência, envolvem "coação tênue" e servem para demonstrar a dificuldade de se fazer a distinção, em termos práticos, entre taxas e preços públicos pelo elemento da compulsoriedade.

Admitindo, então, que a exação em tela configure preço público, estaria contornada a exigência de referibilidade do serviço aos indivíduos que o pagam?

Impõe-se a negativa. Certo, o fundamento há de ser diferente do relativo às taxas. Para estas, a exigência legal (C.T.N., art. 77), baseada em distinções de cunho financeiro, era necessária, precisamente para caracterizá-la e distingui-la de outras exteriorizações do "poder fiscal", tais como o imposto e algumas contribuições.

Já para os preços públicos, a exigência de guardarem correspondência com os serviços oferecidos, é implícita. Deve ser ressaltado que a atração do Estado, sob qualquer modalidade, quer exteriorizando poderes de império, quer atuando na seara do direito privado, tem de ser lícita, regular e normal. Pois, com MIGUEL REALE

> "pode-se dizer que o Estado, sob o prisma de sua dinamicidade, se confunde com a rede complexa das atividades desenvolvidas para a consecução dos **fins sociais** consagrados, direta ou indiretamente, na Constituição e nas leis, assim como para a projeção normativa de novas exigências éticas e materiais da comunidade". (**in** "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo", 1ª ed. pág. 21).

Não haveria razão plausível para que o Estado impusesse, a par do preço pelos serviços que oferece, um "plus" destinado a fins estranhos. Especialmente, em se tratando de um serviço cuja titularidade é privativa do poder público, como é o da Justiça, a exigência de onerar indevidamente o usuário, há de ser rejeitada.

Assim, embora para os preços públicos não exista regra expressa de vinculação ao usuário, essa vinculação é até mais forte, pois decorre da própria comutatividade da relação "oferta-utilização do serviço", entendida aquela qualidade na sua acepção própria de "relativa equivalência de valores" (PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, Instituições de Direito Civil, 1ª Edição, vol. III, pág. 47).

É desnecessária uma disposição legal vinculante, pois a correspectividade é o substrato mesmo que embasa e autoriza a fixação do preço. Porque ausente o **poder fiscal**, no caso do preço público, o único elemento fundante de sua cobrança é o serviço, a utilidade fruída, não sendo de impor-se ao usuário outros encargos estatais ou sociais. Isso porque, estamos aqui no campo daquilo que HUGH DALTON denomina "princípio do preço contratual" (**In** Princípios de Finanças Públicas, FGV, 1970, pág. 164).

Certo, e o referido autor, como outros teóricos das Finanças Públicas (EINAUDI, SELIGMAN) admite que o preço público seja mais ou menos onerado, conforme "considerações acerca do benefício social exigirem que o uso dos serviços em questão seja especialmente desestimulado ou seja de modo especial incentivado" (ob. cit., págs. 166/167), mas essa gradação é determinada, como fica claro no texto transcrito, em função de **peculiaridades do próprio serviço prestado**, e não de exigências a ele estranhas.



Então, quer como taxa, quer como preço público, a cobrança tem de se referir à atividade relativa ao particular; na primeira hipótese, pela utilização efetiva ou potencial; na segunda, apenas pela utilização efetiva.

De outra parte, cumpre perquirir acerca da própria natureza da atividade estatal que se pretende seja fundamento para cobrança de taxa, isto é, a de manutenção e reaparelhamento do sistema penitenciário.

Em termos de preservação da ordem e da segurança internas, bem como da proteção a sociedade civil e os valores por ela consagrados, tal atuação é essencial. Na verdade, pode-se dizer que é indispensável para a própria continuação do Estado e de seus fins. Aqui, precisamente, pode-se surpreender a impropriedade de utilização de taxa para fazer face ao mister almejado.

Dentre as inúmeras classificações doutrinárias respeitantes aos serviços públicos, uma há que destaca as atuações estatais em função da essencialidade que tenham para a organização social e a comunidade.

São, como os denomina HELY LOPES MEIRELLES (**In** D.A.B., 4ª ed. pág. 297) os **serviços públicos propriamente ditos** que "a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado", exemplificando a espécie com os serviços de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

Os serviços públicos propriamente ditos não têm como destinatários os indivíduos componentes da comunidade, naquilo que lhes seja singularmente vital ou importante, mas endereçam-se à comunidade mesma, com o intuito de preservar-lhe os laços e a estruturação que a mantém como organismo vivo. Por isso, acrescenta o autor antes citado, tais serviços se denominam "pró-comunidade" em oposição aos serviços "pró-cidadão", que podem referir-se à coletividade, apenas por via reflexa do benefício individual obtenível.

Trazida para o campo fiscal a distinção, o ensinamento de GIANINNI (apud ALCKMIN, JOSÉ GERALDO RODRIGUES, **in** "Os Tributos e sua classificação", Ed. Resenha, 1975, pág. 32) ao classificar os tributos sob critério financeiro partindo da natureza dos serviços públicos e sua relação com os que usufruem, é oportuna. Segundo o mestre italiano, há serviços que redundam em benefício de toda a coletividade, considerada como massa unitária e indistinta, sem que se possa estabelecer qual o grau de benefício auferido individualmente, como o serviço de defesa externo e segurança interna. Nessa hipótese, porque impossível chamar os contribuintes a concorrerem em despesas indivisíveis, a repartição das despesas se faz em atenção à capacidade contributiva. E é o imposto essa forma de contribuição.

A conclusão apontada por GIANINNI é, aliás, clássica na Ciência das Finanças, e há concordância entre os autores sobre esse ponto fundamental: atividades estatais existem para as quais não se pode prever uma contribuição específica, atribuível aos administrados, pelo fato de que, antes de se vincular a estes a atividade visa à comunidade. Atuações dessa ordem são custeadas pelos impostos, como já ensinava EINAUDI:

> "Tem-se o imposto quando se satisfaz necessidades comuns a todos e indivisíveis, como por exemplo, a segurança nacional. Não se conhecendo, neste caso, que vantagem se propicia a cada pessoa, individualmente considerada, reparte-se entre todas o custo, com critérios especiais". (cit. por GERALDO ATALIBA, in Apontamentos de Ciência das Finanças, ed. RT, pág. 19).

E o nosso AMARO CAVALCÂNTI, nos inícios da República afirmava, no mesmo sentido:

> "... o Estado, ao contrário, procura pelo imposto os meios de satisfazer as despesas necessárias da administração ou indispensáveis ao bem comum, tais como a manutenção da ordem". (apud ALIOMAR BALEEIRO, ob. cit., pág. 33).

O reaparelhamento físico e a melhoria das condições em que se desempenham as funções do sistema penitenciário, são, é certo, objetivos que o Estado deve perseguir, daí o mérito da proposição. Entretanto, como demonstrado, essas atividades representam benefícios à comunidade indivisa e devem, portanto, ser mantidas à custa de impostos e outras receitas, descabendo instituição de taxa com tal fim. Aplicável à espécie a advertência:

> "Há obrigação jurídica de o Estado prestar os serviços correspondentes, não podendo condicioná-los à retribuição especial". (VILLEGAS, HECTOR. "Verdades e Ficções em Torno do Tributo Denominado Taxa", in RDA, jul./set. 1971, págs. 322/339).

Então, como visto, o tributo que se pretende instituir, desvinculado que se acha de serviço público divisível endereçado aos sujeitos passivos, só poderia caracterizar a espécie imposto, esta sim, desprendida de qualquer atuação específica referível ao obrigado. Mas, como imposto, a inconstitucionalidade é, do mesmo modo flagrante, pois não apresenta hipótese de incidência inserida no campo competencial do Estado, esbarrando, pois, na rígida discriminação de rendas procedida pelo Estatuto Maior.

Por fim, se admissível fora a exação proposta, do ponto de vista de sua estruturação, haveria que se observar a inconstitucionalidade consignada no artigo 2º do anteprojeto, pela vinculação do produto de sua arrecadação ao "Fundo



Penitenciário", o que vem conflagrar a disposição do artigo 62, § 2º da Constituição, pelo qual se vedam as vinculações de arrecadação a qualquer órgão, fundo ou despesa. De sorte que a finalidade que orienta a proposição – prover o Fundo Penitenciário dos recursos necessários ao reaparelhamento, modernização e melhoria do sistema penitenciário – não poderia mesmo ser cumprida pela forma aventada, já que os recolhimentos respectivos não se poderiam, por proibição constitucional, destinar ao Fundo. A solução do problema não está, como visto, em se estabelecer novo gravame fiscal, mas na decisão oficial de se consignar em orçamento verba suficiente para atender essa imprescindível melhoria, cujo sustento deve correr por conta de receitas originárias ou derivadas, estas sem vinculação.

É, pois, pelas razões antes expedidas, as quais, em resumo, evidenciam desatender o tributo sugerido a requisito elementar na configuração ontológica e legal de taxa, qual seja, o de sua referibilidade a um serviço prestado ou posto compulsoriamente à disposição do sujeito passivo, bem como, em função do caráter apontado somado à natureza da atividade que visa a manter, conformar hipótese da atuação estatal a ser sustentada por receitas gerais não vinculadas, especialmente impostos, que concluo, em consonância com a manifestação prévia do douto Consultor Jurídico JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, ser inconstitucional o proposto adicional de serviços penitenciários à TAXA JUDICIÁRIA DO ESTADO, cobrada, atualmente, conforme a Lei nº 7.221, de 13 de dezembro de 1978.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 6 de dezembro de 1979.

# REVISÃO DE PROVENTOS

CLARITA GALBINSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.191

REVISÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA.

Inteligência do Artigo 1º da Lei nº 7.250, de 29 de dezembro de 1978.

1. Requer A.D.S., servidora inativada no cargo de Revisor de Serviços Jurídicos, padrão CGE-11, avanço 10, do Quadro de Pessoal da Consultoria-Geral do Estado, anteriormente à égide da Lei nº 7.250, de 29 de dezembro de 1978, revisão de proventos por se julgar com direito ao regime de retribuição previsto para os funcionários cuja jornada laboral correspondesse a quarenta e quatro horas semanais de trabalho, na conformidade da citada Lei.

2. Os proventos da requerente já foram objeto de revisão, por força da Lei nº 7.251, de 12 de janeiro de 1979 (artigo 13), com base no cargo e classe que exerceria, se em atividade estivesse – Agente Administrativo, Classe **"o"** – porém com a carga horária correspondente a trinta e três horas semanais de trabalho.

3. Face à controvérsia constatada quanto ao regime horário que deveria ter sido tomado em conta, quando da revisão dos proventos da peticionária, é o processo remetido a esta Consultoria-Geral do Estado, pelo Secretário de Estado da Administração, consideradas ainda as normas do Decreto nº 29.021, de 18 de julho de 1979, que tratam de delegação de competência.

4. Para o desate da questão impõe-se o exame das normas sob cuja incidência teriam os proventos da peticionária sofrido a primeira alteração, em especial o art. 1º, da Lei nº 7.250, de 29 de dezembro de 1978, que exara:

> **"Art. 1º – Os integrantes do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado, instituído pela Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1964, inativados em cargo em comissão ou função gratificada, nos termos do art. 182 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, antes da vigência da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, terão os proventos do cargo de provimento efetivo que detiveram revistos para o montante equivalente ao regime de quarenta e quatro horas semanais de trabalho, se a ele já não corresponderem.**
>
> **§ 1º – A disposição do presente artigo, respeitadas as condições nele estabelecidas, abrange os inativos cujos cargos tinham por paradigma, no momento da inativação, o Quadro Geral, conservando-o até a vigência desta Lei".**

5. Embora a duvidosa constitucionalidade do artigo transcrito, eis que o mesmo não outorgou idêntica vantagem aos titulares de função gratificada em atividade, cumpre adentrar na análise do relacionamento entre o Quadro de Pessoal da Consultoria-Geral do Estado e o Quadro Geral dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

6. Releva aduzir que anteriormente à estruturação do quadro próprio de pessoal desta Casa, autorizada pelo artigo 4º da Lei nº 6.834, de 16 de dezembro de 1974 e introduzida através do Decreto nº 23.619, de 27 de dezembro de 1974, eram os servidores da Consultoria-Geral do Estado pertencentes ao Quadro Geral dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

7. Com a edição do referido Diploma Legal, surgiu o Quadro de Pessoal da Consultoria-Geral do Estado, como quadro fechado, continuando, porém, paradigmado àquele instituído pela Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1964, no que tange aos cargos e padrões de vencimentos, na conformidade do disposto nos seus artigos 11 e 12, que prescreviam:

> **"Art. 11 – As tabelas de vencimentos dos cargos integrantes dos Serviços Auxiliares e dos em Comissão ou Funções Gratificadas do Quadro de Pessoal da Consultoria-Geral do Estado serão as mesmas adotadas para cargos de igual padrão do Quadro Geral dos Funcionários Públicos Civis do Estado e do Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, ambos instituídos pela Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1964.**
>
> **Art. 12 – Aplicam-se aos cargos mencionados nos artigos 4º e 8º do presente Decreto, as disposições sobre regimes especiais de trabalho vigorantes para o Quadro Geral dos Funcionários Públicos".**

8. Eis, em termos práticos, alguns exemplos da aludida equiparação:

| Quadro Geral | Quadro de Pessoal da CGE |
|---|---|
| Oficial Administrativo, padrão 12<br>Revisor, padrão CGE-11 | Oficial Ad. padrão CGE-12<br>Revisor Serviços Jurídicos, padrão CGE-11 |
| Auxiliar de Administração, padrão 7 | Auxiliar Administrativo, padrão CGE-7 |



9. Desta forma, o Quadro de Pessoal desta Consultoria-Geral esteve igualado ao Quadro Geral dos Funcionários Públicos Civis do Estado até o advento da Lei nº 7.251, de 12 de janeiro de 1979, quando, por força do seu artigo 6º, tomou por correspondência o Quadro de Funcionários da Secretaria da Fazenda, Órgãos de Supervisão e Controle.

10. Vencida, no caso concreto, a etapa preliminar – paradigmação do Quadro de Pessoal da Consultoria-Geral – resta verificar se a postulante implementou os demais requisitos legais para que se pudesse concretizar o seu direito.

11. Informa, neste sentido, o Núcleo de Pessoal da Unidade de Apoio Técnico-Administrativo do Órgão que a solicitante inativou-se em 14 de julho de 1971, antes, portanto, da vigência da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, por ato inserto no Boletim nº 924/71-SEA, publicado no Diário Oficial de 14 de junho de 1971, incorporando, outrossim, a função gratificada de Dirigente de Núcleo, padrão FG-CGE-6.

12. Complementadas mais estas duas exigências legais, resta a verificação do lapso temporal de vigência das Leis nºs 7.250 de 1978 e 7.251 de 1979.

Dispõe o artigo 4º da Lei nº 7.250 de 1978:

> **"Art. 4º – Esta Lei entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao de sua publicação."**

13. Significa isto, embora a péssima técnica legislativa empregada na redação do artigo, dado que sua publicação foi efetuada no dia 29 de dezembro de 1978, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1979.

14. De outro lado, preceitua a Lei nº 7.251 de 1979 em seu artigo 21:

> **"Art. 21 – Esta Lei entrará em vigor a 16 de março de 1979."**

15. Sobrepassado está, desta forma, o eventual problema temporal que poderia existir em relação à vigência, visto como as leis são de numeração sucessiva.

16. Demarcados passo a passo os requisitos legais, tem-se por certo que a requerente é destinatária da norma contida no artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.250 de 1979:

a) Inativou-se antes da vigência da Lei nº 6.486 de 1972.

b) Detinha função gratificada no momento da aposentação.

c) Seu cargo e função eram paradigmados no Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado quando da inativação.

d) Seu regime de trabalho era de 33 horas semanais.

e) O paradigma do chamado **Quadro Geral** foi desfeito somente em 16 de março de 1979.

f) A Lei nº 7.250 de 1978 entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1979.

17. Faz assim a postulante A.D.S. jus ao que pleiteia, ou seja, à revisão de proventos para que lhe seja deferido o regime horário de 44 horas semanais.

Por último, ressalte-se que, face ao Decreto nº 29.021, de 18 de julho de 1979, artigo 14, item II, nº 8, que dispõe sobre delegação de competência e como novidade deste expediente, é o Consultor-Geral do Estado a autoridade competente para a retificação e expedição dos atos administrativos que impliquem em fixar, retificar, revisar, ou alterar proventos de aposentadoria, como no caso dos autos, razão pela qual deve o processo ser remetido à Unidade de Apoio Técnico-Administrativo desta Casa para elaboração e expedição do ato retificatório e, posteriormente, à Secretaria da Administração para fins de registro e publicação.

PORTO ALEGRE, 22 de outubro de 1979.



# REAJUSTE DE PREÇO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

SILVIA LA PORTA DE CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4289

CONTRATO ADMINISTRATIVO: Reajuste de preço.

Aplicação das Normas Brasileiras, em atendimento ao disposto no Decreto Estadual nº 3093/1952.

1. A FUNLAR – Fundação Gaúcha do Lazer e Recreação, órgão vinculado à Secretaria do Trabalho e Ação Social, dirige-se a esta Procuradoria-Geral para obter pronunciamento sobre questão relativa ao reajustamento de preço nos contratos administrativos por ela firmados com empreiteiros para efetivar a implantação de Centros Sociais Urbanos.

2. O problema suscitado comporta duas ordens de indagações, a saber:

a) a validade dos atos jurídicos praticados pela FUNLAR até então, no que respeita ao índice de reajuste de preço estabelecido nos contratos já firmados, referente a obras em curso;

b) fixação de um índice cujo suporte legal seja inquestionável e não suscite dificuldades de aplicação ao administrador.

Acompanha o expediente parecer do Consultor Jurídico da CEDRO, dizendo da correção dos índices de reajuste que vêm sendo usados e parecer do Assessor Jurídico da FUNLAR, sugerindo pela utilização dos critérios fixados pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Importa, ainda, referir que o estabelecimento de um critério único nesta matéria é aguardado por várias Secretarias de Estado, em regime de urgência, eis que vários editais de licitações estão em vias de serem publicados, apenas na expectativa da solução a este problema.

3. A dificuldade suscitada originou-se da diferença de critério trazido pela Lei Estadual nº 6.718 de 18 de julho de 1974 e pelo Decreto que a regulamentou, de nº 23.264 de 21 de agosto de 1974.

Vem sendo aplicado o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 6.718 que estatui pela aplicação das normas da ABNT. Tais normas, mais especificamente a NB-75, prescrevem em seu item 5.1.2. a seguinte fórmula:

R = Po x C

sendo:

R = valor do reajustamento procurado

Po = valor da Obra executada, correspondente a cada prestação, segundo os PREÇOS INICIAIS (global, parcial ou unitário);

C = fator de reajustamento

E no item 5.1.3. esclarece que o fator de reajustamento (C) é calculado pela expressão

$$C = \frac{i}{io} - 1$$

sendo:

i = índice de preços do mês correspondente à prestação ou FATURA a ser reajustada, obedecido o CRONOGRAMA vigente, desde que o prazo intermediário entre duas prestações ou FATURAS sucessivas seja igual ou inferior a um mês;

io = índice geral de preços.

Ocorre que o Decreto nº 23.264/74 que regulamentou a Lei nº 6.718 alterou a fórmula da NB-75 para

R = 0,9.Po x C.

De modo que o reajuste que vinha sendo aplicado é na ordem de 100% (cem por cento). E o previsto no decreto é na ordem de 90% (noventa por cento).

Esta diferença resulta na defasagem entre os percentuais, que, à primeira vista, parece prejudicial aos cofres públicos, vez que onera em 10% (dez por cento) o reajuste do preço contratado. Diz-se, porém, à primeira vista, porque, de fato, seja qual for a fórmula adotada, **o resultado final**, economicamente considerado, não apresenta alteração significativa: o empreiteiro repassa para o preço global a parcela a menos que receberia a título de reajuste, em sendo adotada a fórmula trazida pelo decreto regulamentador da lei.

Inobstante esta circunstância, que é de ordem econômica e não jurídica, trata-se de perseguir e obter um fundamento legal, pelo qual se convalide os atos praticados, e que seja o substrato jurídico para os novos contratos a serem celebrados pela Administração Pública Estadual.

4. Uma primeira observação a se registrar diz respeito ao caráter transitório da Lei nº 6.718/74.

> **"(...) foi editada e regulamentada num momento extraordinário de crise no setor da construção civil, com vigência temporária e alcance restritissimo.**



> **As expressões dos artigos 1º e 8º da lei "os reajustamentos de preços** nas licitações em curso e nos contratos já celebrados **(...) revelam o caráter transitório daquela autorização legal". (cfe. Parecer nº 4.167 do Dr. IVALINO JOÃO BORTOLAN).**

A transitoriedade de suas disposições também se infere de Ato Normativo baixado pelo Poder Executivo em 16 de setembro de 1974, que em seus considerandos diz da **"inexistência de índices específicos próprios do Estado do Rio Grande do Sul"**, ordenando **"a imediata aplicação da Lei nº 6.718, de 18 de julho de 1974,** de efeitos transitórios"

5. Inobstante a lei ter esta duração efêmera, sua aplicação aos contratos em curso não contém nenhuma ilegalidade, vez que inexiste disposição superveniente, neste particular. Não se legislou no Estado a respeito de critérios para reajuste de preço contratual e à adoção dos índices ali previstos não diferem praticamente em nada dos que foram fixados em legislação anterior, conforme se demonstrará.

Resulta que os atos jurídicos praticados foram perfeitos, tendo gerado direitos às partes contratantes.

MIGUEL REALE, em parecer pronunciado sobre questão análoga (**Natureza Jurídica dos Contratos de Obras Públicas e o Problema do Reajuste de Preços**, in Direito Administrativo, Forense. 1ª ed. pág. 131 e seg.) comenta que a pretensão de alterar as bases de cálculo, uma vez já firmados os contratos pela Administração, é não só **extemporânea** como **abusiva**.

E continua considerando que tais modificações

> **"(...) implicariam em ofensa a situações jurídicas definitivamente constituídas, conferindo-se à Administração um poder que lhe não assiste, qual seja o de** revogar ou anular atos que já deram lugar à formação de direitos subjetivos, tão-somente como decorrência de modificação operada nos critérios até então seguidos sem eiva de ilegalidade". **(Grifado no original).**

Mostra com notável clareza, citando lição clássica de DE SOTO (**in** "Contribution à la Theorie des Nullités des Actes Administratifs Unilateraux", Paris, 1941, pág. 206) que

> **"(...) o decurso de um certo tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e** transforma uma situação de fato em uma situação jurídica, em direito subjetivo. **Haveria, pois, uma espécie de** prescrição extintiva da irregularidade do ato, ou mesmo de prescrição aquisitiva de um direito subjetivo à conservação do ato". **(grifado no original).**

Na hipótese acima aventada, mesmo havendo irregularidade na gênese do ato, os interesses das partes são merecedoras de tutela.

Assim sendo, não se vislumbra nenhuma razão a fulminar de nulidade ou anulabilidade os negócios jurídicos praticados, eis que não se revestiram de forma defesa em lei (art. 145, III do Código Civil) e constituíram, sem sombra de dúvida, uma situação jurídica geradora de direitos, insuscetível de revogação pela Administração.

Ademais, consoante os melhores administrativistas que tratam da relação Administração-administrado, impõem-se nos contratos celebrados pelo Poder Público aquelas regras de boa fé, de probidade e de lealdade comercial que são fundamentos da ordem jurídica (cfe. TREVES, **in** "L'attività commerciale dello Stato", pág. 135, apud MIGUEL REALE, p. cit).

6. Digno de nota é também a circunstância de que o Decreto Federal nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, que regula a matéria a nível federal, e que por força de seu art. 94 tem suas disposições aplicadas aos Estados, determina a menção obrigatória nos contratos administrativos:

**"Art. 51 – Deverão constar obrigatoriamente do contrato,**

. . . . . .

**II – valor do contrato, preços, formas de pagamento, condições de reajustamento, se previsto no ato convocatório, bem como a natureza e o valor das garantias exigidas".**

Ora, esta condição legal esteve sempre cumprida pelo agente público. Na minuta de contrato que acompanha o expediente está prevista na Cláusula Quinta expressamente esta condição, referindo a aplicação do critério NB-75, com os índices da Construção Civil e Obras Públicas – Coluna Edificações, publicados pela Fundação Getúlio Vargas, através da Revista Conjuntura Econômica.

E consta a fórmula adotada.

Outra não é a exigência encontrada nos administrativistas, senão no sentido de que:

> **"Como exceção, o reajustamento de preços há que ser expressamente previsto pelas partes e delimitado nos seus índices correcionais, no instrumento inicial do contrato. Não é a concordância posterior das partes que legitima a revisão de preço; é o contrato originário que há de autorizar essa revisão desde que admitido no edital, na conformidade da legislação permissiva do reajustamento". (HELY LOPES MEIRELLES, em "Licitação e Contrato Administrativo", ed. Re. dos Trib., SP. 73, pág. 196).**

E o mesmo MEIRELLES segue referindo que a fórmula dos índices será a estabelecida em norma legal ou regulamentar **da respectiva Administração contratante** (página 197).



7. O problema que emerge aqui consiste exatamente em fixar com exatidão qual o texto legal, a nível de Administração estadual, que rege a matéria. Senão vejamos:

A nível Federal, regulando especificamente **a revisão de preços em contratos de obras ou serviços,** temos o Decreto-lei nº 185 de 23.02.67 que em seu art. 6º consignou que tal revisão serai calculada segundo a fórmula

$$R = 0{,}90 \times \frac{Ii - Io}{Io} \times V$$

Sendo:

R = valor do reajustamento procurado;
Io – índice de preços verificados no mês da apresentação da proposta que deu origem ao contrato;
Ii – média aritmética dos índices mensais do período que deverá ser reajustado;
V – valor contratual da obra ou dos serviços a serem reajustados.

8. A incidência deste critério só foi afastada com a superveniência da Lei federal nº 6423 de 17 de junho de 1977 que estabeleceu a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) como base de correção **"em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico"** (art. 1º), substituindo expressamente **"quaisquer outros índices ou critérios de correção monetária previstos nas leis em vigor"** (art. 1º § 2º). Mas a mesma lei excepciona em seu art. 2º que:

> **"(...) não se aplica aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura ou a prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá reajustar-se em função do custo de produção ou da variação no preço de insumos utilizados"**

Os contratos ora em apreço são exatamente os inseridos nesta categoria. Tem natureza híbrica, de fornecimento, de empreitada e de prestação de serviços, de modo que se lhes aplica a exceção.

9. Mas recentemente foi editado o Decreto nº 83.992, de 18 de setembro de 1979, dispondo sobre a revisão de preços em contratos de obra ou serviços a cargo do Governo Federal, contratos estes ao abrigo do Decreto-lei nº 185/67, determinando que em tais contratos – e que são precisamente os que foram excepcionados pela Lei nº 6.423/77 – **"o cálculo de reajustamento do preço contratado não poderá incluir parcela de aumento de salário que exceder os índices oficiais de correção salarial"** (artigo 1º), ficando responsabilizado administrativamente o servidor que descumprir a determinação.

De modo que a aplicação do Decreto-lei nº 185/67, a nível federal, é inquestionável.

10. A nível estadual, tem-se entendido pela aplicação do Decreto nº 3.093/52, dado que inexiste disposição legal superveniente. a não ser a Lei nº 6.718/74, de caráter transitório, conforme já se viu.

Tudo indica pela correção em se fazer aplicáveis as disposições daquele Decreto, posto inclusive que manda adotar **obrigatoriamente** as Normas Brasileiras (NB-75), ficando inteiramente convalidado este critério de reajuste vez que:

a) não é **contra legem**;
b) consta expressamente de edital e de cláusula contratual;
c) resultou da livre adoção de critérios de reajustamento de preço por parte dos contratantes, gerando direitos e obrigações.

11. Considere-se, por fim, que a consulente FUNLAR foi instituída pelo Decreto Estadual de nº 23.797, de 12 de março de 1975, que a designou como **"órgão da Administração Estadual Indireta"** (art. 2º).

Assim, embora tenha personalidade jurídica de entidade privada – e então suas relações contratuais reger-se-ão pelo Código Civil (arts. 24 e seguintes) – deve adotar **"os princípios de licitação para compras, obras e serviços contratados"** (cfe. art. 3º, letra "a" do Decreto nº 23.974, de 08 de agosto de 1975). De modo que se lhe aplicam os princípios que devem estar presentes em matéria de contratos administrativos e, mais especificamente, **in casu**, dos critérios para reajuste de preço.

12. Conclui-se, então, que:

I – os contratos firmados pela FUNLAR constituíram negócios jurídicos válidos, gerando direito subjetivo, não sendo passíveis de revisão;

II – é aplicável, em matéria de reajuste de preço contratual, para os contratos de fornecimento e de empreitada, o Decreto Estadual nº 3.093/52 que manda adotar obrigatoriamente as Normas Brasileiras, embora a Fundaçao, dado sua natureza de pessoa jurídica de direito privado esteja submetida **aos princípios** que regem a matéria, não ficando propriamente adstrita às normas específicas que se destinam às entidades de direito público;

III – não se cogita da aplicação da Lei nº 6.718/74, nem do Decreto nº 23.264/74, dado seu caráter transitório, sendo, pois, extemporânea a discussão sobre a diferença entre suas fórmulas;

IV – é conveniente referir expressamente no edital e no contrato o critério de reajuste adotado (NB-75), com menção ao seu fundamento legal (Decreto nº 3.093/52).

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de janeiro de 1980.



# PEDI VISTA

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

Parece imperioso fixar a natureza jurídica da matéria em questão, reajustamento dos preços nos contratos administrativos, chegando-se a afirmar a extensão dos poderes estaduais para legislar a respeito.

Trata-se, sem dúvida, de problema enfeixado numa estrutura de caráter administrativo, a que pertine a realização do bem público através da obra, do fornecimento ou do serviço contratado. Fixa-se um preço e se reajusta depois, na tarefa maior de administrar a coisa pública.

RAFAEL BIELSA nos dá a seguinte definição do Direito Administrativo:

> **"Conjunto de normas positivas e de princípios de Direito Público de aplicação concreta à instituição e funcionamento dos serviços públicos e ao conseqüente controle jurisdicional da Administração Pública." (Compêndio de Derecho Público, 1952, II/1).**

Se o instituto versado está como parte para um todo, que é a própria dinâmica do serviço público, não há negar sua natureza administrativa.

A Constituição Federal prevê as normas gerais de Direito Financeiro no artigo 8º, nº XVII, "c".

Ensina GERALDO ATALIBA:

> **"Tecnicamente "finanças públicas" é o nome consagrado de um conjunto de questões ligadas aos dinheiros públicos: sua aquisição, gestão guarda, administração e dispêndio". (...) "O conjunto de normas sobre tal matéria (finanças públicas) é conhecido por "direito financeiro." ("Inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 354, de 1968, RDP – vol. 6/1968 – pág. 157).**

Em outro trabalho, publicado na mesma revista, pontifica o mestre:

> **"Os pontos de contato, portanto, entre estas duas ciências (ciência das finanças e direito financeiro) são necessariamente poucos e reduzidos. O direito financeiro é mero capítulo do direito administrativo, que, por sua vez, é ramo do direito público." (RDP-vol. 7/1969 – pág. 207).**

Sem dúvida, portanto, que a busca de um critério de justiça na fixação e atualização dos preços a serem pagos aos empreiteiros, fornecedores ou consultores contratados pela Administração Pública é matéria abrangida pelo Direito Financeiro, compreendida no seu objeto.

Concluímos então que o reajustamento dos preços nos contratos administrativos é matéria híbrida, referente ao direito administrativo e ao financeiro. Num ou noutro campo a competência estadual para legislar é a supletiva, cujos lindes se

encontram nas normas genéricas e nos princípios estruturais fixados pelo legislador federal. É o que decorre do parágrafo único do art. 8º da Lei Maior.

Com isso podemos enfrentar um segundo ponto: fixar o Estado-Membro índices ou critérios do reajustamento de preços é atuação contida nos limites das normas federais brasileiras?

O Decreto-lei nº 200/67 e o Decreto-lei 900/69 não desceram a essas minúcias. O Estado de São Paulo o fez. Se atendido o espírito da chamada reforma administrativa, não vemos como impedir a criatividade do legislador estadual. Esse não pode ferir os princípios maiores, mas pode se autolimitar, como aconteceria se fixasse índices menos inflacionários que os federais.

Eis a palavra de HELY LOPES MEIRELLES:

> **"As licitações são atualmente regidas pelo disposto nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei Federal 200, de 25.2.1967, aplicáveis aos Estados e Municípios por força da Lei Federal nº 5.456, a partir de 20.6.1968. Essa lei faculta aos Estados legislar supletivamente sobre a matéria, tendo em vista as peculiaridades regionais e locais. (art. 4º); (...). Tais normas, são, porém, de caráter generico, pelo que devem ser suplementados por disposições mais especificas, de cada repartição licitante. (...) Essa prática é perfeitamente lícita e até desejável, em face do silêncio do Estado, desde que atenda as regras impostas pele União e pela legislação local de caráter geral." (Estudos e Pareceres de Direito Público, col. II, RT – 1977, pág. 91).**

Tendo o legislador gaúcho feito uma opção, através do Decreto nº 3.093, de 1952, não se configura possível cogitar de aplicação de fórmula diversa da contida na NB-75, que seria a do Decreto-lei Federal nº 185, de 23 de fevereiro de 1967, pelo simples fato de não ter o primeiro diploma legal citado estabelecido uma norma própria, consoante fez o legislador paulista.

**"Legem habemus".**

Seria, no entanto, aconselhável que se legislasse no Rio Grande do Sul, agora sobre a matéria, descendo às minúcias necessárias, eliminando as dúvidas e atuando nos limites acima referidos, sem ampliar os princípios básicos da legislação federal, mas inovando em tudo o que não está vedado ao legislador estadual. Frise-se, mais uma vez, que o reajustamento dos preços contratuais não é matéria compreendida nos princípios fundamentais da reforma administrativa, não cabendo aqui cogitar de limites máximos para o legislador estadual, pois tal campo está em aberto, conforme deflui do exame da própria legislação federal e da norma da Lei Maior.

De acordo com o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de janeiro de 1980.



# CONTRATO DE FORNECIMENTO PARA A AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora da Fundação Rio-Grandense Universitária de Gastroenterologia

PARECER Nº 4209

PREÇOS. CONTRATO DE FORNECIMENTO.

O aceite pelo Estado das mercadorias ofertadas pelo fabricante através de listas de preços é suficiente para tornar efetiva a venda, não importando que a entrega e o faturamento dos veículos ocorram em data futura, tudo mediante estipulação contratual.

A Central do Sistema de Transporte Oficial do Estado (SISTRAN), em sessão ordinária de 21 de novembro de 1978, por iniciativa do Superintendente do DECAM – Departamento Central de Administração do Material e tendo em vista a política de comercialização de veículos que vem sendo adotada pela Volkswagen do Brasil S.A., com o cancelamento dos pedidos de aquisição de veículos sem alteração de preços, em torno de 20 (vinte) dias antes da majoração permitida pelo Conselho Interministerial de Preços, deliberou em oficiar ao Secretário de Estado da Administração e Chefe da SISTRAN, para que determinasse um estudo pela Assessoria Jurídica daquela Pasta, ou, se não fosse da competência desse órgão, pela Subchefia Jurídica da Casa Civil, ou, ainda, pela Consultoria-Geral do Estado, a fim de analisar a legislação de preços no mercado de veículos e, após, orientar sobre as medidas cabíveis para coibir dita conduta considerada abusiva e que acarreta prejuízos ao Estado. Para melhor instruir a consulta foram anexadas cópias das Atas das sessões ordinárias da SISTRAN, de 21 de novembro e 05 de dezembro de 1978, nas quais o assunto fora debatido.

Consultada a respeito da matéria, a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração identificou a consulta como sendo relativa à política de material do Estado e de fornecedores registrados para atividades comerciais junto ao Estado e considerou fugir da sua incumbência o exame da matéria, eis que na qualidade de Agente Setorial do Sistema de Assistência Jurídica, incumbe-lhe tão-somente emitir pronunciamento sobre as relações jurídicas celebradas entre a Administração Pública e seus servidores.

Em face disso, a Secretaria da Administração encaminhou o expediente a esta Consultoria-Geral para estudo e manifestação a propósito da matéria.

Distribuído o Processo à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Gerais, baixou o mesmo em diligência ao órgão de origem para que fossem juntados a correspondência da Volkswagen do Brasil S.A. pertinente e o contrato de fornecimento ou equivalente entre a Administração e a sobredita empresa.

Com os documentos juntos, à exceção do contrato que não é utilizado pela Administração na espécie sob exame, retornou o expediente para fins de exame e parecer.

É o relatório.

2. O que ocorre na realidade é que a Volkswagen oferece ao Estado os veículos de sua fabricação, divulgando seus preços por meio de listas contendo os preços vigentes, com desconto para vendas ao Governo, renováveis a cada majoração de preços autorizadas pelo CIP-Conselho Interministerial de Preços.

Sempre que se aproxima a data da majoração de preços a Volkswagen suspende a validade de tais preços, sujeitando os pedidos de fornecimento de veículos à consulta prévia para cobrar ao Estado o preço constante da lista **atualizada** na data do faturamento ou entrega do veículo, que ocorre no prazo de um mês, aproximadamente, a contar da data do pedido.

3. Apesar da referência feita pela consulente da prática **"abusiva"** cometida sucessivamente pela Volkswagen não parece configurar o procedimento sob exame quaisquer das hipóteses previstas no artigo 2º da Lei Federal nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, como formas de abuso do poder econômico, nem se tratam **in casu** de bens de consumo essenciais à coletividade.

4. Segundo informações colhidas junto ao DECAM – Departamento Central de Administração do Material, a Volkswagen encontra-se enquadrada no regime de liberação de controle de preços, cujos reajustes estão sujeitos, de qualquer forma, à prévia consulta ao CIP, que mantém mecanismo de acompanhamento da evolução dos preços das empresas liberadas sob certas condições impostas pelo CIP. Dito regime impõe, conforme indicações da própria Volkswagen, a **"prática imediata dos novos preços"**, sob pena de exclusão do regime.

5. A ausência de estipulações contratuais regulando o fornecimento de veículos pela Volkswagen ao Estado autoriza a cobrança do preço corrente de cada veículo solicitado, na data do faturamento ou da entrega da mercadoria.

Com efeito, na lição de WALDEMAR FERREIRA, citando PAOLO GRECO, as denominadas listas ou catálogos de preços que servem de oferta das mercadorias aos consumidores, com o intuito de desenvolver as vendas, nenhum vínculo obrigacional criam para vendedores e compradores, mesmo porque ditas mercadorias com os preços oferecidos não poderiam ficar indefinidamente à disposição dos consumidores. O ato de enviar tais listas de preços ou catálogos aos fregueses, segundo estes mesmos autores **"não tem valor jurídico, não engaja nenhuma responsabilidade"** (**In** La Compravendita e altri Contratti. Milão, Edizioni Universitarie Malfasi, 1947, p. 36, nº 29 apud WALDEMAR FERREIRA **in** Tratado de Direito Comercial. 10º Vol., São Paulo, Edição Saraiva, 1963, p. 14-15).



6. Todavia, também é verdade que o atraso na entrega dos veículos solicitados pelo Estado, que poderá ocorrer na vigência de nova lista de preços, ocorre por culpa do fabricante. A manifestação de vontade de parte do Estado sucede por ocasião do pedido com base na lista de preços vigente. A partir deste fato, Estado e fabricante estão aptos a celebrarem o negócio, se considerar-se os dois elementos do consentimento conjugados com a **oferta** pelo vendedor de suas mercadorias através das denominadas listas de preços e o **aceite** pelo comprador com a formalização do pedido (cf. WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., p. 17).

A propósito, é oportuno lembrar a lição de CARVALHO DE MENDONÇA, citado por WALDEMAR FERREIRA, a saber:

> **"A venda fica em seu todo perfeita pelo acordo no preço e na coisa. O que fica faltando, isto é, a entrega da coisa, e a prestação do preço, são conseqüências do contrato consensual assim terminado"** (**in** Contratos no Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro e Paris, Francisco Alves & Cia., Vol. 1º, p. 349, nº 139 apud WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., p. 57).

7. Interessa ao DECAM que seja adotado na aquisição de veículos com a Volkswagen o mesmo sistema utilizado pelos demais fabricantes de veículos – segundo informações do próprio DECAM, qual seja o de manter para o fornecimento de veículos ao Estado o preço constante na lista de preços vigente na data do **pedido,** não importando que a entrega e o faturamento dos veículos ocorram em data futura.

8. Tal procedimento poderá ser acordado através de estipulação contratual própria.

Uma forma de contrato utilizada para a venda de mercadorias aos órgãos públicos das três esferas administrativas é o contrato de fornecimento (cf. FRAN MARTINS, **in** Contratos e Obrigações Comerciais. 4ª ed. Rio, Forense, 1976, p. 193). O contrato de fornecimento aplicável à espécie poderá ter prazo determinado, a ser acordado para cada exercício financeiro, por exemplo, para aquisição de veículos da marca Volkswagen, em quantidade indeterminada, dependendo das necessidades dos órgãos requisitantes. intermediados pelo DECAM, cujos preços serão os constantes das listas de preços vigentes nas datas dos pedidos recebidos pelo frabricante. Assim, vinculando-se o preço à data do pedido, será menor o prejuízo do Estado consumidor com o atraso na entrega ocasionado pelo vendedor, ficando o primeiro apenas privado do uso do veículo, temporariamente. Nessas condições o vendedor terá o maior interesse em apressar a entrega das mercadorias.

O Código Comercial ao tratar da compra e venda mercantil, da qual o contrato de fornecimento é uma das modalidades, na classificação de FRAN MARTINS (**in** ob. cit., p. 193), dispõe em seu artigo 191, que o contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições.

O contrato de fornecimento, considerado por CUNHA GONÇALVES (in Da Compra-e-Venda no Direito Comercial Brasileiro. 2ª. ed., p. 74 apud FRAN MARTINS, ob. cit., p. 192) como espécie de venda complexa com característica de contrato comercial, presta-se para a realização do negócio entre Estado e fabricante.

9. Apesar de exigida a licitação para a aquisição de materiais pela Administração Pública, considera-se dispensável o procedimento licitatório na compra de veículos da Volkswagen em virtude da **singularidade** da mercadoria, que torna exclusiva a fabricação.

10. Em qualquer hipótese é importante a verificação da boa fé no fornecimento dos veículos pela Volkswagen ao Estado, qual seja a verdadeira **intenção** de cobrar o preço justo pela mercadoria.

11. Inclui-se ao presente parecer minuta de contrato de fornecimento que poderá ser aproveitado, no todo ou em parte, com as adaptações julgadas necessárias.

12. Em conclusão, a forma de vincular o fabricante de veículos Volkswagen do Brasil S.A. aos preços constantes das listas vigentes à época do pedido feito pela Administração, independentemente da data da entrega dos veículos e do pagamento dos mesmos, é por meio de estipulação contratual nesse sentido, com a celebração de contrato de fornecimento entre o Estado do Rio Grande do Sul, através do Departamento Central de Administração do Material, e a Volkswagen do Brasil S.A.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 5 de novembro de 1979.



# LICITAÇÃO - ADIANTAMENTO DE PECÚNIA

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

PARECER Nº 4210

LICITAÇÃO, ADIANTAMENTO DE PECÚNIA. ILEGALIDADE
Cláusula com modalidade de pagamento que contemple despesas dos canteiros de obras, e de mobilização de pessoal e de equipamento.
Cláusula de adiantamento de importância igual ao valor do faturamento médio mensal contratual, limitado ao teto de 10% do valor da obra, quando requerido pelo empreiteiro.
Sugestões oferecidas ao Governo do Estado pela Associação Riograndense de Empreiteiros de Obras Públicas, para incluir essa cláusula nos editais convocatórios de licitação.
Indeferimento delas por serem ilegais, por contrariarem a moralidade administrativa, e não alcançarem o interesse público.

O Excelentíssimo Senhor Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos solicita o pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado sobre a seguinte matéria: a Associação Riograndense de Empreiteiros de Obras Públicas encaminhara ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Indústria e Comércio, para que entrasse em pauta da Comissão Estadual da Indústria da Construção (CEICO), proposição em que sugeria fossem inseridas nos editais convocatórios de licitações duas cláusulas, com o seguinte teor:

> "1. Modalidade de pagamento que contemple as despesas dos canteiros de obras e de mobilização de pessoal e equipamento, devendo as mesmas serem objeto de detalhamento físico e financeiro nas propostas.
>
> 2. Cláusula de concessão de adiantamento de importância igual ao valor do faturamento médio mensal contratual, limitado ao teto de 10% do valor total da obra, quando requerido pelo empreiteiro, até 30 dias após a assinatura do contrato, mediante oferta de garantia em carta-fiança bancária, seguro-garantia, ou títulos da dívida pública."

A CEICO, apreciando a proposição, resolveu encaminhar a matéria à consideração do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, tendo ela minutado Ordem de Serviço a ser firmada pelo Chefe do Executivo, na qual estava acolhida a sugestão dos empreiteiros de obra pública.

Do Palácio Piratini, veio o expediente a esta Casa.

É o relatório.

2. O Estado atua jungido aos quatro princípios básicos da administração pública: legalidade, moralidade, finalidade e publicidade, que são os fundamentos da validade da ação administrativa. Em seu agir, o Estado persegue a realização do interesse público, conceito jurídico aprioristicamente indeterminado (no dizer de Ernst Forsthoff, Professor de Direito Administrativo em Heidelberg), e que so fica palpável pelo exame in concreto de cada caso:

> **"En la aplicación del Derecho hay conceptos que no son claros de entrada: es preciso, para ello, ponerlos em relación con una situación concreta. Son conceptos como ordem público, seguridad pública, interés sanitário y muchos más de este tipo. Son conceptos jurídicos porque su aplicación puede ser controlada por los tribunales,** y se les denomina conceptos jurídicos indeterminados, **porque solamente cobran su certeza en relación con una situación técnica concreta." ERNST FORSTHOFF, Problemas Actuales del Estado Social de Derecho en Alemania, Imprensa Nacional, Madrid, 1966, p. 44.**

3. Mas é a idéia de legalidade que legitima o agir do administrador público, o qual pode fazer, não fazer, ou deixar de fazer algo **"em virtude de lei"** (Constituição, artigo 153, § 2º).

É o que menciona George Vedel, Professor de Direito Administrativo em Paris:

> **"La legalitá est la qualité de ce qui est conforme à la loi. Mais, dans cette définition, il faut entendre el terme de "loi" dans son sers le plus large qui est celui de "droit". Lá regalité exprime donc la conformité au droit et est synonyme de régularité juridique.**
>
> **Le principe de légalité appliqué à l'administration exprime donc la régle selon laquelle l'administration doit agir conformémente au droit". GEORGE VEDEL, Droit Administratif, 3. éd., P.U.F., Paris, 1964, p. 188.**
>
> **Ou, em vernáculo:**
>
> **"A legalidade é a qualidade daquilo que é conforme a lei. Mas, nesta definição, é preciso entender o termo "lei" no seu sentido mais amplo, que é aquele de "direito". A legalidade exprime então a conformidade ao direito e é sinônimo de regularidade jurídica.**
>
> **O princípio da legalidade aplicado à administração exprime então a regra segundo a qual a administração deve agir de maneira conforme ao direito."**

4. Por imperativo constitucional, compete às empresas privadas, preferencialmente, "organizar e explorar atividades econômicas" (Constituição, artigo 170); a finalidade delas é alcançar o lucro, idéia palpável sem mais alta indagação.



A sugestão da entidade dos empreiteiros de obra pública contém em si vantagem econômica (sobretudo quando pleiteia aquele adiantamento da verba ao Estado), cujos beneficiários seriam os mesmos proponentes dessa idéia, **sem** qualquer interesse público em jogo.

Já de plano mereceria ter sido recusada a sugestão!

5. A primeira cláusula sugerida (que contempla modalidade de **pagamento,** pelo Estado, das despesas dos canteiros de obras, e de mobilização de pessoal e do equipamento) sendo recusada, não acarreta qualquer prejuízo ao contratante particular, eis que no cálculo do seu custo operacional, para a formação do preço que o licitante vai oferecer pela obra, ele já levou em consideração essas despesas dos referidos canteiros de obras, e da mobilização de pessoal (inclusive novas contratações de operários, encargos trabalhistas e previdenciários) e do equipamento (deslocamento, manutenção, e operação de máquinas, transporte de ferramentas e do material a ser usado na obra, e quejandos).

O Estado, ao baixar o Decreto nº 24.422, de 18 de fevereiro de 1976, indicou o critério objetivo do preço médio base, inclusive com uma fórmula matemática (no artigo 3º), e reservou expressamente a si o direito de "revogar a licitação, quando a média aritmética das propostas aceitas pelo item I (do cit. artigo 3º) for superior em 15% ao preço oficial" (redação do item VII, do artigo 3º, do Decreto Estadual cit.).

Conseqüentemente, as despesas com as atividades do canteiro de obras **não constituem** álea extraordinária nos contratos de obra pública deste Estado: não envolvem nem o reajustamento do preço avençado, o que se alega para argumentar, nem justificam seja o Estado onerado com o pagamento de despesas de canteiro de obras, mobilização de pessoal e de equipamento.

6. A segunda cláusula sugerida, então, vem a ser ainda mais escandalosa! O Estado adiantando "importância igual ao valor do faturamento médio mensal contratual, limitado ao teto de 10% do valor total da obra", desde que ele, empreiteiro (o particular contratante), requeira ao Estado no prazo tal, mediante a garantia tal, etc...

Nenhum interesse público está presente!

Há o interesse do particular contratante, que não tem nenhum fundamento de legalidade a ampará-lo, para que o Poder Público agasalhe essa pretensão.

Pelo contrário: o que foi proposto esbarra no que preceitua o artigo 63, § 1º, incisos I a III, e § 2º, incisos I a III, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, **verbis:**

"Art. 63 – A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º – Essa verificação tem por fim apurar:

I – a origem e o objetivo do que se deve pagar;

II – a importância exata a pagar;

III – a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º – A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I – o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II – a nota de empenho;

III – os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço."

Ora, se ainda não ocorreu a "prestação efetiva do serviço" (inciso III, § 2º, do artigo 63 cit.), o empreiteiro **não é** credor do Estado, **nem adquiriu o direito** ao respectivo crédito público (consoante o artigo 63, **caput**).

Por outro lado,

"O princípio da finalidade impõe que o administrador público **só pratique** o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato.

Mas a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público."

. . . . . .

"Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, **o administrador fica impedido** de buscar outro objetivo ou **de praticá-lo no interesse** próprio ou **de terceiros.**" HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., RT, SP, 1976, p. 71.

Impõe-se recordar que



"A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da administração pública."

. . . . . .

"O certo é que a **moralidade** do ato administrativo, juntamente com sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, **sem** os quais toda atividade pública será ilegítima."

. . . . . .

"O inegável é que **a moralidade administrativa integra o direito** como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí porque o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu com inegável acerto que "o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo". Com esse julgado pioneiro, a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça, como necessária à validade da conduta do administrador público." HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., p. 69, 70 e 71.

7. A Comissão Estadual da Indústria da Construção, que recebeu essa sugestão, apenas a encaminhou ao Chefe do Poder Administrativo Estadual, atitude que não significou em momento algum acolher aquela pretensão, eis que o poder de decidir era do Governador.

Essa Comissão não examinou o mérito (entendido como juízo de conveniência e oportunidade para o Estado), nem sua legalidade. Ou, por outras palavras, a Resolução **não vinculou** o Governador do Estado ao deferimento dela.

8. Isto posto,

opinamos

pelo indeferimento da pretensão da Associação Riograndense dos Empreiteiros de Obras Públicas, por falta de amparo legal, e porque se opõe ao interesse público, e ainda, especificamente, ao artigo 63 da Lei Federal nº 4.320/64.

É o parecer, sub censura.

PORTO ALEGRE, 5 de novembro de 1979

# REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.145

REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. PESQUISA CIENTÍFICA
Esse regime de trabalho é privativo das funções de pesquisa científica ou de laboratório.
Pesquisa científica é aquela realizada de acordo com o método científico.
Face ao disposto no parágrafo 4º, do art. 17, da Lei nº 6.486/72, a convocação para o regime de dedicação exclusiva só será viável após a expedição de Decreto pelo Chefe do Poder Executivo.

O Chefe da Casa Civil solicita pronunciamento desta Consultoria-Geral sobre pedido do Secretário da Administração referente à convocação de quatro Assistentes Sociais para o regime de dedicação exclusiva. Tais funcionárias atualmente lotadas na Secretaria do Trabalho e Ação Social, com regime especial de trabalho, passariam, após a convocação, a exercer atividades na Secretaria da Administração, onde permaneceriam por quatro anos elaborando estudo e pesquisa da realidade social dos servidores públicos estaduais, visando à sua promoção social. Sendo o regime de dedicação exclusiva privativo das funções de pesquisa científica ou de laboratório, nos termos do artigo 17, da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, ficou-se em dúvida quanto à possibilidade do pedido de convocação face ao tipo de atividade a ser exercida pelas referidas funcionárias.

É o relatório.

2. O problema estaria em qualificar como pesquisa científica a atividade que essas funcionárias pretendem realizar através da Secretaria da Administração.

3. Conforme o programa de formação e bem-estar dos Servidores Públicos Estaduais, a ser cumprido pelas interessadas, o objetivo geral consiste na "promoção social do servidor público estadual, através da criação, implantação e/ou ampliação de programas que atendam à sua formação e seu bem-estar". O que seria atingido pelo estudo de medidas e providências orientadas para os seguintes objetivos específicos:

**"1. Capacitar recursos humanos da administração pública, com vistas à melhoria de eficiência, adequação do servidor ao seu trabalho e maior satisfação pessoal.**

**2. Criar e/ou revitalizar os Centros Comunitários junto aos conjuntos habitacionais do IPE/RS, procurando estimular o espírito de associativismo, de liderança, de participação e, também, oferecer a prestação de serviços.**

**3. Dar apoio ao núcleo familiar do servidor, oferecendo oportunidade de:**

**a) preparo para a paternidade responsável;**

**b) orientação à gestante, objetivando o melhor desempenho futuro como mãe;**

**c) assistência aos filhos menores de servidorás, através de creches, centros de cuidados diurnos, etc.**

**4. Melhorar as condições de alimentação do servidor, através de refeitórios, junto aos locais de trabalho ou de fácil acesso, mediante convênios ou através de subsídio específico.**

**5. Proporcionar aos servidores e seus familiaras oportunidedes de lazer (bibliotecas, excursões, colônias de férias, etc.).**

**6. Organizar grupos de servidores em vias de eposentadoria, objetivando sua preparação para a nova etapa de vida." (fls. 5/6 CGE)**

4. Revelados os objetivos do programa, cabe examinar o que seja pesquisa científica.

5. Sobre a dificuldade em definir o que seja **"pesquisa"**, nos dá notícia ARMANDO ASTI VERA ao informar que, numa tentativa de definição desse vocábulo, chegou-se a quatro conclusões; todas elas, entretanto, apresentavam votação discrepante (Metodologia da Pesquisa Científica, p. 8).

6. E, mais adiante, baseado em outro autor, diz:

> **"RODOLFO MANDOLFO afirma que a pesquisa surge quando se tem consciência de um problema e nos sentimos impelidos a buscar sua solução. A indagação realizada para alcançar essa solução constitui, precisamente, a pesquisa propriamente dita". (Obra citada, p. 10)**

7 No caso dos autos é evidente que, para atingir os objetivos previstos, as interessadas teriam de formular as mais diversas indagações de acordo com as variantes a serem tratadas e essa atividade certamente consistiria numa pesquisa, conforme se depreende pela afirmação acima enunciada.

8. Restaria saber se essa pesquisa poderia ser considerada científica, a fim de ensejar a convocação para o regime de dedicação exclusiva, consoante exige o artigo 17, da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972:

> **"O ragime de dedicação esclusiva é privativo das funções de pesquisa científica ou de laboratório..."**



9. Segundo os estudiosos da matéria, toda a pesquisa, para ser considerada científica, tem de ser realizada em conformidade com o **método científico.**

10. Conforme ensina WEATHERALL, M.:

> **"A base do método científico está no reunir observação e hipótese ou fato e idéia. O processo é cíclico e consiste, alternadamente, no aperfeiçoamento dos meios de realizar observações e da reexaminar as hipóteses." (Método Científico, ed. 1970, p. 22)**

11. Esse método apresenta as seguintes etapas:

a) Constatação de um fato.

b) Surgimento de um problema.

c) Levantamento de hipóteses (causas do problema).

d) Realização da pesquisa para testar as hipóteses.

e) Abandono das hipóteses não comprovadas.

f) Registro e estudo das hipóteses comprovadas.

g) Elaboração de uma conclusão.

h) Levantamento de soluções para o problema.

12. Assim, se fossem obedecidos todos esses passos no estudo que pretendem realizar, suas atividades seriam, fatalmente, classificadas como pesquisa científica e, conseqüentemente, as interessadas poderiam ser convocadas para o regime de dedicação exclusiva.

13. Acontece, porém, que o artigo 17, da Lei nº 6.486/72, estabelece, através do parágrafo 4º, que,

> **"As classes de cargos e unidades de trabalho que comportam dedicação exclusiva serão determinadas por Decreto do Poder Executivo."**

E, ao que se sabe, esse Decreto até hoje não foi expedido.

14. Tratando-se, portanto, de norma não auto-executável, fica na dependência da edição desse Decreto para poder ser aplicada concretamente. Enquanto isso não ocorrer, essa regra geral não poderá ser acionada e, em decorrência, nenhum funcionário poderá, no Estado, ser convocado para o regime de dedicação exclusiva

15. Eventual solução para o caso em exame seria o pagamento de uma gratificação pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico, prevista no art. 67, inciso VI, letra 'c', da Lei nº 1.751/52. Tal hipótese, contudo, também é inviável, eis que o trabalho a ser realizado não pode estar compreendido entre as atribuições próprias do cargo do funcionário que vai executá-lo.

16. É o que dispõe o Art. 1º do Decreto nº 1.364, de 19 de setembro de 1950, ainda em vigor conquanto refira a norma constante de estatuto anterior:

> **"Art. 1º – A gratificação a que se referem os artigos 102, item V, letra d, 119, item IV, e 122 do Decreto-lei nº 311, de 31 de dezembro de 1942, somente será conferida quando o trabalho realizado pelo servidor, por ordem do Chefe do Poder Executivo, expressa em portaria, ou por iniciativa própria, não estiver compreendido entre as atribuições do cargo ou função e for de utilidade para o serviço público estadual."**

17. E, no rol das especificações de classes anexo à Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, na síntese dos deveres e exemplos de atribuições dos ocupantes de cargo de Assistente Social, consta expressamente:

> **"Síntese dos deveres: Planejar programas de bem-estar social e promover a sua execução; estudar, planejar, diagnosticar, supervisionar a solução de problemas sociais.**
>
> **Exemplos de atribuições: Realizar ou orientar estudos e pesquisas no campo da assistência social; ... realizar e interpretar pesquisas sociais; (...)"**

18. Portanto, como o trabalho que pretendem realizar faz parte do conteúdo ocupacional do cargo que ocupam, não seria possível aventar essa solução.

19. CONCLUSÃO: Somente com a expedição de Decreto, pelo Chefe do Poder Executivo, contemplando o cargo de Assistente Social entre aqueles que comportam o regime de dedicação exclusiva, é que será possível efetuar a convocação das funcionárias na forma desejada.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 29 de agosto de 1979.



# ASSUNTOS MUNICIPAIS

# PROIBIÇÕES AOS VEREADORES

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4272

VEREADOR, IMPEDIMENTOS PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO

Vereador que celebra contrato de compra e venda de imóvel de sua propriedade com o Município.

Vereador sócio e/ou diretor de empresa beneficiada com privilégio ou favor em virtude de contrato com o Município.

Casos de doações, compra e venda e prestação de serviços de caráter privado, pelo Município, à empresa privada, caracterizados como privilégio ou favor.

Constituição do Estado, art. 153, item I, letra **a,** e item II, letra **a.** Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, art. 8º e parágrafos.

O Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Estrela solicita parecer à Consultoria-Geral do Estado sobre três casos ocorridos no governo do referido Município.

Foram anexadas à consulta cópias xerografadas dos Projetos de Lei nº 2/78, de 14.03.78, nº 8/79, de 04.04.79, e 19/79, de 05.09.79, sobre os quais é solicitada a opinião desta Casa, tendo sido aduzido que já foram convertidos em leis.

Presumindo que os textos aprovados correspondem aos das cópias em tela, vamos analisar as questões exsurgentes das leis à vista do conteúdo dos projetos de lei.

São três casos que envolvem participação de vereadores do Município de Estrela.

2. **1º Caso**

Uma das três leis em questão (resultante do Projeto de Lei nº 2/78, de 14.03.78) autoriza o Poder Executivo a adquirir uma área de terras com superfície de 10.000 m² (dez mil metros quadrados), de propriedade do Sr. R.S.M., pelo preço de Cr$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) (art. 1º), e efetivar doação do imóvel à empresa SUIBRA – INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., para a instalação de uma indústria de máquinas de lavar louças (art. 2º), com a condição de ser dado esse

destino ao imóvel pela empresa, no prazo de dois anos, sob pena de devolução do bem doado (art. 2º, parágrafo 1º). A lei concede ainda à empresa, a título de incentivos: a) isenção de todos os tributos municipais vigentes ou a serem criados no prazo de 10 anos; b) ajuda nos serviços de infra-estrutura, tais como terraplenagem, transporte e mão-de-obra; c) doação de um telefone automático (art. 3º).

Foi anexada à consulta cópia xerográfica da Portaria nº 15/78, de 15.02.78, mediante a qual o Prefeito nomeou uma comissão para realizar a avaliação do imóvel objeto do Projeto de Lei nº 2/78. Essa comissão foi composta pelo Exator Estadual, pelo titular do Cartório de Títulos e por um representante de agência imobiliária.

Consta também entre os documentos sob exame cópia do laudo de avaliação firmado pelos integrantes dessa comissão, a qual avaliou em Cr$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil cruzeiros) o imóvel de propriedade do Sr. R.S.M., medindo 150 metros de frente por 100 metros de frente a fundos.

Dessa área, uma parte, com superfície de 10.000 m², é objeto da lei resultante do Projeto de Lei nº 2/78, ora trazido a exame, sendo que o preço fixado pela lei é proporcional à área desmembrada, segundo a avaliação do todo feita pela comissão designada pelo Prefeito.

O signatário da consulta informa que o Sr. R.S.M., proprietário da área de terras objeto da lei, é Vereador de Estrela e que se encontrava no exercício do mandato por ocasião da aprovação desse Projeto de Lei – pela qual se autoriza também doação do imóvel à empresa SUIBRA – dizendo mais que "o referido Vereador era sócio" da beneficiada.

Não foi informado se o vereador permanece na condição de sócio, nem **se** e **quando** teriam se realizado a compra e venda do imóvel e a doação autorizados pela lei.

3. Quanto à conveniência das operações em questão para o Município, manifestou-se favoravelmente o plenário do Legislativo local, ao aprovar os projetos de lei do Executivo. Contudo, referimos, por oportuno, que, nas hipóteses de lesão ao patrimônio público, teria cabimento a ação popular (regulada pela Lei Federal nº 4.717, de 29.06.65), mediante a qual poderia haver anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos e a condenação das autoridades, funcionários, ou administradores responsáveis, ao ressarcimento do erário público, por perdas e danos, e mais a condenação em todas as despesas relativas ao processo (judiciais e extra-judiciais), mediante reembolso, inclusive honorários advocatícios.

Para propor a ação popular e para ser admitido na ação como litisconsorte ou assistente, tem legitimação (legitimatio ad causam) a pessoa física que seja



cidadão brasileiro. Não possuem legitimação ativa as pessoas jurídicas, conforme doutrina unânime, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal e cristalizada em sua Súmula nº 365.

4. Verifica-se que, no primeiro dos três casos, foi autorizada a realização de **compra e venda de um imóvel,** o que configura um **contrato.** Foi autorizada também **a doação do mesmo imóvel** à empresa SUIBRA – INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., o que configura a concessão de favor decorrente de contrato. A empresa foi favorecida ainda pela mesma lei com isenção de todos os tributos municipais pelo prazo de 10 anos. Além disso a lei autoriza **mais outros dois favores decorrentes de contrato**: a prestação de serviços de caráter privado pela Prefeitura (ajuda nos serviços de infra-estrutura das instalações físicas da empresa) e doação de um telefone automático.

Terá incorrido em repetidos impedimentos o Vereador R.S.M., se tiver permanecido na condição de sócio da empresa e se se tiverem concretizado os atos previstos na lei.

5. Dispõe a vigente Constituição do Estado do Rio Grande do Sul:

> Art. 153 – O Vereador não pode:
>
> I – desde a expedição do diploma:
> a) celebrar contrato com a administração pública, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
> b) ...
>
> II – desde a posse:
> a) ser diretor, proprietário ou **sócio** de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a administração pública municipal.

Ao comentar dispositivos semelhantes da Constituição Federal diz PONTES DE MIRANDA:

> "As incompatibilidades do art. 34 fundam-se em razões de ordem moral, que libertam os órgãos do povo dos tentáculos do Poder Executivo e das sugestões subornantes". (Em "Comentários à Constituição de 1967", Ed. Revista dos Tribunais, 1970. Tomo III, pág. 29).

No que concerne à ressalva: "salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes", refere Pontes de Miranda que seria, por exemplo, um contrato de empréstimo, em que todas as cláusulas são iguais, em forma única (uniforme), para todos os que quiserem contratar (obra citada, Tomo III, pág. 35).

Analisando o mesmo dispositivo da Carta Federal, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO assim se expressa:

"Visando a norma em exame impedir sejam os deputados ou senadores favorecidos por meio de condições especieis, não estão eles proibidos de celebrar contratos com as pessoas enumeradas, sempre que "o contreto obedecer a cláusulas uniformes". O que quer dizer, sempre que o contrato nêo fizer ecepção de pessoa, contiver cláusulas iguais às que são postas, em geral, pare quelquer particular". (Em "Comentários à Constituição Brasileira", Editora Saraiva – S.P., 1977, 2ª edição, Volume 1, pág. 197).

José Afonso da Silva sobre a questão assim se pronuncia, baseando-se em dispositivos de Constituições Estaduais:

"Proíbe-se ao Vereador firmar ou manter **contrato** com o Município, desde que este não tenha cláusulas uniformes. Qualquer contrato: de trabalho, de realização de serviços ou de execução de obras, de concessêo de serviços públicos ou de uso de bens do domínio municipal.

A proibição não alcança os contratos de cláusulas uniformes. A caracterização desse tipo de contrato é controvertida na doutrina. Tipicos contratos de cláusulas uniformes são os chamados **contratos de adesão,** que são os de conteúdo predeterminado por um dos contratantes. Suas cláusulas são sempre as mesmas, quaisquer que sejam os demais contratantes. Trata-se de uma repetição de contrato, variando apenas o nome de uma das partes.

(...) São de cláusulas uniformes em regra: o contrato de seguro, o de transportes, o de fornecimento de luz, força, gás e água, o de prestação de serviços de telefone e telégrafos (...). (Em "Manual do Vereador", 1977, Ed. CEPAM – S.P. – pág. 52).

Além dos contratos de adesão (ou "contratos por adesão"), outros são considerados de cláusulas uniformes, como os precedidos de licitação, em que se promove o tratamento isonômico entre todos os interessados e assim se enquadram na ressalva em questão (Conforme Geraldo Ataliba, Revista de Direito Público, nº 20, pég. 300, e Adilson de Abreu Dallari, RDP 18, pág. 308).

Eis, em traços gerais, o que se deve entender por contrato que obedeça a cláusulas uniformes, contido na ressalva do art. 153, item I, letra **a,** da Constituição do nosso Estado.

O contrato de compra e venda de um imóvel, quando não seja celebrado mediante licitação, não se enquadra na ressalva aludida. Portanto, está caracterizado, no caso, impedimento para ser titular e para exercício do mandato de Vereador, com relação ao Sr. R.S.M., se estiver concretizado o ato autorizado pela lei.

6. Ainda com referência a esse Vereador, perquire-se a ceracterização de outro tipo de impedimento, pelo fato de ser sócio da empresa SUIBRA – Indústria e



Comércio Ltda., fartamente beneficiada pela lei resultante do Projeto de Lei nº 2/78.

A outra hipótese em foco está assim posta na Constituição Estadual de 1970:

Art. 153 – O Vereador não pode:

II – desde a posse:

a) ser diretor, proprietário ou **sócio** de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a administração pública municipal.

Pontes de Miranda, ao analisar dispositivo semelhante ao transcrito, afirma que o parlamentar deve demitir-se do cargo de diretor, ou alienar a propriedade de todas as partes, ainda ações ao portedor, que tenha na empresa beneficiada com favor, em virtude de contreto com a administração pública. (Em "Comentários à Constituição de 1967", 1970, Tomo III, pág. 35).

Adverte, além disso, o eminente jurista que a expressão "favor", usada no dispositivo comentado (art. 34, II, a), deve ser entendida em sentido assaz largo. Exemplifica favores, mencionando a subvenção, a garantia de juros, a concessão especial e o empréstimo, sintetizando que "favor não é só liberalidade; é o que se faz, a um, sem se ser obrigado a fazer a todos" (obra citada, Tomo III, pags. 35/36).

7. No caso de o Vereador haver permanecido como sócio da empresa SUIBRA, desde o momento em que tenha sido beneficiada com qualquer dos contratos previstos na lei que lhe concede uma série de favores, terá ele incorrido também no impedimento previsto no art. 153, item II, letra **a,** da Carta Estadual.

Em nosso entender, no caso, constituiriam favores decorrentes de contrato: a doação do imóvel, a doação de um telefone automático e a prestação (gratuita ou não) de serviços de caráter privado pela Prefeitura ("ajuda nos servicos de infra-estrutura, tais como terraplenagem, transporte e mão-de-obre").

**A participação do Vereador nas operações autorizadas pela lei** – no contrato em que seria o alienante do imóvel (a ser doado à empresa da qual consta ser sócio), a ser adquirido pelo Município, e na condição de sócio de empresa beneficiada com favores decorrentes de contratos – **gera impedimento ou incompatibilidade** (palavras que possuem igual sentido) para ser titular do mandato. A conseqüência jurídica é a perda do mandato.

8. Consoante o disposto no parágrefo 1º do art. 153 da Carta Política estedual de 1970, a infração do disposto nesse artigo acarreta a perda do mandeto, declarado pela Câmara, mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de representação documentada de partido político.

Os dispositivos do art. 153 do diploma estadual devem ser combinados com os do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, o qual estabelece:

"Art. 8º – Extingue-se o mandato do Vereador e assim será declarado pelo Presidente da Câmara, quando:

. . . . . .

IV – incidir nos impedimentos para o exercício do mandato, estabelecidos em lei e não se desincompatibilizar até a posse, e, nos casos supervenientes, no prazo fixado em lei ou pela Câmara.

§ 1º – Ocorrido e comprovado o ato ou fato extintivo, o Presidente da Câmara, na primeira sessão comunicará ao plenário e fará constar da ata a declaração da extinção do mandato e convocará imediatamente o respectivo suplente.

§ 2º – Se o Presidente da Câmara omitir-se nas providências do parágrafo anterior, o suplente do Vereador ou o Prefeito Municipal poderá requerer a declaração de extinção do mandato, por via judicial, e se procedente, o juiz condenará o Presidente omisso nas custas do processo e honorários de advogado que fixará de plano, importando a decisão judicial na destituição automática do cargo da Mesa e no impedimento para nova investidura durante toda a legislatura".

Essas hipóteses de perda do mandato ("incidir nos impedimentos para o exercício do mandato, estabelecidos em lei, e não se desincompatibilizar") configuram casos de extinção do mandato, a qual se opera automaticamente pela incidência da lei sobre os atos ou fatos impeditivos do exercício do mandato.

A extinção deve ser apenas declarada pelo Presidente da Câmara, segundo o parágrafo 1º do art. 8º do Decreto-Lei 201/67. Não se trata de hipótese de cassação, a qual dependeria de deliberação do plenário da Câmara de Vereadores.

9. A respeito das duas modalidades de perda do mandato, trazemos à colação a lição clara de HELY LOPES MEIRELLES que diz textualmente:

> **"A declaração de extinção de mandatos** de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores é atribuição privativa do Presidente da Mesa nos casos previstos nos arts. 6º e 8º do Decreto-lei nº 201/67. Não se confunda **declaração de extinção de mandato** (atribuição do Presidente), com **cassação de mandato** (atribuição do Plenário).
>
> . . . . . .
>
> Como a palavra está indicando a declaração de extinção de mandato, é simples **ato declaratório** de uma situação preexistente. É mera comunicação



que o Presidente faz à Câmara, para constar de ata e tornar conhecida a abertura de vaga, a fim de ser convocado o substituto (Vice-Prefeito) ou Suplente (Vereador).

> A cassação, ao revés, é **ato constitutivo,** de uma nova situação, que resulta da deliberação do Plenário, consubstanciada em decreto legislativo (cassação de Prefeito) ou em resolução (cassação de Vereador), depois de um processo formal, estabelecido em lei (Decreto-lei 201/67).
>
> Assim, a **extinção de mandato** não admite alternativas: o Presidente deve declará-la e convocar o substituto ou suplente, ao passo que **a cassação de mandato** depende de deliberação do Plenário da Câmara, depois de produzida a acusação e a defesa, em processo regular" (grifos do autor). (Em Direito Municipal Brasileiro – Ed. Revista dos Tribunais – 3ª edição, 1977, pág. 721 a 723).

Casos de cassação de mandato são os previstos nos arts. 4º (com relação aos Prefeitos) e 7º (referentemente aos Vereadores), ambos do Decreto-lei nº 201/67, os quais não serão objeto de análise neste trabalho, porque os casos ora examinados não se subsumem às hipóteses desses dois dispositivos.

10. A perda do mandato, por incorrer o Vereador em impedimento ou incompatibilidade prevista em lei, dá-se automaticamente, em face do art. 8º do Decreto-lei nº 201/67.

O mandato extingue-se pela ocorrência de fato ou ato incompatível com o exercício do mandato previsto em lei (impedimento). A extinção do mandato independe de julgamento (deliberação) do Plenário da Câmara. Apenas é objeto de declaração pelo Presidente da Câmara.

Nesse sentido, manifestou-se esta Consultoria-Geral do Estado, ao apreciar um caso de impedimento enquadrado no art. 153, item I, letra **b**, da Constituição do Estado, pelo Parecer nº 2.332, de 16.04.73, da lavra do Consultor Jurídico Wenceslau Souza da Cunha, o qual foi aprovado pelo então titular do órgão, Orlando Giraldi Vanin, que enfatizou esse aspecto dizendo: "...o mandato do vereador servidor extingue-se, "ope legis", pela simples comprovação do impedimento". (Em Revista da Consultoria-Geral nº 6, pág. 174 e 177).

Em outra oportunidade, esta Casa foi chamada a opinar sobre questão de impedimento ou incompatibilidade prevista no art. 153, item II, letra **c**, da Constituição do Estado, tendo sido emitido a respeito o Parecer nº 3.376, de 13.08.76, pelo Consultor Jurídico Manoel André da Rocha, acolhido pelo então Consultor-Geral do Estado, José Maria Rosa Tesheiner. Nesse parecer a perda do mandato, prevista pelo parágrafo 1º do art. 153 da Carta Estadual, por motivo de

infração da vedação contida no item II, letra **c**, do mesmo art. 153, foi considerada caso de extinção do mandato (com base no art. 8º do Decreto-lei nº 201/67), independente de deliberação da Câmara.

Igualmente no mesmo sentido – extinção automática do mandato **pela ocorrência do ato ou fato impeditivo** do exercício do mandato, independente de julgamento do plenário da Câmara de Vereadores, com amparo no art. 8º do Decreto-lei nº 201/67 – pronunciaram-se Clenício da Silva Duarte, Consultor Jurídico do DASP (Revista dos Tribunais nº 446, pág. 321), e Adilson de Abreu Dallari, tendo este jurista alertado que, em havendo declaração de extinção abusiva por parte do Presidente da Câmara (como "presumir ou inventar o fato para declarar a extinção"), o remédio jurídico para corrigir tal anomalia é o previsto no art. 153, § 4º, da Constituição Federal (RDP 39/40, pág. 259). Segundo esse dispositivo, nenhuma lesão de direito poderá ser subtraída ao exame do Poder Judiciário.

11. Considerando o parágrafo 1º do art. 153 da Constituição do nosso Estado, bem como o parágrafo 2º do art. 8º do Decreto-lei nº 201/67, resultam como legítimos interessados, para provocar a declaração de extinção do mandato, qualquer dos membros da Câmara (inclusive o próprio Presidente), Partido político (mediante representação documentada) e mais o suplente de Vereador e o Prefeito Municipal.

O Presidente da Câmara, baseando-se nas provas dos fatos, declarará a extinção do mandato, na conformidade do disposto no parágrafo 1º do art. 8º do Decreto-lei nº 201/67. Se entender necessário, poderá constituir uma comissão para investigação e coleta de provas.

12. **2º Caso**

A lei resultante do Projeto de Lei nº 8/79, de 04.04.79, "autoriza o Executivo Municipal a desapropriar amigavelmente uma área de terras de 13.172,50 m², pelo preço ajustado de Cr$ 150.000,00, situado na linha Welp, Distrito de Teutônia", e doá-la à firma Calçados Schaeffer S.A. (art. 1º). A descrição do imóvel consta do parágrafo único do art. 1º da Lei. O art. 2º estabelece, para a empresa favorecida, o encargo de fazer "o recuo do prédio onde acha-se instalada sua filial do Distrito de Teutônia, sito na Rua Maurício Cardoso, no momento em que a Municipalidade exigir, correndo as despesas do recuo e demolição que venha fazer por sua inteira responsabilidade, sem direito à indenização por parte do Município".

Na lei aprovada consta que a empresa Calçados Schaeffer S.A. está estabelecida com sua matriz no Distrito de Canabarro e filiais nos Distritos de Linha Boa Vista, Languiru e Teutônia (art. 1º).



Sobre esse caso informa o Presidente da Câmara: "Nesta lei sa constata também envolvimento de um Vereador, Sr. S.S., em pleno exercício de seu mandato, o qual é Diretor da Firma Calçados Schaeffer S.A., beneficiada com a doação".

Conforme cópia fornecida, o Sr. Prefeito, a título de "Justificativa" do projeto, anexou-lhe documento am que afirmou que a doação visava à implantação de novas instalações da filial da emoresa situada no Distrito de Teutônia, aduzindo que o Vereador C.S. (sic) se encarregaria de fazer oralmente a justificativa do projeto de lei enviado à Câmara.

Acompanhando a consulta a nós submetida pelo Presidente da Câmara de Vereadores consta cópia xerográfica de folha em papel timbrado da empresa Calçados Schaeffer S.A., onde, com o título de "justificativa" e data de 20.03.79 (sem assinatura), está escrito que a empresa referida incorporou a empresa Ervino Stoll & Cia. Ltda., que se achava instalada num prédio antigo da Rua Maurício Cardoso, nº 320, do Distrito de Teutônia, passando a ser essa a filial nº 2 da empresa incorporadora (Calçados Schaeffer S.A. – Indústria e Comércio). Que o prédio dessa filial nº 2 necessita ser recuado, por encontrar-se dentro do passeio público da Rua Maurício Cardoso, a qual se acha provida com calçamento (paralelepípedos), cordão e passeio. Que, por ser prédio muito antigo, "o seu recuo implica na demolição total, a qual estaria sujeita a indenização de parte da municipalidade", e que, por isso, é proposto que as despesas decorrentes do recuo do prédio seriam por conta da empresa sem ônus para os cofres do Município, e solicitada, em compensação, a doação do imóvel com as "dimensões, preço e mapa anexo ao Projeto de Lei". Que, após formalizada a doação, seria dado andamento a um projeto de construção de uma nova fábrica de calçados em Teutônia, "com aproveitamento total da mão-de-obra ociosa existente no Distrito de Teutônia. Nesse mesmo documento apócrifo consta ter-se mira "maior arrecadação" e um "maior retorno para os cofres municipais", "criando-se ainda um mercado de trabalho, especialmente feminino, o qual, até agora estava totalmente ocioso". Constam ainda detalhes sobre número de empregados e produção a que se propunha a empresa, além de outras considerações.

Presume-se que tenha sido essa a justificativa feita oralmente pelo Vereador S. (ou C.) S., a que aludiu o Prefeito, pelo fato de ter sido juntada a cópia à consulta ora sob exame.

13. Com base nos dados fornecidos, parece-nos que a doação autorizada pela lei resultante do Projeto de Lei nº 8/79, embora impondo encargo à beneficiária, caracteriza-se como privilégio e/ou favor, pois consoante as palavras de Pontes de Miranda retro produzidas, "favor é o que se faz a um, sem se ser obrigado a fazer a todos". Semelhante significado é atribuído à palavra privilégio, o que pode ser facilmente conferido pelos dicionários. O Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa registra: "Privilégio, s.m. Vantagem concedida a alguém com exclusão de outros e contra o direito comum (...)".

Com o cumprimento do encargo pela empresa donatária, haverá a transferência de pequena faixa de terreno da Rua Maurício Cardoso, nº 320, de Teutônia, para o domínio público do Município, pela destinação ao uso público – cordão e passeio público. As despesas de demolição serão por conta da empresa. No entanto, o terreno permanecerá em seu patrimônio, salvo a faixa mencionada. Poder-se-á pensar em equivalência de ônus para ambas as partes? Poderia estar caracterizada uma permuta? Parece-nos que não.

Mesmo que houvesse equivalência de ônus para o particular e para o Município, de qualquer maneira, está caracterizado o privilégio, pela circunstância de a doação com encargo não constituir o meio comum de alienação de bens públicos, que é, pelas regras normais, a oferta ao público mediante licitação.

14. Quanto à legitimidade ou não da desapropriação a que se refere a Lei (Projeto de Lei nº 8/79), relativamente ao imóvel, cuja doação foi autorizada para instalação de uma indústria, deixamos de nos pronunciar, por não ter sido fornecida cópia do respectivo decreto de declaração de utilidade pública.

Aproveitamos o ensejo para informar que esta questão foi amplamente debatida no IV Encontro de Juristas, realizado em Caxias do Sul, em 1970, promovido pelo Serviço Nacional dos Municípios (SENAM), constando a reprodução dos debates na Revista de Direito Público, Ed. Revista dos Tribunais, nº 13, pág. 332 e seguintes.

15. Considerando ser o Vereador S. (ou C.) S. **diretor** da empresa beneficiada, concretizada a doação, caso não tenha se desincompatibilizado (demitindo-se do cargo na empresa), terá ele incorrido no impedimento previsto no Art. 153, item II, letra a, da Constituição do Estado, que veda ao Vereador, desde a posse, ser **diretor,** proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a administração pública municipal.

Os demais aspectos jurídicos que envolvem este caso de impedimento foram objetos de estudo relativamente ao primeiro dos casos aqui examinados (veja-se a fls. retro), sendo que em ambos a conseqüência jurídica é a perda do mandato (Constituição Estadual, art. 153, parágrafo 1º), que se opera automaticamente, por extinção, declarada pelo Presidente do Legislativo Municipal, à vista da prova do ato ou fato extintivo (Decreto-lei nº 201/67, art. 8º e parágrafos – neste caso, ser o Vereador **diretor** da empresa favorecida com privilégio ou favor, em virtude de contrato com a administração pública municipal, e não haver se desincompatibilizado oportunamente (antes da realização do negócio).

16. **3º Caso**

A lei resultante do Projeto de Lei nº 19/79, de 05.09.79, autoriza o Poder Executivo a alienar duas áreas de terras de propriedade do Município, com



superfícies de 214,869 m² e 520,155 m², localizadas no Bairro Boa União, dentro do perímetro urbano de Estrela, à firma Hermann & Filhos Ltda., "pelo preço certo e ajustado de Cr$ 180.000,00 (cento e oitenta mil cruzeiros) pelas duas áreas" (sic).

Na justificativa que acompanhou o projeto de lei, o Prefeito diz que, por serem reduzidas, as duas áreas não têm utilidade para o Poder Público e que, em compensação, para a empresa, por possuir uma área contígua às do Município, são de muita serventia, a fim de expandir o seu campo comercial, o que por outro lado, traria benefícios ao Município, como retorno de impostos e abertura de novos empregos.

Concernentemente a este caso, informa o consultante que a venda foi efetivada antes da autorização concedida pela lei e **que,** além disso, **o Vereador A. H.,** que se encontra no exercício de seu mandato no Município de Estrela, **é o diretor da empresa Hermann & Filhos Ltda.,** adquirente dos imóveis.

17. Preliminarmente, é de ser salientado que a alienação dos imóveis de propriedade do Município só se opera validamente após a autorização legislativa. Os atos realizados anteriormente entre as partes só terão validade se forem objeto de ratificação.

Neste caso também a lei autorizou um privilégio, porque autorizou a venda em condições especiais, arredando a regra geral para a venda de bens públicos, a qual deve ser feita mediante licitação. O Decreto-lei Federal nº 200/67, vigente, com a redação do Decreto-lei, nº 900/67, rege a matéria. Prevê esse diploma, como modalidade a ser adotada em qualquer das esferas de governo, o leilão. Porém, consoante os princípios do Direito Administrativo, tem cabimento também, como regra geral, outra modalidade licitatória, como um procedimento classificatório, com obediência a requisitos previamente estabelecidos.

Não tendo sido a alienação subordinada a nenhum tipo de procedimento licitatório, também neste caso deve-se ter presente o conceito de privilégio a ser considerado pelo intérprete da lei. Relembrando: "privilégio é vantagem concedida a alguém com exclusão de outros e contra o direito comum".

Sendo o Vereador A. H. diretor da empresa destinatária do privilégio autorizado pela lei, mas decorrente de contrato a ser celebrado, e não havendo se desincompatibilizado mediante demissão do cargo de diretor, antes da concretização dos atos tendentes à alienação (compra e venda) terá incorrido no impedimento previsto no Art. 153, item II, letra **a,** da Carta Estadual, onde consta que o Vereador não pode, desde a posse, ser diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a administração pública municipal.

A infração a essa vedação acarreta a perda do mandato (parágrafo 1º do art. 153). Essa perda se opera automaticamente pela ocorrência do ato ou fato extinto, com base no Decreto-lei nº 201/67, conforme expusemos neste trabalho, ao ensejo do exame do primeiro dos três casos ora enfocados.

18. Cabe referir, por derradeiro, que, ocorrido e comprovado o ato ou fato extintivo do mandato, o Presidente deve declarar extinto o mandato, na primeira sessão que se realizar. Em caso de retardamento, que é justificável na apuração da ocorrência dos impedimentos, não há preclusão ou decadência relativamente a atribuição do Presidente da Câmara. Pode ser feita a declaração em outra sessão. Não está o Presidente obrigado a aguardar e a sujeitar-se às penalidades decorrentes da ação judicial prevista no § 2º, do art. 8º do Decreto-lei nº 201/67. A respeito, veja-se decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida através de sua Sexta Câmara Civil (apud Wolgran Junqueira Ferreira, "Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores", Ed. José Bushatsky, S.P. 1978, pág. 272).

E o parecer S.M.J.

PORTO ALEGRE, 28 de dezembro de 1979.



# AUTONOMIA MUNICIPAL E A LEI DOS MANANCIAIS

RUI CARLOS MACHADO ALVIM
Advogado da Fundação Prefeito Faria Lima – São Paulo

**AUTONOMIA MUNICIPAL E A LEI DOS MANANCIAIS** – O regulamento do uso do solo por esta Lei não tolhe a autonomia municipal – Apreciação do problema.

CONSULTA

Consulta à Câmara Municipal de Ribeirão Pires:

1) As Leis Estaduais nºs 898, de 18 de dezembro de 1975, e 1.172, de 17 de novembro de 1976, ambas regulamentadas pelo Decreto nº 9.714, de 19 de abril de 1977, conjunto normativo disciplinador do uso do solo nas áreas adjacentes aos mananciais, estariam eivadas de inconstitucionalidade, tendo em vista disporem sobre assunto de interesse eminentemente municipal, ferindo, portanto, o princípio garantidor da autonomia municipal?

2) Pode a Prefeitura, ignorando as determinações das Leis mencionadas, autorizar a execução de projetos de construção nas áreas abrangidas ali? E nas áreas excluídas da guarda destas Leis, pode a Prefeitura aprovar a execução de projetos de construção? e

3) Descumprindo as imposições legais, que conseqüências advirão ao Município?

Paralelamente a este impasse jurídico-constitucional, a consulente insurge-se contra aqueles diplomas legais, por os mesmos terem ocasionado uma série de problemas de ordem econômico-social, tais como, entre outros, o esvaziamento da receita municipal e a diminuição da demanda da mão-de-obra local, ligada à construção civil.

RESPOSTA

De primeiro, assinale-se qual o assunto regulado pelas Leis que se pretende sejam inconstitucionais:

> Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975 – disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de águas e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo e dá providências correlatas;

Lei nº 1.172, de 17 de novembro de 1976 – delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água, a que se refere o art. 2º da Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975, que estabelece normas de restrição ao uso do solo em tais áreas, e

Decreto nº 9.714, de 19 de abril de 1977 – aprova o regulamento das leis supra.

Fundamental para resolver o problema da constitucionalidade destas leis é pesquisar qual o objeto de tutela jurídica, a que elas visam: se à simples restrição ao uso do solo, ou se à proteção da qualidade do meio ambiente, valendo-se, como instrumento para esta custódia, da restrição ao uso do solo nas áreas marginais as nascentes dos rios.

Se as leis apontadas buscassem regulamentar o uso do solo, como uma finalidade em si mesma, apenas para traçar política de urbanização (normas sobre uso e ocupação do solo urbano, dispondo sobre zoneamento, loteamento, controle de construções e matérias afins) nas localidades nominadas (art. 2º da Lei nº 898 e art. 1º da Lei nº 1.172/76), indiscutível que estariam invadindo campo de exclusiva competência municipal, de vez que a Lei Orgânica dos Municípios é inequívoca ao outorgar às comunas poderes para dispor sobre a matéria.

"Artigo 3º – Ao Município compete prover a tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse e ao bem-estar de sua população, cabendo-lhe, privativamente, entre outras, as seguintes atribuições:

. . . . . .

IX – estabelecer normas de edificação, de loteamento, de arruamento e de zoneamento, bem como as limitações urbanísticas convenientes à ordenação de seu território".

De acordo com o entendimento da consulente, portanto, as leis discutidas, traçando limitações urbanísticas, estariam ferindo-lhe a autonomia municipal, visto o assunto estar sob a mira legislativa exclusiva do Município.

Todavia, mesmo que se considere – e assim não é, conforme se estudará mais além – que o fim colimado por aquelas leis seja ditar regras de fundo meramente urbanístico, não haverá afronta à autonomia municipal. Porque, no caso em tela, o Município consulente é integrante de uma das regiões metropolitanas, de conformidade com a Lei Complementar nacional nº 14, de 8 de junho de 1973:

"Art. 1º – . . . . . .



§ 1º – A região metropolitana de São Paulo constitui-se dos municípios de: São Paulo, Arujá, (...), Mogi das Cruzes, (...), Ribeirão Pires, (...) e Taboão da Serra".

Desta posição do Município consulente resulta que determinados serviços públicos, normalmente adstritos à órbita municipal, são considerados de interesse comum a todos os Municípios daquela região, ou, mais precisamente, de "interesse metropolitano":

"Art. 5º – Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos municípios que integram a região:

I – planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social;

. . . . . .

III – uso do solo metropolitano".

Equivale a dizer: de interesse transcendente ao de um Município isoladamente.

A lei, ao conferir a estes serviços um interesse metropolitano, deve prever a existência de um ente que os regulamente, para que os serviços efetivem-se na prática, já que as leis foram feitas para serem executadas.

A quem, então, dentro da distribuição de competências demarcada constitucionalmente, caberia a incumbência de legislar sobre os problemas de interesse metropolitano?

Ao Estado, beneficiário, por preceito constitucional (art. 13, § 1º), dos poderes remanescentes: todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não são vedados pela Constituição.

Por sua insuperabilidade, transcrevemos, a respeito, importante trecho de um artigo do Prof. Adilson Abreu Dallari, pioneiro no assunto, e que vislumbrou as soluções dos problemas tratados aqui (interesse metropolitano e competência do Estado para reger os serviços), em época – 1970 – anterior ao seu aparecimento no direito brasileiro:

"Assim sendo, somente o puro preconceito poderia evitar o entendimento de que uma entidade metropolitana vinculada à Administração estadual estaria plenamente apta a disciplinar o uso do solo no território metropolitano.

"Não há dúvida de que o Estado é o maior interessado na ordenação do crescimento da área metropolitana situada em seu território; não há dúvida de que os recursos necessários ao planejamento e à promoção do desenvolvimento dirigido nessa área devem vir principalmente do Estado; **não há dúvida, finalmente, de que só o Estado dispõe de uma situação institucional que,**

**estritamente de acordo com a distribuição de competência feita pela Carta Constitucional em vigor, permite a elaboração de um sistema integrado de normas jurídicas disciplinadoras das atividades urbanas de repercussão metropolitana.**

"Ao peculiar interesse municipal opõe-se hoje um conceito igualmente válido e ainda não reconhecido nem pela doutrina nem pelo direito positivo, mas que, em tempo relativamente curto, deverá receber a devida e necessária consagração: o conceito de 'peculiar interesse metropolitano' " (em Revista de Direito Público nº 14, pág. 290, artigo: "O uso do solo metropolitano").

(grifo nosso)

A Lei Complementar paulista nº 94, de 29 de maio, de 1974, valendo-se dos poderes remanescentes, estabeleceu as normas de natureza geral sobre as atividades públicas no âmbito da região metropolitana, que se concretizaram nas leis em estudo:

"Art. 2º – Reputam-se, de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos municípios que integram ou que venham a integrar a Região Metropolitana da Grande São Paulo:

. . . . . .

III – uso do solo metropolitano;

. . . . . .

Art. 3º – **Compete ao Estado:**

. . . . . .

VII – **a declaração e reserva de áreas de interesse metropolitano, bem assim o estabelecimento de limitações administrativas sobre essas áreas,** de conformidade com as normas reguladoras do uso do solo metropolitano". (grifo nosso)

Impõe-se, portanto, uma primeira conclusão: ainda que as leis discutidas regulem sobre o uso e a ocupação do solo, não estão invadindo campo de peculiar interesse municipal, dada a localização do Município consulente em área integrante de uma região metropolitana.

Ocorre, porém, que as leis debatidas não se destinam a tutelar simplesmente o uso do solo em si mesmo. Seu objetivo é mais amplo: através do controle do uso do solo nas áreas que especifica, buscam proteger as nascentes dos rios que abastecem a nossa região metropolitana, impedindo o florescimento indiscriminado,



ali, de indústrias e demais construções prejudiciais, por isso que subordinando qualquer atividade de edificação, mesmo que preliminar, à aprovação de um órgão competente.

Cogitam, pois, aquelas leis de matérias intrinsecamente ligadas à saúde e à higiene públicas, de competência concorrente das três esferas de poder – União, Estados e Municípios – segundo a Constituição Federal (art. 8º, XVII, "c", e seu parágrafo único, combinado com o art. 15, II).

Competência concorrente dos três níveis estatais significa que:

"..., prevalece o princípio de primazia da União sobre os Estados e do Estado sobre o Município. Em tal hipótese, a competência do maior exclui a do menor, como decorrência lógica de que os interesses nacionais devem prevalecer sobre os locais" (Hely Lopes Meirelles, em "Direito Municipal Brasileiro", pág. 154).

Nesta linha de raciocínio, fundada sob o direito constitucional nacional, tem-se que as leis estaduais em apreço, cuidando da saúde pública, devem ser acatadas pelo Município.

Concedemo-nos, a esta altura do parecer, uma digressão para comparar as leis em apreço a uma série de leis federais, em plena vigência, reguladoras da saúde pública em seus mais variados campos, as quais jamais foram acoimadas do vício da inconstitucionalidade e que reduzem a autonomia municipal na medida em que:

a) obrigam as atividades privadas a uma série de medidas acautelatórias, proibindo a instalação de indústrias que as não cumpram, independentemente do alvará municipal de licença (Decreto-lei nº 1.413, de 14/08/75, art. 1º; Decreto nº 49.974-A, Código Nacional da Saúde, de 21 de janeiro de 1961, art. 38);

b) impedem a destruição de florestas de preservação permanente ou proíbem construções nestes sítios (Lei nº 4.771, Código Florestal, de 15 de setembro de 1965, art. 2º); e

c) responsabilizam a Administração municipal pela contaminação das águas receptoras em áreas sob sua jurisdição (Decreto nº 49.974-A, Código Nacional de Saúde, de 21/01/61, art. 37, § 2º).

Infelizmente, até o presente momento, estas e outras leis conexas, estão desprovidas da menor eficácia, isto é, não se fazem respeitar socialmente, conduzindo, esta omissão, à destruição sistemática do meio ambiente.

Já as leis em tela, porque o Poder Público exige obediência a suas normas, estão a causar assombro, querendo-se taxá-las de inconstitucionais. Espanto injusto e improcedente, consoante a demonstração de sua validade perante a Constituição Federal e adequadas ao sistema legal brasileiro:

> "Medidas de defesa geral da saúde cabem à União; medidas regionais cabem aos Estados; e medidas de interesse local da população, ou exigidas por condições peculiares da comuna, cabem ao Município, desde que não colidam com as exigências federais e estaduais. **Em matéria de higiene pública, os Municípios podem ampliar exigências em benefício do povo; o que não podem é dispensar os mínimos exigidos por lei federal ou estadual**" (Hely Lopes Meirelles, em "Aspectos legais relativos a piscinas", artigo publicado na monografia coletiva "Piscinas de uso coletivo", sob os auspícios das U.S.P., O.M.S., O.P.S. e F.H.S.P.).
>
> (grifo nosso)

Indique-se, ainda, que as mesmas observações feitas sobre o "interesse metropolitano" a sobrepujar o "peculiar interesse municipal", quando se falou do uso e ocupação do solo, são totalmente proveitosas para a área da saúde pública, posto que a Lei Complementar nº 14/75 afirma:

> "Art. 5º – Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos municípios que integram a região:
>
> . . . . . .
>
> II – saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza pública".

Aliás, não é inoportuno lembrar que o próprio II Plano Nacional de Desenvolvimento, para o período em curso – de 1975 a 1979 –, aprovado pela Lei nº 6.151, de 04/12/74, recomenda a adoção de uma política eficaz contra a poluição industrial, nas áreas de grande concentração:

"Tal política atuará em três áreas principais:

> **– Política de meio ambiente na áres urbana, para evitar a ação poluidora, no sr e na água, principalmente, em decorrência da instalação de unidades industrisis, em locsis inapropriados** e do congestionamento do tráfego urbano; e a fim de assegurar às populações das áreas metropolitanas, e dos outros centros urbanos, a infra-estrutura mínima de fornecimento de água de boa qualidade,...
>
> . . . . . .



> – Política de defesa e proteção da saúde humana. Nesse quadro, terão particular significação as políticas de uso do solo, urbano e rural, dentro de zoneamento racional, e de reflorestamento, a serviço dos objetivos de desenvolvimento e defesa do meio ambiente.
>
> No próximo estágio, o controle da poluição e a preservação do meio-ambiente serão objetivados segundo orientação em que cabe destacar alguns pontos:
>
> I – Controle da Poluição Industrial, através de:
>
> **– Ação concentrada em áreas críticas, como são, entre outras, as manchas de poluição identificadas quanto ao Granda São Paulo** e ao Grande Rio; (...).
>
> **Nestas áreas, será adotado zoneamento adequado, e dada atenção principalmente aos problemas de localização industrial** e de estabelecimento de normas antipoluição, dentro da idéia de que a política mais eficaz é a de caráter preventivo" (Capítulo IX – Desenvolvimento Urbano: Controle da Poluição e Preservação do Meio Ambiente). (grifo nosso).

Destacou-se do trecho citado que a região da Grande São Paulo, na qual se localiza o Município consulente, é tida como área crítica para fins de poluição, enquadramento este que se repete no Decreto nº 76.389, de 3 de outubro de 1975:

> "Art. 8º – Para efeito dos artigos 3º e 4º do Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, são consideradas áreas criticas de poluição as relacionadas pelo II PND, a saber:
>
> I – Região Metropolitana de São Paulo".

Traduzindo a expressão "área crítica" para a crueza da realidade: área em que a situação é extremamente grave, perigosa mesmo.

Às respostas:

1 – Segundo todas as colocações anteriores, emerge que as Leis estaduais nºs 898/75 e 1.172/76, e seu regulamento, o Decreto nº 9.714/77, não são inconstitucionais.

2 – A Prefeitura não pode, visto aquelas Leis estarem em vigor, ignorar as suas determinações. Deve acatá-las, somente autorizando construções e realizando obras nas áreas elencadas pela Lei nº 1.172/76 após a aprovação prévia da Secretaria de Obras e Meio Ambiente e do parecer da CETESB. Quanto às áreas

excluídas, a competência da Prefeitura permanece integral: pode aprovar a execução de qualquer projeto, promover o arruamento, zoneamento e demais atividades, de acordo com a legislação municipal.

E aqui um esclarecimento: na consulta diz-se que a Lei nº 898, num de seus dispositivos (art. 3º da Lei nº 898/75), "implica em encargos à Prefeitura que tem de colocar de alerta, seus fiscais a favor do Estado, sem nenhuma recompensa ou tratado" (fl. 4 da consulta).

Incorre em engano a consulente, porque o Decreto nº 9.714 é claro ao outorgar a fiscalização a agentes estaduais, além de ressaltar o perfazimento de convênios quando se pretedender auxílio municipal:

> "Art. 26 – A fiscalização do cumprimento do disposto nas Leis nº 898, de 18 de dezembro de 1975, nº 1.172, de 17 de novembro de 1976, neste Regulamento e demais normas deles decorrentes, será exercida por agentes credenciados da Secretaria dos Negócios Metropolitanos.
>
> Parágrafo único – A fiscalização referida neste artigo poderá, mediante convênio, ser cometida a outros órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta do Estado, bem como a órgão da Administração Municipal".

3 – Negando-se ao cumprimento das leis em estudo, no plano jurídico, duas poderão ser as conseqüências, ambas desastrosas.

A primeira é a possibilidade de se responsabilizar o Prefeito por negar vigência à lei estadual, podendo o mesmo ser processado por crime de responsabilidade, segundo tipifica o Decreto-lei nº 201/67:

> "Art. 1º – São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
>
> .....
>
> XIV – negar execução a lei federal, estadual ou municipal,...".

A segunda conseqüência, embora mais remota, mas plausível, pode ser a intervenção no Município, desde que o Promotor Público da Comarca a requeira, baseando-se no fundamento de que a Administração local recusa-se a cumprir a lei, segundo estabelece a Constituição:

> "Art. 15 – .....
> § 3º – A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:
>
> .....
>
> d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento à representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local, para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover a execução da lei ou ...".



Quanto aos aspectos sociais que poderão advir do fato de o Município descumprir as imposições legais, cremos que serão mais prejudiciais do que as dificuldades mostradas na consulta e que, diga-se de passagem, não são apenas em decorrência daquelas leis, conforme indica o memorial apresentado por alguns Prefeitos do ABC, inclusive o da consulente, quando se levantam contra o texto da Resolução nº 14 (sobre a desconcentração industrial), de 22 de dezembro de 1977, baixada pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico:

> "J – que uma paralisação completa destes projetos e uma redução drástica no volume de recursos aqui aplicados podem provocar efeitos desastrosos no campo social e econômico, especialmente através de uma diminuição da oferta de empregos na região;
>
> "K – que face à importância destas medidas é necessário que elas sejam tomadas após amplo debate do qual participem todos os setores representativos da população e tenham respaldo em legislação própria discutida e votada pelos órgãos legislativos federais, estaduais e municipais" (em o "Jornal da Tarde", de fevereiro de 1978).

A longo prazo, a preservação das áreas-limites dos mananciais é de vital interesse para a superação do trauma ecológico, principalmente no Município consulente, cujas terras fazem parte de três importantes bacias hidrográficas, que são consideradas, pelos órgãos competentes, diretamente comprometidas com o abastecimento da Grande São Paulo: Billings, Guaió e Taiaçupeba.

Finalmente, se persistir a dúvida da consulente quanto à constitucionalidade das leis debatidas, deve ela propugnar, nos moldes previstos na Constituição Estadual (art. 51, parágrafo único), pela declaração de inconstitucionalidade.

Alertamos, todavia, que, do ponto de vista da doutrina constitucionalista, esta medida terá possibilidade mínima de êxito, porque, em regra, a inconstitucionalidade de uma lei deve ser manifesta de maneira a não ensejar a menor incerteza, hipótese, aqui, inocorrente.

É o parecer.

SÃO PAULO, 20 de março de 1978.

# TRABALHOS FORENSES

# LEI SUELY

## EMBARGOS INFRINGENTES

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR BONORINO BUTELLI DD. RELATOR PARA O ACÓRDÃO NA APELAÇÃO CÍVEL 30.563**

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da apelação cível nº 30.563, em que figura como Apelante sendo Apelado ANYR SOARES BARRETO, vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, opor embargos infringentes ao venerando acórdão de fls. 152-71 que houve por bem negar provimento à apelação, em razão dos fatos e fundamentos a seguir deduzidos.

### I. DO CABIMENTO DO RECURSO

1. Houve por bem o venerando aresto embargado, rejeitadas as preliminares, negar provimento à apelação sob o fundamento, em suma, de que o Apelado teria direito adquirido ao tempo ficto atribuído pela Lei 4.585/63, pelo que inobstante essa tivesse sido posteriormente revogada lhe assistiria o direito a averbar tal tempo. (cf. acórdão, fls.)

2. Votou vencido, no entanto, no mérito, o eminente Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS, que não reconhecia tal direito (cf. voto. fls.)

3. Assim, em face do art. 530 do Código de Processo Civil, uma vez que se trata de desacordo **em apelação,** parece indiscutível o cabimento do presente recurso para manutenção do entendimento vencido.

4. Certo, a Súmula nº 597 do Supremo Tribunal Federal estabelece que "não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação".

5. Tal Súmula, no entanto, que se fundou em apenas dois acórdãos (RE 85.340, "in" R.T.J. 82/572, e RE 83.246, "in" R.T.J. 80/185) tomados **por maioria de votos** e de cujos julgamentos participaram, como votos vencedores, juízes que não mais integram o Pretório Excelso (Ministros BILAC PINTO, ELOY DA ROCHA e RODRIGUES ALCKMIN), não tendo além disso votado o Min. DJACI FALCÃO.

Presidente, tal Súmula, salva reverência, não parece espelhar a melhor doutrina, cabendo aqui as ponderabilíssimas considerações do voto vencido do eminente Min. CUNHA PEIXOTO, citando AGRICOLA BARBI:

> "Quanto ao da finalidade da Lei 6.014, nada indica que ela, ao considerar a apelação como recurso cabível da sentença que decidir mandado de segurança, pretenda excluir outras consequências da inovação. Os embargos infringentes não são recursos com características incompatíveis com o procedimento do mandado de segurança; tanto assim que eles já foram admitidos antes da Lei nº 1.533, por disposição expressa do Código de Processo Civil de 1939. Sua supressão pela Lei 1.533 justificava-se, como meio de abreviar o processo, em favor do impetrante, porque este, em caso de derrota no agravo de petição, tinha à mão o recurso ordinário constitucional, para o Supremo Tribunal Federal, que o julgava quanto às questões de fato e de direito. Pelo contrário, parece mais adequado entender que o sistema do Código, como geral que é, deve aplicar-se aos procedimentos regidos em leis especiais, salvo naqueles em que essas leis dispuserem em contrário ou em que as normas do Código não coadunarem com as peculiaridades do procedimento regido por aquelas leis." ("in" R.T.J. 80/193).

6. Aliás, esse próprio Tribunal de Justiça, do Estado por seu Egrégio 1º Grupo de Câmaras Cíveis, já firmou jurisprudência no sentido do cabimento do recurso, sendo significativo o pronunciamento a respeito, entre outros, do eminente processualista Des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, "verbis":

> "Devo, aliás, aditar que o entendimento da súmula (Súmula 597) poderá conduzir a uma estranha situação: àquele que se socorre do amparo constitucional na defesa do direito, que crê líquido e certo, e se vê sucumbente por maioria de votos em segundo grau de jurisdição, somente assistirá o caminho, reduzidas vezes transitável, do recurso extraordinário. Mas, no caso de o mesmo litigante demorar o apelo ao Judiciário e, em conseqüência, socorrer-se das vias comuns, terá ele ainda a possibilidade de, no Tribunal, escudar-se no voto vencido e lograr melhor sorte em grau de embargos. Teríamos, assim, mais ampla tutela mediante o procedimento ordinário do que através do "writ" constitucional. Voto, portanto, com a devida vênia, pelo cabimento e admissão dos presentes embargos, rejeitando a preliminar."(excerto do voto vencedor proferido nos Embargos Infringentes nº 24.015, "in" Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. vol. 68, p.107 e segs.)

7. Desta forma, é indiscutível o cabimento do recurso cuja interposição, **no caso**, faz-se tanto mais necessária porque sua falta poderia ocasionar até mesmo o não conhecimento do recurso extraordinário, desde que o Pretório Excelso,



cancelando a Sumula 597, e repita-se, a composição do Tribunal é bem diversa da que participou dos acórdãos que a fundaram, entenda cabíveis no caso embargos infringentes.

A revogação das Súmulas, como se sabe, pode ser proposta por qualquer Ministro **em cada novo feito** (Reg. Int. S.T.F., art. 99), e, mais, só o fato da "mudança operada na composição do Tribunal", o que, como se viu, **no caso já ocorre**, é suficiente para que se colha nova manifestação do Plenário sobre a matéria (Reg. Int. S.T.F., art. 12, parágrafo único, "b").

8. De qualquer forma, ainda quando se entendesse incabíveis no caso os embargos, o que não se admite, cumpriria submeter-se o feito à apreciação das Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas para a uniformização da jurisprudência a respeito (art. 476, CPC, comb. e /art. 17, III, COJE), em face do manifesto dissídio que então se lavraria com o entendimento acima referido do Egrégio 1º Grupo, esposado nos embargos infringentes 24.015, cujo acórdão está assim ementado:

> "Cabem embargos infringentes do acórdão não unânime que julga apelação em mandado de segurança. Publicadas as leis de adaptação, simplesmente as leis especiais integraram-se ao sistema recursal do novo C.P.C., da mesma forma como ao novo diploma processual deverá necessariamente recorrer o aplicador sempre que a lei especial, inclusive a Lei 1.533/51, de forma diversa não disponha em matéria de processo. Toda a vez que haja uma dúvida razoável entre a aplicabilidade do Código e sua não aplicabilidade, deve-se propender pela aplicabilidade do Código." (cf. Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S.vol. 68, p. 107).

## MÉRITO

9. No mérito, os embargos merecem ser acolhidos para, mantendo-se o entendimento vencido, denegar-se a segurança.

10. Com efeito, assim votou, vencido, o eminente Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS:

> "De igual, porém, tenho entendimento anterior e que era também a posição do Tribunal – não sei como estaria agora, se foi modificada ou não – a posição antiga de que não há esse direito de averbar o "tempo". Direito somente se aperfeiçoa quando da averbação do "tempo de serviço" decorre efetivamente – direito do servidor à gratificação, licença-prêmio, qüinqüênio, aposentadoria. (...) Assim averbar tempo que não lhe daria qüinqüênio, que não lhe daria adicional de 15%, que não lhe daria a aposentadoria, perde sentido. Adiantar averbação de um tempo de serviço que para o futuro poderia lhe trazer, vamos dizer, o

adicional de 15% de nada vale pois pode ocorrer que, quando chegar a época do adicional de 15% aquele tempo já é desconsiderado ou o adicional já existe. Estamos ingressando no próprio mérito do pedido, porque o impetrante está querendo computar um tempo para aposentadoria quando aposentadoria não pode ainda pleitear. Ele está querendo anotar um tempo de aposentadoria que, quando chegar a época da aposentadoria, não se sabe se ele poderá ou não incluir esse tempo – e parece que não poda mais contar esse tempo. Sublinho assim **tempo** que é meramente fato de **tempo de serviço que é fato jurídico** porque do mesmo nasce, modifica-se ou axtingue-se direito de parte à parte. Então, quer-me parecer que essa averbação não é assim um direito da parte, averbação não é um direito em si, um direito peculiar do sarvidor, se não lhe decorre efetivamente uma vantagem pessoal. Desimporta o tempo que corre. Importa somente o tempo que aperfeiçoa direito, estrutura ou altera relação jurídicá. "(fls. 163)

E, prossegue:

E, no caso, esse tempo ficto de um sexto, no caso concreto ainda, um sexto por ano de serviço, e que se diz na inicial, seria contado e averbado ano a ano. Esta interpretação ainda me parece forçada porque, embora fosse contado ano a ano, o acréscimo diz o § 1º do art. 1º da Lei, será feito ano a ano – essa contagem ano a ano não significa também uma averbação ano a ano, nem seria isso possível, com cerca de cem mil servidores do Estado, ano a ano estar-se contando fictamente o tempo de serviço que à época da aposentadoria pode vir a não mais prevalecer, como entendo, aliás, hoje já não mais prevalece e frente à Constituição Federal (art. 103). Então a interpretação de que o tempo fosse contado ano a ano ainda admissível, não implica que fosse averbado ano a ano antes da aposentadoria, antes que pudesse produzir o efeito da aposentadoria, quer-me parecer que não." (fls. 164)

E, remata:

"Nestes termos, Sr. Presidente, estou em negar esse direito de contagem de tempo de serviço e dar provimento às apelações porquanto a respeitável sentença mandou que se contasse esse tempo ficto. Não reconheceria, então, esse tempo de um sexto, o tempo ficto, da denominada "Lei Sueli", de vez que não havia razão para contar e para aposentação atualmente do funcionário já não mais pode contar esse tempo, porque inclusive revogada a lei. Pode ser que à época da aposentadoria do impetrante seja outra lei, que novamente se mande contar. Presentemente não mais se conta esse tempo ficto para aposentadoria, nem é possível averbar-se tempo, puro tempo, fato, mero fato. Dentro da situação atual, portanto, e não sendo para o efeito



da aposentadoria, não mandaria averbar, e reformaria a respeitável sentença. Denego a segurança" (loc. cit.)
Mais e melhor não se poderia dizer.

12. Com efeito, conforme se pôs no voto vencido, cabe, antes de tudo, distinguir (a) o direito ao acréscimo de tempo para determinada vantagem (b) do direito a ver averbado (= anotado) esse acréscimo antes que se implementem todos os requisitos necessários ao surgimento da vantagem (= antes que surja o direito à vantagem). Ainda que se reconheça aquele, que, como também se esclareceu no voto vencido, **no caso não existe,** disso não pode resultar, como corolário necessário, o reconhecimento desse, que exige dispositivo **expresso, claro, incontroverso,** no caso inexistente.

13. É que, sendo o tempo ficto simples elemento integrativo do suporte fático da vantagem, não se pode admitir que, como regra geral, numa estonteante e ineficaz explosão de burocratismo ("mera averbação não dá nem tira direito algum", T.F.R., Ag. 31.239, D.J.U. 14/10/1975), a Administração esteja obrigada a anotar em seus registros o implemento de cada um dos requisitos dos direitos e vantagens de seus servidores embora tal implemento não seja ainda suficiente para fazer nascer qualquer direito.

14. Na verdade, pretender averbar tempo ficto (= acréscimo ao tempo real em razão da ocorrência do fato "a" ou "b"), sam que, com ele, se aperfeiçoe a vantagem de que é requisito, é, "mutatis mutandis", a mesma coisa que pretender averbar, por exemplo, a participação em operações bélicas, a conclusão de determinado curso, etc., pelo único e tão-só motivo de que, embora não completados os demais, tais fatos sejam requisitos para a aquisição de tal ou qual vantagem.

15. Não fica difícil compreender que, a vingar essa orientação, com a multifacetada gama de direitos e vantagens deferidos aos servidores, e com a infinidade ainda maior de requisitos necessários à sua aquisição, a Administração quase de outra coisa não se poderia ocupar que... analisar e anotar a satisfação de requisitos de vantagens! E, o que é pior, um tanto kafkeanamente, de vantagens que poderiam... **nunca vir a ser adquiridas!**

16. Desta forma, é irretutável a posição do voto vencido: do só fato de a lei atribuir acréscimo de tempo (= tempo ficto) para aquisição de determinada vantagem não se pode extrair o direito, que é **outro,** de averbar esse tempo antes de aperfeiçoados todos os requisitos da vantagem. Tal direito, por ser excepcional, por contrariar a regra geral de que os requisitos de uma vantagem devem ser apreciados **quando de sua concessão,** tal direito, se outorgado, deve vir expresso, claro, incontroverso; na lei.

17. E, "data venia", isso não ocorria na Lei 4.585/63. Nela atribuia-se, **tão-só,** direito a acréscimo de tempo. Nunca o de averbar tal acréscimo, até porque isso seria autêntico "bis in idem" pois **todos** os requisitos – assiduidade e bom comportamento – necessários ao surgimento do direito **já deveriam constar da ficha funcional do servidor.**

18. Assim sendo, não há como se possa vislumbrar qualquer lesão a direito do Embargado, descabendo, já por isso, o "mandamus". A negativa da pretendida averbação, se, por seus fundamentos (v.g.: não reconhecimento do direito ao acréscimo), trouxesse incerteza à relação jurídica, poderia, quiçá, no máximo, fundar ação declaratória. Nunca, no entanto, mandado de segurança, que, como se sabe, supõe lesão, ou ameaça de lesão, a direito, no caso, como se viu, inocorrente.

19. Mas, não só. Também quando afirmou a inexistência do direito mesmo ao acréscimo de tempo, quer por contrapor-se ele à ordem constitucional vigente, quer por já ter sido revogada a lei que o instituíra, parece ao Embargante que, com a devida venia dos brilhantes votos vencedores, o voto vencido acolheu a melhor doutrina, e, como tal, merece ser adotado.

20. Com efeito, após fixar em trinta e cinco anos o tempo de serviço necessário à aposentação (art. 100, III) e estender as regras sobre funcionários públicos aos Estados-membros (art. 13, V), a Constituição de 1967, no § 2º de seu art. 100, estabeleceu que "atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço (...)".

A Emenda Constitucional nº 1/69, por sua vez, ainda mais rigorosa, mantendo os trinta e cinco anos e também impondo a regra aos Estados (arts. 101, III, e 13, V), determinou que "lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para a aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade" (art. 103).

21. Por aí se vê que a ordem constitucional vigente a partir de 1967 revogou e não mais admite todas aquelas normas que, de uma forma ou de outra, reduziam para aquém de trinta e cinco anos o tempo de serviço para a aposentadoria. Tão-só lei federal, no regime da Constituição de 1967, e, agora, sob a Emenda 1/69, "lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República", podia e pode isso fazer.

22. Ora, é indiscutível que, atribuindo acréscimo de tempo tão-só em razão da assiduidade e do bom comportamento, a Lei nº 4.585/63 não mais fazia do que reduzir o tempo necessário à aposentação, pelo que é de ser tida por constitucionalmente revogada. E, sob pena de violar-se a Constituição, não mais se pode computar o tempo ficto nela previsto.

23. Nem se invoque, no caso, direito adquirido. **Em primeiro** porque, como se sabe, não há direito adquirido contra a Constituição. Essa, incidindo, corta, cerce tudo o que contra ela se põe. E, no caso, estabelecendo em trinta e cinco anos o tempo para a aposentação e vedando sua redução exceto nos casos que previu, a Constituição cortou toda a possibilidade de aposentação com menos tempo, **ainda que direito adquirido a isso se tivesse.**



**Em segundo** porqua, quando assim não fosse, e ainda com a vênia do entendimento contrário, parece difícil que, no caso, pudesse ter-se caracterizado direito adquirido.

24. Cabe, de outra parte, notar, pois a isso deu-se grande relevância no aresto embargado, que a espécie não tem exata similitude com as demais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e trazidas à colação a fls. 37 a 96.

Cuidava-se ali de cômputo de tempo de serviço particular, ou seja, – e aqui o ponto fundamental – tempo de serviço **efetivamente prestado,** e, como tal, **diverso** daquele a que o servidor pretendia agregá-lo para a aquisição da vantagem. Apenas se fez qualificar juridicamente esse serviço – repita-se: **efetivamente** prestado – como sendo, ele também, suscetível de gerar o direito à vantagem. Em suma: deu-se, por disposição legal, tratamento de serviço público a serviço particular. Esse, no entanto, não era fictício, irreal, mas, repita-se, **efetivamente prestado.**

Aqui, no entanto, não. Inexiste "plus" de tempo de serviço; apenas, por uma ficção legal, se acresceu de "x" o tempo do funcionário, sem que, no entanto, tal "x" se constituísse efetivamente tempo de serviço, ainda que não-público. No suporte fático do acréscimo não está, aqui, serviço, mas, tão-só, o puro e simples cumprimento dos deveres funcionais de assiduidade e bom comportamento funcional.

Ora, é evidente que, se a tese esposada pela maioria (maioria de um voto, votando vencedores os eminentes Ministros ELOY DA ROCHA e RODRIGUES ALCKMIN, que não mais integram o Tribunal) do Supremo Tribunal Federal pode ser aceitável, inobstante discutível, nas hipóteses dos acórdãos trazidos à colação, em que se cuidou de serviço **efetivamente prestado,** inobstante particular, e, como tal, em que apenas se **qualificou** juridicamente esse serviço, tal não pode ocorrer no caso dos autos, em que não há simplesmente aquela qualificação, mas outorga de tempo de serviço que **não existiu,** em flagrante contrariedade aos arts. 101, III e 103 da Constituição do Brasil.

25. De qualquer forma, e "data venia", entende o Embargante que razão assistia à tese vencida no Supremo Tribunal Federal.

26. É que, submetido o servidor a regime estatutário, não parece compatível com a natureza desse regime a formação de direito adquirido à qualificação que, em determinado momento, antes da aquisição da vantagem, a lei tivesse dado a um dos requisitos necessários à sua aquisição, pois, e isso nunca se pode perder de vista, o tempo de serviço nada mais é do que **um dos** requisitos para a aquisição de vantagem.

27. Ora, se, em razão da natureza estatutária do vínculo, se admite que a lei possa aumentar o tempo necessário à aposentadoria, se admite que possa inclusive suprimir tal fato como requisito para a vantagem, como não admitir o menos, ou seja, a desqualificação do que antes qualificava como requisito?

28. Demais, se se admite o direito à qualificação de tempo de serviço, que, repita-se, é simples requisito para a aquisição da vantagem, tem-se de admitir também, por coerência lógica e jurídica, o direito à qualificação de todos os demais requisitos, pois razão não haveria para que isso ocorresse apenas em relação àquele (tempo de serviço) e não a esses. Pense-se então na hipótese de vantagem para cuja aquisição seja necessário, entre outros, o requisito da conclusão de curso com determinado currículo. Admitir-se-ia também que, realizado o curso, o servidor adquirisse o direito à sua qualificação pela lei da época da sua realização de tal sorte que, para o deferimento da ainda não adquirida vantagem, a lei nova não pudesse exigir novo currículo? Evidentemente, não! A tanto conduz, no entanto, em rigor de lógica, a tese majoritariamente sufragada no RE 82.881-SP!

29. Certo, a tese vencida no S.T.F poderá ocasionar a frustração de expectativas que, de um ponto de vista estritamente individual, deveriam merecer proteção. Mas, como se sabe, a relação de função pública não se funda em interesses individuais, mas no interesse público. Esse é que, informando o direito administrativo, fundamenta o regime estatutário a que se submete o servidor E é inegável que, em tal regime, e em prol daquele interesse se não deve ser negada, a teoria dos direitos adquiridos sofre considerável atenuação.

30. Seja como seja, depois do exaustivo debate travado no julgamento do RE 82.881-SP (fls. 41-97), seria superafetação tudo o que se tentasse acrescer àquilo que, com proficiência de mestres, os votos vencedores e vencidos lançaram sobre o tema do direito adquirido à qualificação do tempo de serviço.

Nunca é demais, no entanto, repetir a lição do MINISTRO LEITÃO DE ABREU:

> "Diante desses princípios, consagrados entre nós jurisprudencialmente, com apoio na "communis opinio" dos nossos publicistas, cabe concluir que a lei nova, pela qual se modifiquem os pressupostos exigidos para a aposentadoria, tem aplicação imediata aos servidores que, até o advento da nova lei, não hajam reunido os requisitos para a inativação, sem que se possa falar, se desfavorável o novo provimento legislativo, em direito adquirido. Como o tempo de serviço é fato complexo, da configuração de cujos elementos depende o nascimento do efeito jurídico, consistente no direito à aposentadoria, cumpre reconhecer-se como legítima a incidência imediata da lei nova, que modifique o critério relativo à apuração do tempo de serviço, sem



> que a isso se oponha, por inaplicável diante do regime da função pública, a regra "tempus regit factum", uma vez que este, na espécie, como fato complexo, não se completou" (cf. fls. e R.T.J. 79/276).

31. Assim, como se vê, por todos os títulos, os embargos devem ser acolhidos.

Desta forma, por todo o exposto, REQUER o Embargante haja por bem Vossa Excelência receber os embargos e mandá-los processar na forma da lei, havendo por bem o Egrégio 2º Grupo de Câmaras Cíveis, conhecendo-os, acolhê-los para o efeito de manter o entendimento do venerável voto vencido, denegando-se a segurança.

REQUER, outrossim, no caso de que, adotando-se o entendimento da Súmula 597 do S.T.F., haja-se por bem não conhecer dos embargos, remeter o feito à apreciação das Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas para a unificação da jurisprudência a respeito, eis que, então, seria flagrante o dissídio a respeito com o entendimento do Egrégio 1º Grupo de Câmaras Cíveis referido nos itens 6 e 8 supra.

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 23 de abril de 1979.

# ACÓRDÃO NOS EMBARGOS INFRINGENTES

Funcionário do Instituto de Previdência do Estado. Abrangido pela denominada Lei Suely, no período de sua vigência, e verificadas as as condições essenciais à existência do direito, incorporou-se ele ao patrimônio do servidor, gerando efeito imutável por lei posterior.

. . . . . .

EMBARGOS INFRINGENTES
Nº 30.563
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
ANYR SOARES BARRETO
INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL,

2º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS
PORTO ALEGRE
EMBARGANTE;
EMBARGADO;

INTERESSADO.

Acordam em 2º Grupo de Câmaras Cíveis, por unanimidade, rejeitar a preliminar e os embargos, de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Desembargadores Bonorino Buttelli, Oscar Gomes Nunes, Edson Alves de Souza, Gervásio Barcellos e Antero Ryff Leivas.

Porto Alegre, 21 de dezembro de 1979.

DES. JORGE RIBAS SANTOS, Presidente.

DES. CARLOS DE PINHO, Relator.

RELATOR: DES. CARLOS DE PINHO

## RELATÓRIO

**O DES. CARLOS DE PINHO** (RELATOR) – Anyr Soares Barreto, Consultor Jurídico do Instituto de Previdência do Estado, impetrou mandado de segurança contra o ato do Presidente da autarquia previdenciária, que indeferiu a averbação, em sua ficha funcional, do acréscimo de 1/6 do tempo de serviço prestado, ano por ano, desde o seu ingresso no quadro funcional, de conformidade com a Lei nº 4.585 de 14.10.63 até a Lei nº 5.846 de 31.10.69, que revogou a denominada Lei Suely.



Dispunha o art. 1º da Lei 4.585/63, que, para efeito de aposentadoria aos 35 anos de serviço público, o tempo de serviço prestado ao Estado pelo servidor público será acrescido de um sexto, desde que não conte nenhuma falta não justificada e não tenha sofrido pena disciplinar. Acrescenta seu § 1º: o acréscimo será feito de ano a ano e as faltas não justificadas e as penas disciplinares somente prejudicarão os períodos em que tenham ocorrido. Trata-se de direito adquirido pelo impetrante de computar, de ano a ano, 1/6 do serviço prestado à autarquia, constituindo obrigação desta a averbação automática desse tempo, por força imperativa de disposição legal. Esse direito, já incorporado ao patrimônio funcional do impetrante, não foi perdido com a revogação da lei permissiva, mas, tão-somente, a partir daí, desapareceu a possibilidade de contagem pela forma estipulada na lei revogada. Inaplicável ao caso é a Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal, que não abrange o direito expectativo adquirido, mas que trata da expectativa de direito.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 5/11 e cópias xerográficas dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários nºs 82.883 e 82.881 (fls. 37/97).

A autoridade coatora prestou informações, asseverando que o pedido de averbação foi formulado intempestivamente, em face da revogação da Lei nº 4.585/63, que não mais protege qualquer servidor que se aposente, ainda que tenha assumido a iniciativa da averbação. O princípio da contemporaneidade da aposentadoria milita contra a pretensão do impetrante, ainda que realizada a averbação, pois esta somente terá efeito se as condições legais da época da aposentadoria permitam.

O Dr. Promotor Público opinou pela concessão da segurança. Sustenta que o impetrante adquiriu o direito à forma de contagem do tempo de serviço estadual consoante as disposições da Lei Suely. Desde que prestado o tempo de serviço, sem faltas e pena disciplinar, estava sujeito ao acréscimo invocado e tinha o Estado o dever de, ano a ano, incorporá-lo ao patrimônio do funcionário beneficiado, independentemente de qualquer iniciativa deste. Se não o fez na época devida, cabe agora fazê-lo. Seus efeitos são imutáveis pela lei posterior (fls. 99/101).

O Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Estadual concedeu a segurança para determinar a averbação, na ficha funcional do impetrante, do acréscimo de 1/6 do tempo de serviço prestado desde o seu ingresso no quadro do IPERGS, até a revogação da Lei nº 4.585/63. Entendeu que a lei obrigava o Estado, independentemente de provocação do interessado, a proceder ao acréscimo previsto, ano por ano, desde que preenchidas as condições exigidas. A espécie não versa sobre direito expectativo à aposentadoria, mas sobre forma de contagem do tempo de serviço público estadual. O impetrante adquiriu direito à forma de contagem estipulada no texto legal. Esse direito não é passível de modificação por lei superveniente. Submeteu a sentença ao reexame necessário (fls. 104/106).

A autarquia previdenciária e o Estado do Rio Grande do Sul interpuseram, tempestivamente, apelações, argüindo o último a preliminar de nulidade do processo, por não ter sido citado para a ação )fls. 109/112 e 123/130).

O recurso foi respondido e o Dr. Promotor Público deu por reproduzidos os termos de seu parecer anterior, acolhido pela sentença apelada (fls. 118/121, 133/137 e 139/140).

O Dr. Promotor da Justiça opinou pela rejeição da preliminar e pelo desprovimento de ambas as apelações (fls. 146/147).

A Egrégia Quarta Câmara Cível rejeitou, por unanimidade, as preliminares de prescrição e de nulidade, negou provimento a ambas as apelações, confirmando a sentença sob reexame, vencido o relator (fls. 152/171).

O acórdão encontra-se publicado na Revista de Jurisprudência, 74/437.

Sustentou o eminente Desembargador Milton dos Santos Martins, em seu voto vencido, de que não há direito de averbar o tempo. Direito somente se aperfeiçoa quando da averbação do tempo de serviço decorre efetivamente direito do servidor à gratificação, à licença-prêmio, a qüinqüênio, à aposentadoria. A averbação não é um direito em si, um direito peculiar do servidor, se não lhe decorre efetivamente uma vantagem pessoal ou patrimonial. Importa somente o tempo que aperfeiçoa direitos, estrutura ou altera relação jurídica.

Foram rejeitados, unanimemente, os embargos declaratórios interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul (fls. 174/177 e 180/189).

Não tendo sido unânime o julgado proferido na apelação, em mérito, opôs o Estado embargos infringentes.

Sustenta a admissibilidade do recurso, invocando acórdão proferido pelo Egrégio 1º Grupo de Câmaras Cíveis, publicado na Revista de Jurisprudência, 68/107. Transcreve integralmente o voto vencido do eminente Desembargador Milton dos Santos Martins. Acrescenta que, atribuindo acréscimo de tempo, tão-só em razão da assiduidade e do bom comportamento, a Lei nº 4.585/63 reduziu o tempo necessário à aposentadoria, pelo que foi revogada pela Constituição Federal, de conformidade com a redação que lhe deu a Emenda nº 1/69, arts. 101, inciso III, e 13, inciso V, que o fixa em 35 anos. Não se pode computar o tempo ficto previsto na referida lei, sob pena de violar-se a Constituição Federal. Não se caracteriza, no caso, direito adquirido e nem se o pode invocar contra o texto constitucional. Afastou a Constituição Federal a aposentadoria com menos tempo, ainda que direito adquirido a isso se tivesse (fls. 192/208).

Os embargos foram impugnados, pretendendo o embargado que, em face do princípio consubstanciado na Súmula nº 597 do Supremo Tribunal Federal, não cabem ao acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria, a apelação. Pleiteia a confirmação do acórdão embargado. (fls. 245/248).



O Dr. Procurador da Justiça opina pela rejeição da preliminar argüida pelo embargado de descabimento dos embargos e pela improcedência destes. Sufraga entendimento contrário ao enunciado na Súmula nº 597, em face do disposto no Art. 1.217 do C.P.C. e da redação que deu ao Art. 12 da Lei nº 1.533 de 31.12.51, o Art. 3º da Lei nº 6.014 de 27.12.73. Cita a lição de Celso Agrícola Barbi e os acordãos proferidos por este Colendo Grupo nos embargos infringentes de nºs 24.042, 26.176 e 26.944, e pelo 1º Grupo nos de nºs 24.015 e 24.701, publicados na Revista de Jurisprudência, 68/107 e 121. Afigura-se-lhe procedente a pretensão do embargado, que, por ter preenchido as condições fixadas no Art. 1º da Lei nº 4.585/63, inexistência de faltas e de pena disciplinar, adquiriu o direito, para o efeito de aposentadoria aos trinta e cinco anos de serviço público, ao acréscimo de um sexto do tempo de serviço, ano por ano, desde o seu ingresso no IPERGS até a data em que aquele diploma legal foi revogado pela Lei nº 5.846 de 31.10.69. Esse acréscimo de tempo de serviço prestado ao Estado se incorporou, desde logo, ao patrimônio do embargado, constituindo direito adquirido que não podia ser desrespeitado por lei posterior e do qual decorre a pretendida averbação.

É o relatório.

## VOTO

**O DES. CARLOS DE PINHO** (RELATOR) – Rejeito a preliminar argüida pelo embargado.

Ambos os Grupos de Câmaras Cíveis têm admitido embargos infringentes aos acórdãos não unânimes, prolatados em grau de apelação em mandado de segurança, sufragando o entendimento dominante na doutrina (Cretella Júnior, Mandado de Segurança, 243 – Celso Agrícola Barbi do Mandado de Segurança, 3ª ed. 281-287 – Othon Sidon, Mandado de Segurança, 323 – Ulderico Pires dos Santos, o Mandado de Segurança na doutrina e na jurisprudência, 2ª ed., 419 – RJ, 68/107 e 121).

Os embargos infringentes não são recurso com características incompatíveis com o procedimento do mandado de segurança.

**O DES. EDSON ALVES DE SOUZA** – De acordo.

**O DES. GERVÁSIO BARCELLOS** – De acordo.

**O DES. ANTERO RYFF LEIVAS** – Conheço também dos embargos, rejeitando a preliminar.

**O DES. BONORINO BUTTELLI** – De acordo.

**O DES. OSCAR GOMES NUNES** – De acordo.

**O DES. CARLOS DE PINHO** (RELATOR) – Dispunha o art. 1º da Lei nº 4.585 de 14.10.63, que, para efeito de aposentadoria aos trinta e cinco anos de serviço público, o tempo de serviço prestado ao Estado pelo servidor público será acrescido de um sexto, desde que não conte nenhuma falta justificada e não tenha sofrido pena disciplinar.

Declarava em seu § 1º que o acréscimo será feito de ano a ano e as faltas não justificadas e as penas disciplinares somente prejudicarão os períodos em que tenham ocorrido.

Essa lei foi revogada pela de nº 5.846 de 31.10.69.

Embora revogada, a denominada Lei Suely permanece eficaz em relação aos servidores por ela abrangidos no período de sua vigência.

A nova lei não pode alterar os efeitos de situação jurídica produzida sob a vigência da lei anterior.

Os fatos pretéritos e seus efeitos realizados sob o império da lei anterior, não podem ser atingidos pela lei nova, sem retroatividade, a qual é proibida pela Constituição Federal.

É consagrado como preceito constitucional o princípio geral da irretroatividade da norma jurídica.

O respeito ao direito adquirido, entre nós, constitui garantia constitucional.

Gabba define os direitos adquiridos como conseqüências de um fato idôneo a produzi-las conforme a lei vigente na data em que ele se realizou, e que embora não utilizadas na vigência da mesma lei, entraram nessa época para o patrimônio da pessoa (Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, 1/349).

Verificadas as condições essenciais à existência do direito, determinadas por lei, a assiduidade e o bom comportamento funcional, incorporou-se ele ao patrimônio do embargado, gerando efeito imutável pela lei posterior.

Não importa que o embargado não houvesse pleiteado a contagem enquanto vigente a lei permissiva, mas apenas na vigência da lei que a revogou. O funcionário reuniu os requisitos na vigência da lei anterior. O fato de não haver requerido, na época própria, não o faz perder o seu direito, já adquirido.

Realizado, completamente, o fato que a lei manda computar como tempo de serviço público, o direito, dele resultante, incorpora-se, desde logo, no patrimônio do servidor público. Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público (R.T.J., 79/272 e 233).

Por conseguinte, a averbação do tempo ficto, pelo embargado, não se encontra subordinada à lei vigente ao tempo de sua aposentadoria.



Como acentua o Ministro Moreira Alves, há dois direitos diferentes; um, é o direito à contagem de tempo; e o outro, o direito a aposentar-se.

Para haver efeito, é preciso haver uma causa. Essa causa é o direito adquirido a ter certo tempo de serviço qualificado como tempo de serviço público. Esse direito se adquire antes da aposentadoria, embora sua eficácia só ocorra quando se completem os demais requisitos para a aposentação. A lei do tempo da produção do efeito não pode impedi-la sob o fundamento de que, nesse instante, o direito de que decorre o efeito não é mais admitido. É justamente para evitar isso que há proibição da retroatividade, quando existe direito adquirido antes da lei nova, embora sua eficácia só ocorra depois dela.

O tempo de serviço é, apenas, um dos elementos necessários à aposentadoria. A qualificação jurídica desse tempo é regida pela lei vigente no momento em que ele é prestado. Já a lei que rege a aposentadoria ao exigir determinado tempo de serviço público, tem de considerar a existência desse tempo, como sendo de serviço público, com base no que dispunham as leis vigentes sobre essa matéria específica: o que se caracteriza como tempo de serviço.

Se a lei relativa à aposentadoria voluntária, que é a que estabelece os requisitos para a aposentação, alude a tempo de serviço público, este será qualificado segundo as leis que o caracterizavam nos diversos momentos em que o serviço foi sendo prestado (R.T.J., 79/274 e 275).

Mais e melhor não podendo dizer do que os prolatores dos votos majoritários, que exaustivamente consideraram todos os aspectos da questão, rejeito os embargos, para assegurar ao embargado o direito de contar, para efeito de aposentadoria, o tempo que a Lei nº 4.585/63 lhe outorgou, desde o seu ingresso no quadro funcional da autarquia previdenciária estadual.

**O DES. EDSON ALVES DE SOUZA** – Sr. Presidente. Ao examinar o processo, como Revisor, considerei que todos os argumentos do acórdão embargado eram plenamente suficientes para a conclusão a que o mesmo chegou e decorrente rejeição dos embargos. Agora, com as excelentes razões acrescidas pelo eminente Relator, cimentei ainda mais a minha conclusão e por conseguinte rejeito os embargos.

**O DES. GERVÁSIO BARCELLOS** – Também rejeito os embargos de acordo com o brilhante voto do eminente Relator.

**O DES. ANTERO RYFF LEIVAS** – De acordo com o eminente Relator, rejeito os embargos.

**O DES. BONORINO BUTTELLI** – De acordo com o voto do eminente Relator. Rejeito os embargos.

**O DES. OSCAR GOMES NUNES** – De acordo com o eminente Relator.

**O SR. PRESIDENTE** – (Des. Jorge Ribas Santos) – Embargos Infringentes nº 30.563, de Porto Alegre – "Rejeitaram a preliminar e os embargos, à unanimidade".

# RECURSO EXTRAORDINÁRIO

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR NIRO TEIXEIRA DE SOUZA**

**DD. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da apelação cível nº 30.563, em que figura como Apelante sendo Apelado A. S. B., vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, dizer que, não se conformando, **"data venia"**, com o venerando aresto de fls. 152 a 171, dele deseja interpor, como efetivamente interpõe, recurso extraordinário para o Egrégio Supremo Tribunal Federal, **"forte"** no art. 119, III, **"a"**, **"c"** e **"d"**, da Constituição do Brasil e, ainda, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

I – DA DECISÃO RECORRIDA E DO CABIMENTO DO RECURSO

1. Trata-se o presente feito de mandado de segurança impetrado por funcionário do Instituto de Previdência do Estado, IPERGS, autarquia estadual, em que se pretende ver averbado o tempo fictício de um sexto por ano de serviço outorgado pela Lei 4.585, de 14 de outubro de 1963, que assim dispunha:

> **"Para efeito de aposentadoria aos 35 anos de serviço público, o tempo de serviço prestado ao Estado pelo servidor público será acrescido de 1/6 (um sexto), desde que não conte nenhuma falta justificada e não tenha sofrido pena disciplinar. / § 1º. O acréscimo será feito de ano a ano e as faltas não justificadas e as penas disciplinares somente prejudicarão os períodos em que tenham ocorrido".**

2. A sentença de primeiro grau concedeu a segurança (fls. 104-6) e, dela intimado, o Recorrente interpôs apelação, sustentando, preliminarmente, a nulidade do processo por infringência do art. 19 da Lei 1.533/51 e a prescrição do direito à averbação (cf. razões itens 2 a 5 e 8, fls. 125-7), e, no mérito, a inexistência não só daquele direito como do direito ao cômputo do tempo ficto, eis que, quanto ao primeiro (direito à averbação) não estava previsto em lei, e, quanto ao segundo (direito ao cômputo), contrapunha-se ele ao sistema constitucional vigente e, mais, a lei que o instituíra fora revogada.

3. O venerando aresto recorrido, no entanto, rejeitou unanimemente as preliminares e, no mérito, por maioria, negou provimento à apelação.

4. No entanto, salva reverência, parece ao Recorrente que o venerando aresto, em assim decidindo, (a) quanto às preliminares, negou vigência (a. a.) ao art. 19 da



Lei 1.533/51, pois admitiu correta a falta de citação dos litisconsortes necessários como eram a autarquia e o próprio Recorrente, e (a. b.) ao art. 1º do Decreto 20.910/32, combinado com o art. 2º do Decreto-lei 4.592/42, pois não declarou a prescrição do direito à averbação, que, se existente, teria nascido há mais de cinco anos da propositura do **"writ"**, e, (b) quanto ao mérito, (b. a.) violou o art. 101, III, combinado com os artigos 103 e 13, V, da Constituição do Brasil, pois admitiu a redução, para aquém de trinta e cinco anos, do tempo de serviço necessário à aposentadoria voluntária, (b. b.) violou o art. 153, § 3º, daquela mesma Carta, e negou vigência ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois admitiu como direito adquirido, protegendo-lhe como tal, o que direito adquirido não era, (b. c.) violou o art. 153, § 21, da Constituição Federal, e negou vigência ao art. 1º da Lei 1.533/51 pois concedeu mandado de segurança sem que houvesse direito a ser protegido, (c) julgou eficaz norma local (Lei 4.585/63) contestada face à Constituição e (d) deu às ditas normas federais interpretação diversa da que lhe têm dado outros Tribunais do País, inclusive o S.T.F.

Todas as matérias foram devidamente prequestionadas quando não no aresto embargado nos embargos declaratórios opostos para tal fim, os quais, inobstante rejeitados, tiveram tal préstimo, conforme a reiterada jurisprudência do S. T. F. (cf. R. T. J. 77/279, 65/574, 59/233, 68/71).

Indiscutível, pois, o cabimento no caso do recurso extraordinário (art. 119, III, **"a"**, **"c"** e **"d"**, Constituição do Brasil).

5. Quanto às matérias referidas nas alíneas (b) e (c) do item anterior, pendem elas de julgamento de embargos infringentes, já interpostos, razão por que o presente recurso deveria cingir-se aos temas da alínea (a), em relação aos quais houve unanimidade (Súmulas 354 e 355 do S. T. F.).

Mas, em face da Súmula 597 do S. T. F., a fim de salvaguardar seus direitos e pô-los livres de quaisquer discussões, e para o caso de que, acolhendo-se o enunciado daquela Súmula, não se conheçam os embargos, o Recorrente interpõe o presente recurso em relação a **todas** as matérias supra-referidas.

Conhecendo-se os embargos, é evidente, ficará a inconformidade prejudicada no que diz com as das alíneas (b) e (c) (mérito propriamente dito do **"mandamus"**).

II – DO CABIMENTO PELA LETRA **"a"**

a) **Da Negativa de Vigência ao Art. 19 da Lei 1.533/51**

6. Impõe o art. 19 da Lei 1.533/51 a aplicação ao mandado de segurança das regras sobre litisconsórcio constantes do Código de Processo Civil.

7. No entanto, inobstante a autarquia se caracterizasse como litisconsorte necessária, pois todos, absolutamente todos, os efeitos da concessão do **"writ"** seriam por ela suportados, **não foi determinada a sua citação para integrar a lide.**

Tal citação só se aperfeiçoaria com a citação do presidente da autarquia, autoridade coatora, **e do Estado**, nos termos do que dispõe a Lei Estadual nº 5.255/66, art. 65, parágrafo único, **"verbis"**:

> **"Para que se integre a representação do IPERGS quando este for réu, deverão ser citados o seu presidente** e o Estado."

8. Ora, não tendo ocorrido a citação do Estado, que, repita-se, só interveio em segunda instância, é evidente que não ocorreu também a da autarquia, pelo que, já por isso, é clara a negativa de vigência ao art. 19 da Lei 1.533/51.

9. Demais, parece ao Recorrente que ele mesmo, na qualidade de entidade-mãe, em face da responsabilidade subsidiária que daí lhe advém, configurava-se como litisconsorte necessário, e, como tal, ainda que inexistente o dispositivo supratranscrito, devia ter sido citado.

10. Assim, já por isso, por violação do art. 19 da Lei 1.533/51, tem cabimento o recurso extremo.

b) **Da Negativa de Vigência ao Art. 1º do Decreto 20.910/32**

11. Sustentou o Recorrente que, se existente, o direito a ver averbado o tempo ficto estaria prescrito, eis que, surgido há mais de cinco anos da propositura do **"mandamus"**, nos termos do Decreto 20.910/32, art. 1º, aplicável as autarquias por força do art. 2º do Decreto-lei 4.597/42, é de cinco anos o prazo de prescrição de toda e qualquer ação contra a Fazenda Pública.

12. Rejeitou o venerando aresto, no entanto, tal argüição, entendendo que **"o direito subjetivo efetivamente incorporado pelo servidor não prescreve"** (cf. voto Des. MILTON SANTOS MARTINS, fls. 160).

13. **"Data venia"**, no entanto, parece ao Recorrente que com isso negou-se vigência ao supra-referido art. 1º do Decreto 20.910/32, pois nele se estabelece de modo claro que prescrevem no qüinqüênio **"todo e qualquer direito ou ação(...), seja qual for a sua natureza"**, negando-se também vigência ao art. 2º do Decreto-lei 4.597/42, que, como se disse, estendeu aquele dispositivo às autarquias.

14. Indiscutível é que, se surgiu, e o Recorrente o nega, o direito à averbação (não à contagem que é **outro**) do tempo ficto só poderia ter surgido **a cada ano de serviço** (cf. texto da lei, item 1). Ora, tirante qualquer outra discussão a respeito (v.g.: revogação da lei pela Constituição de 1967, etc.), a Lei 4.585/63, que previa o benefício, foi **explicitamente** revogada pela Lei 5.846, **de 31 de outubro de 1969.** Antes, portanto, muito antes, de cinco anos do ajuizamento do "writ", que data de **19 de julho de 1977.**

c) **Da violação dos Artigos 101, III, e 103 combinados com o Art. 13, V, da Constituição Federal**

15. No mérito, ao reconhecer o direito ao cômputo ficto atribuído pela Lei 4.585/63, o venerando acórdão não mais fez do que admitir a redução, para aquém



dos trinta e cinco anos, do tempo de serviço necessário à aposentação voluntária, com o que violou, de modo flagrante, os artigos 101, III, e 103, combinados com o art. 13, V, da Constituição Federal, que, salvo **"lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República"**, não o permitem.

16. Sob este aspecto é lapidar a lição do Ministro LEITÃO DE ABREU, extraída de seu voto RE 82.881, **"verbis"**:

> **"Quando, em 20 de junho de 1967, revogou essa lei, o legislador paulista ajustou, nesse ponto, a ordem jurídica local à norma exarada na Constituição Federal de 1967. Nesta, depois de se fixar, no artigo 100, as regras quanto ao tempo de serviço para a aposentadoria, referindo-se sem nenhuma dúvida, exclusivamente, a serviço público, estabeleceu, no § 2º, desse preceito: "Atendendo a natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I, do art. 101". Corolário inevitável desse mandamento constitucional era a proibição de se acrescentar à antiguidade do servidor por via legislativa, que não fosse a federal, tempo de serviço ficto ou prestado na esfera privada, pois que, se isso fosse permitido, se poderia por via indireta ou oblíqua, realizar aquilo que a Constituição proibia ou seja, reduzir o tempo de serviço para a aposentadoria, tempo fixado nessa Carta Política. Na Constituição vigente, Emenda 1, tornou-se ainda, no art. 103, mais estrita ou rigorosa a proibição. "Lei complementar" – estatui esse preceito – "de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para a aposentadoria, transferência para a inatividade e disponibilidade". Em face pois, quer do art. 100, § 2º, da Constituição de 1967, quer do art. 103, da vigente Constituição, a Lei 6.898, de 1962, ainda que não tivesse sido revogada, em 20 de julho de 1967, pela Lei 9.825, seria, quando menos, ineficaz, de modo que, de nenhum modo, poderia ser contado para a aposentadoria o tempo de serviço, de caráter privado, que mando imputar na antiguidade funcional do servidor público". ("in" R.T.J. 79/277, e fls.).**

17. O exposto, como se vê, tem perfeita aplicação à espécie. Ao admitir o cômputo de tempo ficto, – note-se: no caso sequer se trata de serviço efetivamente prestado, ainda que não público, mas de serviço ficticio, irreal – o venerando aresto admitiu a redução do tempo para a aposentação, o que só à **"lei complementar de inciativa exclusiva do Presidente da República"** era dado fazer. Violou, pois, como se disse, os artigos 101, III, e 103, e art. 13, V, todos da Constituição Federal, esse último o que impõe aos Estados-membros a obediencia dos primeiros.

d) **Da Violação ao Art. 153, § 3º da Constituição Federal e da Negativa de Vigência ao Art. 6º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introd. ao Código Civil)**

18. De outra parte, ao reconhecer ao Recorrido direito adquirido a averbar o tempo ficto previsto na Lei 4.585/63 e, mais, de computar tal tempo para a aposentadoria, o venerando aresto violou o art. 153, § 3º, da Constituição Federal, e

negou vigência ao Art. 6º do Decreto-lei 4.657 (L.I.C.C.), pois reconheceu como direito adquirido, protegendo-o como tal, o que direito adquirido não era.

d.a.) **Da Inexistência de Direito Adquirido Contra a Constituição.**

19. A ordem constitucional vigente, como se viu, não admite cômputo de tempo ficto, exceto se, o que não é o caso, estabelecido em **"lei complementar da iniciativa exclusiva do Presidente da República"** (EC 1/69, Art. 103).

20. Ora, como se sabe, não pode haver direito adquirido contra a Constituição, exatamente porque **é ela mesma que o garante.** Assim, incidindo, a Constituição corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

21. E, no caso, estabelecendo em trinta e cinco anos o tempo para a aposentação e vedando a redução exceto nos casos que previu, a Constituição cortou toda a possibilidade de aposentadoria com menos tempo, **ainda que direito adquirido a isso se tivesse.**

22. Portanto, já por isso, não havia como pudesse o venerando acórdão reconhecer ao Recorrido direito adquirido a tal aposentação.

d.b.) **De Inexistência de Direito Adquirido à Averbação de Tempo Ficto Estabelecido ne Lei 4.585/63.**

23. De outra parte, e tirante a discussão sobre o direito à contagem, não havia como se pudesse vislumbrar na Lei 4.585/63 direito à averbação (= à anotação nos registros da Administração) do tempo ficto por ela outorgado. Ainda que se reconhecesse aquele, que, até por disposição constitucional, inexiste, disso não poderia resultar, como corolário necessário, o reconhecimento desse, que exige dispositivo **expresso, claro, incontroverso,** no caso inexistente.

24. É que, sendo o tempo ficto simples elemento do suporte fático da vantagem, não se pode admitir que, como regra geral, numa estonteante e ineficaz explosão de burocratismo (**"mere averbação não dá nem tira direito algum"**, T.F.R., Ag. 31.239, D.J.U. 14 de outubro de 1975), a Administração esteja obrigada a anotar em seus registros o implemento de cada um dos requisitos dos direitos e vantagens de seus servidores embora tal implemento não seja ainda suficiente para fazer nascer qualquer direito.

25. Na verdade, pretender averbar tempo ficto (= acréscimo ao tempo real em razão da ocorrência do fato "a" ou "b"), sem que, com ele, se aperfeiçoe a vantagem de que é requisito, é, **"mutatis mutandis"**, a mesma coisa que pretender averbar, por exemplo, a participação em operações bélicas, a conclusão de determinado curso, etc., pelo único e tão-só motivo de que, embora não completados os demais, tais fatos sejam requisitos para a aquisição de tal ou qual vantagem.

26. Não fica difícil compreender que, a vingar essa orientação com a multifacetada gama de direitos e vantagens deferidos aos servidores, e com a



infinidade ainda maior de requisitos necessários à sua aquisição, a Administração quase de outra coisa não se poderia ocupar que... analisar e anotar requisitos de vantagens! E, o que é pior, um tanto kafkeanamente, de vantagens que poderiam... **nunca vir a ser adquiridas!**

27. Desta forma, como se vê, do só fato de a lei atribuir acréscimo de tempo (= tempo ficto) para aquisição de determinada vantagem não se pode extrair o direito, que é **outro,** de averbar esse tempo antes de aperfeiçoados todos os requisitos da vantagem. Tal direito, por ser excepcional, por contrariar a regra geral de que os requisitos de uma vantagem devem ser apreciados **quando de sua concessão,** tal direito, se outorgado, deve vir expresso, claro, incontroverso, na lei.

28. E, **"data venia"**, isso não ocorria na Lei 4.585/63. Nela atribuía-se, **tão-só,** direito a acréscimo de tempo. Nunca o de averbar tal acrescimo, até por que isso seria autêntico **"bis in idem"**, pois **todos** os requisitos – assiduidade e bom comportamento – necessários ao surgimento do direito **já deveriam constar da ficha funcional do servidor.**

d.c.) **Da Inexistência do Direito ao Cômputo do Tempo Ficto.**

29. De outra parte, o direito mesmo ao cômputo do tempo ficto previsto na Lei 4.585/63 inexistia, quer porque, como já se viu, contrapunha-se ele à ordem constitucional vigente, quer porque, revogada que fora aquela lei, a permanência ainda agora de tal direito se contraporia ao regime estatutário a que se submete o servidor público.

30. Cabe, antes de tudo, notar, pois a isso deu-se grande relevância no aresto recorrido, que a espécie não tem exata similitude com as demais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e trazidas à colação a fls. 37 a 96.

Cuidava-se ali de cômputo de tempo de serviço particular, ou seja, – e aqui o ponto fundamental – tempo de serviço **efetivamente prestado**, e, como tal, **diverso** daquele a que o servidor pretendia agregá-lo para a aquisição da vantagem. Apenas se fez qualificar juridicamente esse serviço – repita-se: **efetivamente prestado** – como sendo, ele também, suscetível de gerar o direito à vantagem.

Aqui, no entanto, não. Inexiste **"plus"** de tempo de serviço; apenas, por uma ficção legal, se acresceu de **"x"** o tempo do funcionário, sem que, no entanto, tal **"x"** se constituísse efetivamente tempo de serviço, ainda que não-público. No suporte fático do acréscimo não está, aqui, serviço, mas, tão-só, o puro e simples cumprimento dos deveres funcionais de assiduidade e bom comportamento.

Ora, é evidente que, se a tese esposada pela maioria (maioria de **um voto**, votando vencedores os eminentes Ministros ELOY DA ROCHA e RODRIGUES ALCKMIN, **que não mais integram o Tribunal**) do Supremo Tribunal Federal pode ser aceitável, inobstante discutível, nas hipóteses dos acórdãos trazidos à colação, em que se cuidou de serviço **efetivamente prestado**, inobstante particular, e, como tal, em que apenas se **qualificou** juridicamente esse serviço, tal não pode ocorrer no

caso dos autos, em que não há simplesmente aquela qualificação, mas outorga de tempo de serviço que **não existiu**, em flagrante contrariedade aos artigos 101, III, e 103, da Constituição do Brasil, que não permitem a redução, senão por lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República, dos limites de tempo para a aposentadoria.

31. De qualquer forma, e **"data venia"**, entende o Recorrente que razão assistia à tese vencida no Supremo Tribunal Federal.

32. É que, como já se disse, submetido o servidor a regime estatutário, não parece compatível com a natureza desse regime a formação de direito adquirido à qualificação que, em determinado momento, antes da aquisição da vantagem, a lei tivesse dado a um dos requisitos necessários à sua aquisição, pois, e isso nunca se pode perder de vista, o tempo de serviço não mais é do que **um dos** requisitos para a aquisição da vantagem.

33. Ora, se, em razão da natureza estatutária do vínculo, se admite que a lei possa aumentar o tempo necessário à aposentadoria, se se admite que possa inclusive suprimir tal fato como requisito, como não admitir o menos, ou seja, a desqualificação do que antes qualificava como requisito?

34. Demais, se se admite o direito à qualificação de tempo de serviço, que, repita-se, é simples requisito para a aquisição da vantagem, tem-se de admitir também, por coerência lógica e jurídica, o direito à qualificação de todos os demais requisitos, pois razão não haveria para que isso ocorresse apenas em relação àquele (tempo de serviço) e não a esses. Pense-se então na hipótese de vantagem para cuja aquisição fosse necessário, entre outros, o requisito da conclusão de curso com determinado currículo. Admitir-se-ia também que, realizado o curso, o servidor adquirisse o direito à sua qualificação pela lei da época da sua realização, de tal sorte que, para o deferimento da ainda não adquirida vantagem, a lei nova não pudesse exigir novo currículo? Evidentemente, não! A tanto conduz, no entanto, em rigor de lógica, a tese majoritariamente sufragada no RE 82.881-SP!

35. Certo, a tese vencida no S.T.F. poderá ocasionar a frustração de expectativas que, do ponto de vista estritamente individual, deveriam merecer proteção. Mas, como se sabe, a relação de função pública não se funda em interesses individuais, mas no interesse público. Esse é que, informando o direito administrativo, fundamenta o regime estatutário a que se submete o servidor. E é inegável que, em tal regime, e em prol daquele interesse, a teoria dos direitos adquiridos sofre considerável atenuação.

36. Seja como seja, depois do exaustivo debate travado no julgamento do RE 82.881-SP (fls. 41-97), seria superfetação tudo o que se tentasse acrescer àquilo que, com proficiência de mestres, os votos vencedores e vencidos lançaram sobre o tema do direito adquirido à qualificação do tempo de serviço.



Nunca é demais, no entanto, repetir a lição do Min. LEITÃO DE ABREU:

> **"Diante desses princípios, consagrados entre nós jurisprudencialmente, com o apoio da "communis opinio" dos nossos publicistas, cabe concluir que a lei nova, pela qual se modifiquem os pressupostos exigidos para a aposentadoria, tem aplicação imediata aos servidores que, até o advento da nova lei, não hajam reunido os requisitos para a inativação,** sem que se possa falar, se desfavorável o novo provimento legislativo, em direito adquirido. **Como o tempo de serviço é fato complexo, da configuração de cujos elementos depende o nascimento do efeito jurídico, consistente no direito à aposentadoria, cumpre reconhecer-se como legítima a incidência imediata da lei nova, que modifique o critério relativo à apuração do tempo de serviço, sem que a isso se oponha, por inaplicável diante do regime da função pública, a regra "tempus regit factum", uma vez que este, na espécie, como fato complexo, não se completou." (cf. voto proferido no RE 82.881-SP, "in" R.T.J. 79/276, e fls.)**

37. Assim, como se vê, não havia como pudesse vislumbrar-se qualquer direito adquirido do Recorrido quer à averbação quer ao cômputo mesmo do tempo ficto, pelo que, reconhecendo-os, e protegendo-os como tais, o venerando aresto não só negou vigência ao art. 6º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Intr. ao Código Civil) como ao § 3º do art. 153 da Constituição Federal.

e) **Da Violação ao Art. 153, § 21, da Constituição Federal e Negativa de Vigência ao Art. 1º da Lei 1.533/51.**

38. Estabelece a Constituição Federal que **"conceder-se-á mandado de segurança para proteger** direito **líquido e certo não amparado por "habeas corpus" (art. 153, § 21)".**

O mesmo, de resto, se dispõe no art. 1º da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

39. Ora, inexistindo os direitos para cuja proteção o venerando aresto deferiu o mandado de segurança, o que foi exaustivamente examinado na alínea anterior (alínea **"d"**), é evidente que violou ele também o art. 153, § 21, da Constituição Federal, e negou vigência ao referido art. 1º da Lei 1.533/51, que repita-se, um e outro, outorgam **"mandamus"** para a proteção de **direito.**

40. Desta forma, é indiscutível o cabimento do recurso pela alínea **"a"** do inciso III do art. 119 da Constituição Federal.

III – DO CABIMENTO PELA LETRA **"c"**

41. Mas, cabível pela letra **"a"**, o apelo extremo é também admissível pela alínea **"c"** do permissivo constitucional.

42. Isto porque, tendo sido sustentada a contrariedade da Lei 4.585/63 à ordem constitucional vigente, mais especificamente aos artigos 101, III, 103 e 13, V, da Constituição do Brasil (cf. razões de apelação, item 11, fl. 129), o venerando aresto, deferindo o **"mandamus"**, rejeitou tal argüição, dando, portanto, por **"válida"** a lei local (art. 119, III, c, CF).

43. Certo, não se confunde validade com eficácia, e, poder-se-ia argumentar, ao reconhecer o direito adquirido resultante da Lei 4.585/63, o aresto teria emitido juízo sobre a eficácia, e não a validade, da lei.

Mas, parece evidente, inobstante empregue o termo **"validade"**, o permissivo constitucional abrange também o só juízo de eficácia, pois o que se pretende com ele é submeter ao Supremo Tribunal Federal a **aplicação** que se tenha feito de lei local, se e quando essa tenha sido contestada em face da Constituição.

IV – DO CABIMENTO PELA LETRA **"d"**

44. Mas, ainda pela alínea **"d"** do permissivo constitucional tem cabimento o recurso, eis que, decidindo como decidiu, o venerando aresto divergiu da interpretação que têm dado aos supra-referidos dispositivos federais outros Tribunais do País, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

a) **Da Divergência Quanto à Aplicação do Art. 19 da Lei 1.533/51**

45. Ao negar-se a determinar a citação da autarquia, que, repita-se, só se aperfeiçoaria com a citação de seu presidente **e do Estado,** e do Recorrente, que se configuravam como litisconsortes necessários (cf. item 7 a 9, supra), divergiu o venerando aresto do acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 71.992-RJ, cujo voto do relator, Min. LUIZ GALLOTTI, está assim lançado:

> **"Conheço do recurso, em face do dissídio jurisprudencial. / E dou-lhe provimento para decretar a nulidade argüida pela Racorrente. / O art. 19 da Lei 1.533, de 1955, manda aplicar ao processo do mandado de segurança os artigos 88 a 94 do C. Pr. Civil. / E o art. 88 do C. Pr. dispõe que, quando fundado o litisconsórcio, ativo ou passivo, na comunhão de interesses, não poderão as partes dispensá-lo. / No caso é patente a comunhão de interesses, pois a segurança, embora requerida contra o Prefeito, visava a anular a concessão feita à Recorrente. / Impunha-se assim a citação da Recorrente como litisconsorte necessária. / A lição de CELSO AGRICOLA BARBI, citada no despacho do ilustre Presidente ENÉAS MARZANO que admitiu o recurso extraordinário, é exata e está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal (fl. 210). / Ei-la ("Do Mandado da Segurança", p. 113): / "Ora, nos casos freqüentes em que o mandado de segurança é requerido contra nomeação ou promoção de funcionário, ou concessão de serviço público a outrem, a demanda implica anular a nomeação ou promoção, ou cancelar a concessão, vale dizer, extinguir a relação jurídica existente entre o funcionário, ou concessionário. Parece-nos fora de dúvida que, nas hipóteses**



> **figuradas, há exemplos típicos de litisconsórcio "necessário", sendo, portanto, indispensável a participação daqueles interessados como réus, sem o que a sentença será ineficaz." (cf. R.T.J. 59/598-9).**

E, refutando idêntica objeção suscitada nos presentes autos, prossegue:

> **"A Procuradoria objeta que a Recorrente ingressou na lide e, em decorrência, suspendeu-se a execução da sentença; debateu o mérito da questão, tendo o seu recurso sido apreciado pelo Tribunal "a quo", e, assim, nenhum prejuízo sofreu (fl. 230).** / Mas ingressou tardiamente, pois deverá ter sido citada de início, **e a execução da sentença, que havia sido suspensa a pedido da Recorrente, foi depois ordenada, somente sobrevindo a suspensão em decorrência de requerimento do Prefeito ao Presidente do Tribunal de Justiça.** Não há como negar o prejuízo da Recorrente, pois, em vez de citada inicialmente, como se impunha em face da lei, só depois da sentença teve ciência da impetração e só então pode impugná-la, já em grau de recurso **(exatamente como na espécie). / Conheço do recurso e dou-lhe provimento." (op. e loc. cit.)**

46. Assim, como se vê, é flagrante o dissídio do aresto recorrido com o acórdão supratranscrito na aplicação do art. 19 da Lei 1.533/51.

47. Note-se inclusive: ao contrário do que se afirmou no venerando aresto recorrido, sequer bastava para a regularização da relação processual que a autarquia, cuja qualidade de litisconsorte não foi contestada, fosse **"ciente"** através **"de seu Presidente, como autoridade coatora"** (Cf. Voto Des. MILTON MARTINS, Fls. 159). Impunha-se, isto sim, segundo jurisprudência transcrita, a sua **citação,** que, como já se viu, só se aperfeiçoaria com a citação de seu presidente **e do Estado** (Lei 5.255/66, art. 65, parágrafo único).

De outra parte, se é certo que no paradigma se faz referência ao art. 19 com a redação em que ele se reportava ao CPC/39, não menos certo é que, em sua nova redação, adaptada ao CPC/73, aquele dispositivo em nada mudou, permanecendo, outrossim, a mesma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **"verbis"**:

> **"Mandado de segurança. Litisconsórcio passivo. Interpretação do art. 19 da Lei do Mandado de Segurança, redação dada pela Lei 6.071, de 3 de julho de 1974, e do art. 47 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil. No caso, desde que não foram citados os primeiros Recorrentes, na qualidade de litisconsortes necessários passivos, deixou de se formar validamente a relação processual. Vulneração do direito positivo e dissídio jurisprudencial. Provimento parcial do primeiro recurso para anular o processo a partir do momento em que deveria ser ordenada a citação dos litisconsortes, ficando prejudicado o segundo recurso." (Supremo Tribunal Federal, R.E. 87.094-DF, "in" D.J.U. 1º de julho de 1977, p. 4.466).**

b) **Da Divergência Quanto à Prescritibilidade dos Direitos Contra a Fazenda Pública**

48. Mas, não só. Ao rejeitar a prescrição do direito à averbação porque **"o direito subjetivamente incorporado pelo servidor não prescreve (...). O que prescreveria em 5 (cinco) anos seriam as prestações pecuniárias correspondentes a esse direito"** (cf. voto Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS, fls. 160) ou porque **"em se tratando de direito estatutário, direito subjetivo que se incorpora ao patrimônio do servidor, tal direito é imprescritível"** (cf. voto Des. HERMANN H.C. ROENICK, fls. 160), o venerando aresto divergiu da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal a respeito, segundo a qual, na hipótese de não se tratar de relação jurídica de trato sucessivo (e, na espécie, não se trata, pois o direito a averbar, se surgiu, surgiu **em ponto de tempo,** v.g., a cada ano de serviço), o que prescreve é o direito mesmo, o chamado **"fundo do direito".**

49. Eis, com efeito, as decisões:

Recurso Extraordinário 46.231-RS, Rel. Min. THOMPSON FLORES: **"Tenho que a distinção introduzida pelo acórdão recorrido não encontra amparo nos termos do Decreto Federal 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e legislação que lhe surgiu com o mesmo propósito. As expressões utilizadas são as mais amplas e autorizam a afirmar que, salvo as ações reais, as demais têm sua prescrição regulada pelos diplomas em questão. É o que têm assentado julgados vários desta Corte, desde o advento do Diploma em apreço". (cf. Revista Trimestral de Jurisprudência, 47/439).**

Recurso Extraordinário 69.345-SP, Rel. Min. DJACI FALCÃO: **"Prescrição. São inconfundíveis o nascimento do direito que autoriza o exercício da ação e os resultados patrimoniais provenientes do direito. / Na espécie não se trata de relação jurídica de trato sucessivo, a ensejar apenas a prescrição das prestações respectivas. / Recurso extraordinário a que nega provimento (...) / Conhecendo do recurso, nego-lhe, porém, provimento. Não vejo como considerar imprescritível o direito de postular o reconhecimento da participação na revolução constitucionalista de 1932. / Prescreve em cinco anos "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza" (art. 1º, do Decreto nº 20.910/32). No mesmo prazo prescrevem as prestações correspondentes a pensões, soldo, montepio e "quaisquer restituições ou diferenças" (art. 2º). / (...) Na espécie jamais foi reconhecida ao autor, ora recorrente, a sua condição de participante ativo do movimento revolucionário de 1932, nos termos da legislação especial que disciplinou o assunto. Além disso, ele somente ingressou em juízo, pleiteando o reconhecimento dessa condição indispensável ao benefício previsto na letra "d" do art. 30, das Disposições Transitórias da Constituição Paulista de 1947, fora do qüinqüênio prescricional, conforme já ficou esclarecido. / Enfim, não se cogita, como está claro, de relação jurídica de trato sucessivo, a ensejar apenas a prescrição das respectivas prestações. / Por todo o exposto, nego provimento ao recurso". (Revista Trimestral de Jurisprudência 84/856).**

Recurso Extraordinário 73.281, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE: **"Prescrição qüinqüenal. Ação ordinária para retificar decreto de transferência de militar para a reserva remunerada, em busca de mais uma promoção.**



**Inaplicabilidade da regra de que só prescrevem as prestações quando se trata de relação jurídica de trato sucessivo. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar-se prescrita a ação". (Revista Trimestral de Jurisprudência, 70/719).**

50. Daí se vê, pois, que, segundo o Supremo Tribunal Federal, nascido o direito, e não deferido, nem reconhecido, começa a fluir o prazo prescricional.

51. Ora, no caso, como se viu, o direito a averbar o tempo ficto – repita-se: não o a vê-lo contado para a aposentação, que, esse, **não foi pedido,** e, de resto, só seria exercível com o pedido da vantagem – só poderia ter surgido a cada ano de serviço, daí resultando que, segundo o entendimento do S.T.F., não reconhecido o direito, de cada ano teria começado a correr o prazo prescricional relativamente à averbação do acréscimo que lhe correspondia.

52. Manifesto, pois, também aqui, o dissídio.

c) **Da Divergência Quanto a Não Aquisição de Direito a Tempo de Serviço**

53. Por fim, ao reconhecer ao Recorrido direito adquirido ao tempo ficto outorgado pela Lei 4.585/63, cuja revogação é incontroversa, o venerando acórdão dissentiu também de vários julgados de outros Tribunais do País, inclusive o S.T.F., que afirmam ser a lei da época de sua concessão a que rege a aposentadoria.

54. Eis as decisões:

**"Aposentadoria. Sujeição ao império da lei vigente ao tempo da concessão, se não foi requerida anteriormente. Segurança denegada. Recurso não provido. (...).**

**É certo, como asseverou o acórdão recorrido, que a lei que regula as vantagens da aposentadoria é a vigente ao tempo da concessão (...)" (Supremo Tribunel Federal, Pleno, Rec. Mand. Seg. 9.614-PI, "in" Referências da Súmula do STF, vol. 18, p. 90).**

**"A fundamentação contida no acórdão recorrido é impecável.**

**A aposentadoria se rege pela lei vigorante ao tempo da retirada do serviço público" (Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação cível 165.131, Rel. Des. RODRIGUES PORTO, "in" Revista dos Tribunais, 197/99).**

55. Ora, está implícito nas decisões transcritas, como, aliás, na própria Súmula 359 do S.T.F., onde se estabelece que os proventos da inatividade se regulam pela lei do tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários, que a lei que rege a aposentação, inclusive quanto aos requisitos a ela exigíveis, de que o tempo de serviço é – e pode até não deixar de sê-lo! – um deles, é a da época em que foram

**todos** eles reunidos. Antes, há simples expectativa de direito em relação à aposentadoria; e, se o há, com muito mais razão deverá havê-lo em relação a seus requisitos.

56. Assim, aqui também, é manifesta a discrepância do venerando aresto com os acórdãos arrolados e com o que, implicitamente, se contém no enunciado da Súmula 359 do S.T.F.

57. E não se invoque o acórdão proferido no RE 81.882-SP e os que lhe seguiram para afastar-se o cabimento do apelo extremo, pois, se é certo que, sendo decisão do Tribunal Pleno do Pretório Excelso, aquele primeiro acórdão se constituiria em princípio em óbice ao cabimento pela alínea "d" (Súmula 286), não menos certo é que, de um lado, como já se examinou, tais decisórios não têm exata similitude com a hipótese dos autos e, quando assim não fosse, foram eles tomados pela maioria de **um voto** do Supremo Tribunal, votando vencedores os eminentes Ministro ELOY DA ROCHA RODRIGUES ALCKMIN, **que não mais integram**. E, como se sabe, o só fato da mudança operada na composição do Tribunal é suficiente para colher-se nova manifestação do Pleno (R.I. do S.T.F., art. 12, II, "b").

V – DA ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA

58. Inobstante entenda desnecessário o incidente em mandado de segurança, o Recorrente argúi, na forma e para os efeitos do art. 308 do R.I. do S.T.F., a relevância das questões federais acima deduzidas.

59. Quanto à aplicação do art. 19 da Lei 1.533/51, é evidente que a falta de citação dos litisconsortes necessários, máxime, como no caso, da autarquia, que seria a **única** a sofrer os efeitos do "mandamus", tem gravíssimas repercussões. Não se pode permitir que terceiro, em relação ao qual a sentença deverá operar efeitos, diga-se melhor, **todos os efeitos**, fique fora da relação processual.

60. Quanto à prescrição, não é menos relevante o tema. Admitir-se a imprescritibilidade do direito do servidor seria contrariar, em nome do interesse individual, a finalidade da paz pública, que as regras sobre prescrição visam proteger.

Aliás, a matéria já tem tido a sua relevância reconhecida, em um sem número de argüições, pelo Supremo Tribunal Federal.

61. Por fim, relevantes também, relevantíssimos, são os demais temas de direito federal suscitados no recurso.

A impossibilidade constitucional de redução do tempo de serviço, ainda que mediante atribuição de tempo fictício, e do surgimento ao servidor, em face do regime estatutário, de direito à qualificação de requisitos de vantagens, a inexistência, como regra geral no direito administrativo, de um direito a averbar o implemento de requisitos de vantagens ainda não adquiridas, fato, esse último, que



transformaria a Administração num autêntico "arquivo", todos esses temas falam por si sós. Basta aflorá-los para sentir-lhes a gravidade e repercussão. E, conseqüentemente, a relevância suficiente, mais do que suficiente, para que sobre eles se pronuncie o mais alto Tribunal do País.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ADMITIR o presente recurso, abrindo-se vistas às partes para as razões, e, de qualquer forma, admitido ou não o recurso, DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA, na forma e para os efeitos do art. 308 do Reg. Int. do S.T.F., para que, dando-lhe provimento, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reforme a decisão recorrida para anular o processo "ab initio", isso quando não entenda de julgar o mérito a favor do Recorrente, o que prejudicaria a decretação da nulidade (art. 249, CPC).

REQUER, outrossim, o translado das seguintes peças para o instrumento da argüição de relevância:

a) inicial, fls. 02-4;
b) informações, fls. 18-20;
c) petição, fls. 115-6;
d) apelação e razões, fls. 123-30;
e) acórdão, fls. 152 a 171;
f) petição emb. decl. fls. 174-7;
g) acórdão emb. decl., fls. 180-9.

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 27 de abril de 1979.

# FAZENDA SARANDI

## MANDADO DE SEGURANÇA

SILVIA LA PORTA DE CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

**EXMO. SR. JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ALÇADA – RS**

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua procuradora infrafirmada, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência para impetrar MANDADO DE SEGURANÇA contra ato judicial do Juiz de Direito da Comarca de Sarandi, pelos fundamentos que passa a expor:

I – OS FATOS

1. Em data de 26 de novembro p. p. o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL obteve sentença favorável em Ação de Reintegração de Posse que moveu contra A. D. M. e D. D. M., ação está ajuizada no ano de 1973 e antecedida por competente notificação administrativa e judicial.

Superados uma série de incidentes processuais levantados pelos demandados, inclusive interposição de Recursos Extraordinários concernentes a benfeitorias, recurso este não conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, passaram-se longos 6 (seis) anos para que o ESTADO fosse reintegrado de direito na posse de terras que são de sua propriedade desde o remoto ano de 1962, quando se efetivou a desapropriação da área em questão.

Pedido de reintegração liminar foi requerido e obtido pelo ESTADO, tendo sido posteriormente cassado em razão de que o então MMJ entendeu que os demandados não tinham legitimação passiva para comparecer à demanda incidente este que foi inteiramente convalidado ao longo do iter processual: notificação e pedido de reintegração foram bem endereçados.

Assim, vencida longa e difícil batalha judicial, foi julgada procedente a possessória ajuizada pelo Estado, nos termos precisos e bem cunhados da sentença em anexo (doc. 1).

Dentro do prazo para recurso, os réus interpuseram Apelação, que foi recebida em ambos os efeitos.

2. Inobstante esta circunstância, considerando que a sentença proferida e exeqüível desde logo, eis que prolatada em ação de reintegração de posse, onde a carga de executoriedade é máxima, peticionou o Estado ao Juiz da Comarca de Sarandi, requerendo:

a) reconsiderasse o despacho que conferiu efeito suspensivo à Apelação interposta pelos réus;
b) expedisse mandado de reintegração de posse em prol do ESTADO, concernente a área da Granja Brilhante, dada a executoriedade imediata da sentença.

O requerimento do ESTADO obteve o seguinte despacho indeferitório:

"Inobstante o brilhante arrazoado do Estado, mantenho o despacho que recebeu o recurso no duplo efeito, entendimento que deflui do art. 520 do CPC. Cumpra-se o despacho de fls. 321. Int.-se" (doc. 2).

Eis aqui configurada a lesão ao direito líquido e certo do exponente, ora impetrante da segurança.

## II – O DIREITO

Trata-se de equacionar a questão pertinente ao efeito do recurso de Apelação nas ações possessórias. A melhor e mais rigorosa construção doutrinária sobre o tema encontra-se exposta por PONTES DE MIRANDA em seus **Comentarios ao Código de Processo Civil,** Forense, R. J., 1977.

Cuidando do artigo 520 do CPC, registrou PONTES (Tomo VII, p. 246 e seguintes):

> "O problema do "efeito" das apelações nas ações possessórias foi um dos mais árduos é sutis do direito processual. Somente graças à classificação científica das ações, segundo a sua eficácia, que expusemos nos Comentários ao Código de 1939 (Tomo XI, 2ª ed., 198-200) e aplicamos, é possível dar **solução** e **explicação** satisfatórias. Durante muitos séculos, a inteligência humana procurou dar às soluções que lhe pareceram justas, fundamentos aceitáveis".

E segue fazendo um análise do problema historicamente posto, para concluir que:

> **"A apelação, nas ações possessórias, não tem efeito suspensivo, uma vez que o princípio da suspensividade não a atinge,** ainda que não haja regra como a do art. 881, concernente à sentença na ação de atentado". (grifou-se).

> "Há os casos em que a sentença nas ações possessórias de reintegração **– que são ações executivas –** não vem após algum efeito **adiantado (reintegração liminar). Aí, ou a apelação tem efeito suspensivo e a decisão favorável ao autor é 1, que com a suspensão, se torna 0, ou não o tem e então o 1 da sentença favorável persiste até que se julgue a apelação. A segunda solução é a certa. A sentença favorável na ação de reintegração, é sentença de força executiva, eficácia imediata condenatória e eficácia mediata declarativa: o mandado é apenas instrumento da força executiva".** (grifou-se)



E mais adiante reforça sua argumentação:

> **"A ação de reintegração é ação executiva e não se deve negar o cumprimento da sentença desde logo, pois o juiz que poderia ter reintegrado liminarmente, se convenceu de dever reintegrar e sentenciou favoravelmente ao autor. Ao receber a apelação, cabe-lhe dizer que só a recebe no efeito devolutivo".** (grifou-se).

Em item onde se alonga sobre as ações executivas "lato sensu", volta a repristinar que na ação de reintegração de posse, se a sentença é favorável ao autor, sua execução é anterior ao julgamento da apelação (p. 250). E, embora reconheça que "hoje, no artigo 520, retirou-se a referência às ações executivas" (constantes do Código de 1939), lembra que não se pode ignorar que algumas ações executivas são pessoais e outras reais . E ilustra as conseqüências danosas e altamente contraditorias para aquele que, tendo sentença favorável na ação de reintegração, em se admitindo o efeito suspensivo ao recurso do vencido, ter-se-ia patrocinado aos esbulhadores do bem "o aproveitamento do ilícito, à sombra protetora da Justiça, que não pode entender o Direito a serviço da imoralidade."

Não bastassem estes argumentos de ordem processual e de moralidade jurídica, PONTES DE MIRANDA invoca-os incisivamente quando dos comentários ao art. 931 do CPC (tomo XIII), literalmente:

> **"Ação executiva a de reintegração, é lógico que o "efeito da apelação seja apenas o devolutivo".** De modo que o conhecimento do verdadeiro lugar dessa ação na classificação das ações vem coincidir com os **resultados** das argumentações retóricas, ou tendenciosas, com que se procurava fundamentar o princípio, revelado às boas inteligências, **de que o efeito da apelação da sentença favorável nas ações de reintegração seria só devolutivo.** A sentença desfavorável é declarativa, de modo que não cabe falar-se de insuspensão." (grifou-se)

Neste mesmo Tomo XIII, PONTES preocupa-se em arrolar outros eminentes civilistas que corroboram sua argumentação, tal qual JORGE DE CABEDO e ANTONIO DE SOUSA DE MACEDO para quem, se o autor foi esbulhado, a sentença favorável é executiva: "o recurso não pode ter efeito suspensivo". (op. cit. p.302).

Refere ainda ANTONIO JOAQUIM RIBAS (Da Posse e das Ações Possessórias, 271 s. e 290) "que reproduziu a regra jurídica da não-suspensividade, exceto se desfavorável ao autor a sentença, quer em relação à ação de força espoliativa, quer em relação à ação de força turbativa". A mesma linha de raciocínio é perfilada por TEIXEIRA DE FREITAS "que só se referiu à ação de esbulho (op. cit. p. 303).

Também PAULA BATISTA (Teoria e Prática, 3ª ed., 227) na mesma linha entende que só há suspensividade do recurso se a sentença for contra o autor.

Mas é ainda em PONTES DE MIRANDA que se encontra a afirmação mais incisiva e que se aplica por inteiro à situação **sub examine. In verbis:**

**"A manutenção ou a reintegração devia ter sido de início e não o foi. Se a sentença julga procedente a ação e manda manter ou reintegrar, tem-se de entender que a apelação é só quanto à parte da sentença que julga procedente o pedido, e não do tardio mandado de manutenção ou de reintegração". (op. cit. pág. 305).**

Dentro da mesma sistemática, no **Tratado das Ações,** (Revista dos Tribunais, SP, 1970, T.6, pág. 112/13) reitera PONTES que:

"Na ação da reintegração, o elemento condenatório cresce, o de execução passa à frente do declaratório e do próprio elemento mandamental. **A sentença que reintegra executa** (...). **As sentenças, nas ações de reintegração, retiram o que se achava com o réu e entregam-no ao autor, o que perfaz a figura da execução. (...).** Não há **Executo** na manutenção: há-o na reintegração".

## A EFICACIA EXECUTIVA DA SENTENÇA

Este enfoque que pretende detectar um significado à execução não mais estritamente como processo, mas como resultado final de certa atividade jurisdicional, é hoje tido por fundamental por nossos melhores processualistas, não sendo, pois, preocupação apenas de PONTES DE MIRANDA.

Em dois estudos publicados na Revista de Processo, (nº 2, Ano I, 1976, pág. 102 e seguintes) sob o título **A Eficácia Executiva da Ação de Imissão de Posse** e na Revista Ajuris, 17, sob o título "Notas sobre a Execução das Obrigações de Entregar Coisa Certa", OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA conclui depois de longa exposição que o fenômeno jurisdicional pode proceder-se num só processo, com a declaração do direito e sua execução desde logo. Ora, a se entender a ação executiva como sendo "aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar e não está" (PONTES, Tratado das Ações, t.1, pág. 122), a consequência processual, em matéria de ação de reivindicação, so pode ser aquela retirada também pelo eminente Professor J.J. CALMON DOS PASSOS (Em Comentários ao Código de Processo Civil, ed. Forense, vol. III, pág. 185): trata-se de atribuir a esta demanda, a par da eficácia declaratória, o efeito executivo.

Trata-se, à evidência, de opiniões as mais balizadas e que contêm seu respaldo em LIEBMAN, cujos trabalhos sobre o desenvolvimento histórico do processo executivo continuam insuperáveis.

Para aquele eminente processualista a existência da ação executiva "lato sensu" é perfeitamente admissível, em que "misturam-se num único procedimento o conhecer e o executar" (Processo de Execução, Ed. Saraiva, 1946, pág. 31). Assim, vale ainda transcrever o fecho do estudo de BAPTISTA DA SILVA, que se aplica ao pedido do ora impetrante:

"Logo, obtida a sentença que julgue procedente a ação de imissão de posse, não se abre mais ensejo para embargos ao demandado, porque não há



ação de execução para entrega de coisa certa. **Poder-se-ia dizer que execução para entrega de coisa certa foi a própria ação de imissão de posse. Não há, pois, citação e nem embargos, numa palavra, não há processo novo. Haverá simples mandado de imissão emanado do juizo de conhecimento e não de um juízo de execução posterior".** (grifou-se)

A circunstância de, no caso dos presentes autos, tratar-se de ação de reintegração de posse em nada altera a colocação do problema e permite o efeito desejado, qual seja, a imediata execução da sentença proferida pelo juízo "a quo".

## A JURISPRUDÊNCIA

TITO FULGÊNCIO, em sua magnifica obra "Da Posse e das Ações Possessórias" (vol. II, 5ª ed., Jurisprudência) arrola decisões convergentes no sentido de a admitir:

"Ação possessória – Execução – A execução em ação possessória não se rege pelo artigo 992 do CPC. A execução é imediata, sem citação dos executados". Ac. un. da 1ª Turma do STF de 11.06.49, no RE nº 15.026 (Revista Forense, vol. 126, pág. 451).

"Havendo sentença julgando procedente a reintegração, torna-se o possuidor esbulhador e deve o autor ser desde logo reintegrado na posse, embora tenha havido apelação". Ac. un. do Conselho de Justiça de 14.01.49, na Recl. nº 636 (D.J. de 07.03.49, pág. 903).

"A execução de uma sentença possessória é feita de plano. A jurisprudência já firmou que nas ações de esbulho a execução é processada de plano, sem necessidade de recorrer-se à marcha processual estabelecida no art. 992 do CPC (cf. Revista dos Tribunais, 105-524 e 173-405).

"Por igual é a doutrina, como se poderá ver em AMILCAR DE CASTRO, Código de Processo Civil, vol. 10, nº 339". Ac. un. da 3ª Câmara dos Tribunais de São Paulo de 31.01.49, no Agravo nº 41.531 (Revista dos Tribunais, vol. 179, pág. 362).

"A execução, nas ações possessórias, não se rege pelo disposto no art. 992 do CPC, que disciplina a entrega de coisa certa, mas processa-se de pleno, sem as delongas e estrépidos da execução comum. É imediata, e dispensa a citação dos executados". Ac. un. da 2ª Câmara dos Tribunais de São Paulo em 08.02.49, no Agravo nº 41.620 (Revista dos Tribunais, vol. 179, pág. 886).

E a razão de ser tal entendimento jurisprudencial é sobremodo aclarada pela leitura deste outro acórdão onde se registrou com justeza e boa lógica jurídica:

"Se o juiz, em ação de reintegração de posse, pode ordenar liminarmente a reintegração, tirando logo ao esbulhador a posse e restituindo-a ao

esbulhado antes do conhecimento integral da causa, portanto, é lógico que poderá fazê-lo depois que reconheceu, na sentença final, o direito do autor". (TJDF, DOGB, Parte III, de 15.03.62, pág. 249, "apud" ALEXANDRE DE PAULA, em Código de Processo Civil Anotado, SP, 1976, vol. 2, pág. 543).

A circunstância de **in casu** haver sido cassada a liminar, não tira efeito algum à decisão transcrita. **Retira-se dela que, se o juiz pode o menos (liminar), pode o mais (reintegração quando da sentença).**

Eis o direito a amparar a pretensão do ESTADO à obtenção da segurança que ora requer, com fundamento na melhor doutrina e nos julgados trazidos à colação.

III – CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O amparo legal da medida urgente que se pretende encontra-se no art. 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e no art. 5º, inciso II do mesmo texto legal. Senão vejamos:

A) **A certeza e liquidez do direito**

A exigência constitucional (EC nº 1/69, art. 153, § 21) e legal de que o mandado de segurança há de servir à proteção de "direito líquido e certo" significa basicamente "direito certo", quer dizer direito que independa de comprovação fática, sendo que dos fatos resulta prova pré-constituída.

Valiosa é a contribuição de PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, V/338) para aclarar estes conceitos de **certeza** e **liquidez** de que se há de revestir o direito do impetrante da segurança:

"Direito certo e líquido é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso".

E adiante (op. cit., pág. 339):

"Por mais grave que seja a dúvida sobre a questão jurídica, não torna não-certo e não-incontestável o direito das partes. A lei, a regra jurídica incidiu quando devia incidir: trata-se, agora, de dizer o que é que incidiu, qual foi a regra. Se o juiz não está a par do direito, isso nada tem que ver com as relações jurídicas. **Para que possa deixar de conhecer do pedido**, ou **julgá-lo improcedente, indeferindo-o com fundamento em não ser certo e incontestável, é de mister que mostre ser incerto e contestável, objetivamente: nunca seria suficiente dizer que há dúvida sobre o entendimento da lei, ou sobre qual a lei que tenha regido a relação jurídica, ainda que haja discordância na jurisprudência".** (grifou-se).



B) A par da certeza e liquidez a informar o direito do impetrante, é outra **condição mandamus** a existência de **lesividade** ao seu direito, lesividade esta que será corrigida exatamente por via da presente medida.

Entende o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL que o ato judicial que indeferiu o pedido de executoriedade imediata da sentença é profundamente lesivo aos seus interesses, na medida em que a implantação do projeto de reassentamento dos colonos egressos de Nonoai é de **interesse público o mais relevante** e que vem sendo impossibilitado até então pelas demarchas processuais e manobras protelatórias dos réus.

A administração pública estadual atribui **prioridade** e **urgência** à execução do projeto já existente e em pleno andamento, com êxito, em área acontígua a **sub judice**, onde o Estado já obteve a posse, via Mandado de Segurança julgado em setembro p.p. por esse Egrégio Tribunal.

C) Configurada está, sobremodo, outra condição para impetração da segurança, qual seja o **interesse** e a **necessidade de agir.**

Outro recurso não tem o Estado, presentemente, senão valer-se do "remédio heróico" para obter o que é seu de direito e o que foi, como tal, reconhecido pela sentença judicial.

E ainda dentro desta ordem de argumentação, resta afastar a letra do artigo 5º, II, da Lei nº 1.533/51, dizendo do não-cabimento da segurança "de despacho judicial quando haja recurso previsto nas leis processuais".

É por demais conhecida a decisão do STF no RE nº 76.909 (publicada na AJURIS nº 2) pela qual aquele Pretório Excelso entendeu pelo cabimento do Mandado de Segurança contra ato judicial interlocutório causador de dano irreparável, vez que inexiste recurso provido de eficácia suspensiva. E arrola farta jurisprudência, valendo que se transcreva a ementa da decisão da 2ª C. Civ. do TJ do RS (rel Des. Pedro Soares Muñoz, in Rev. Forense 222/203 e Rev. Jurídica 73/120):

"Cabe mandado de segurança contra decisão judicial cujo recurso não seja suficiente para evitar a consumação da violação a direito líquido e certo do impetrante".

Outra não é a posição de PONTES DE MIRANDA (in Comentários ao CPC, V/173) e de HELY LOPES MEIRELLES (Mandado de Segurança e Ação Popular, pág. 9).

IV – A NECESSIDADE DA MEDIDA LIMINAR EM RAZÃO DA VERIFICAÇÃO DO DANO IRREPARÁVEL

A área, em cuja posse o Estado foi reintegrado, corresponde a 1.710 ha de terras férteis destinadas ao reassentamento de colonos expulsos da Reserva

Indígena de Nonoai que presentemente encontram-se acampados em exiguo pedaço de terra, em condição de empobrecimento gradativo, de miséria quase absoluta. São mais de 100 famílias, todas com tradição nas lides agrícolas e que aguardam seja-lhes permitido plantar nas terras que adquirirão do Estado, mediante contratos de compra e venda com cláusulas e condições que façam por sua fixação ao campo e às suas unidades produtivas.

Ocorre que o plantio do soja em especial há de ser levado a termo até o mês de dezembro impreterivelmente, sob pena de não mais se plantar, quando então não poderão contar com a safra que garantiria, em boa parte, o pagamento dos financiamentos bancários indispensáveis ao custeio da implantação do projeto.

Concedida a liminar, emitido então o Estado de direito e de fato na posse de suas terras, iniciar-se-á de imediato a implantação do Projeto governamental dando-se condições dignas de vida aos colonos. Tentar-se-á superar todo o tempo perdido em favor dos permissionários de uso que enriqueceram graças à fertilidade daquele solo, à irrisória taxa que deveriam recolher ao Estado e à passagem deste longo período em que a prestação jurisdicional foi procrastinada.

ISTO POSTO, requer a Vossa Excelência digne-se:

a) conceder a medida liminar, na forma prevista pelo art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, conferindo executoriedade imediata à sentença proferida em favor do Estado;

b) seja ouvida a autoridade coatora, na forma do art. 7º, I, da Lei nº 1.533;

c) seja ouvido o Ministério Público, consoante o art. 10 do mesmo texto legal;

d) seja, afinal, concedida a segurança a favor do impetrante.

Termos em que pede
e espera deferimento.

PORTO ALEGRE, 17 de dezembro de 1979.



# DESPACHO LIMINAR

**MANDADO DE SEGURANÇA:**

**22.172 – SARANDI –** Estado do Rio Grande do Sul (Advs. Silvia La Porta de Castro e Rejane Brasil Filippi), requerente; Exmº Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Sarandi, coator. DESPACHO: "Vistos estes autos. 1. Impetra o Estado do Rio Grande do Sul o presente **mandamus** contra o ato judicial do Exmº Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Sarandi, requerendo a concessao da **medida liminar** , na forma prevista pelo art. 7º, da Lei nº 1533/51, conferindo, assim executoriedade imediata à sentença (reintegratória de posse) proferida em favor do Estado. Segundo se vê do documento de fls. 18/23, a espécie pode ser resumida nestes termos: a) – O Estado do Rio Grande do Sul propôs ação contra a sucessão de Liu Yen Sun (Ari Dionisio Dalmolin e Argentino Antônio Dalmolin) visando a reintegração de posse de uma área de 1.710,40 hectares; b) a final e, após sérios incidentes processuais, o Estado teve reconhecido o seu direito, com a procedência da ação; c) observa-se pelo documento de fls. 24/36, que os réus Ary e Dionisio Dal Molin impetraram recurso de apelação, **recebido em seu efeito devolutivo o suspensivo,** a teor do art. 520, do Código de Processo Civil, tendo o Estado peticionado requerendo a reconsideração do despacho que conferiu efeito suspensivo à Apelação e que, via de consequência, fosse expedido mandado de reintegração em prol do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, da área da Granja Brilhante, dada a executividade imediata da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito. O pedido do impetrante mereceu este despacho: "Inobstante o brilhante (sic) arrazoado do Estado, mantendo o desoacho que recebeu recurso no duplo efeito, entendimento que deflui do art. 520 do CPC. Cumpra-se o despacho de fl. 301. Int-se". Daí buscar o Estado, nesta Instância recursal, o remédio legal para se fazer valer o seu direito, que, como já foi registrado, lhe foi favorável no juíz de de primeiro grau. A petição do **mandamus** é igual, com as adaptações necessárias, a que requereu a reconsideração do recebimento da apelação em seu duplo efeito. Sustenta o ESTADO, realmente em brilhante arrazoado, que muito honra a sua Consultoria Jurídica, a) o cabimento do **mandamus,** tratando-se de equacionar a questão pertinente ao efeito do recurso de Apelação nas ações possessórias; b) a necessidade da medida liminar em razão da verificação do **dano irreparável.** Decido. 2. A espécie não é tão simplória como se vê do despacho que recebeu a apelação, em seu duplo efeito, e do que o manteve, sem maiores cautelas a fundamentação. A lição de Pontes de Miranda em seus **Comentários ao Código de Processo Civil,** Forense, RJ, 1977, é irresponsável: "A apelação, nas ações possessórias, não tem efeito suspensivo, uma vez que o princípio de suspensividade não as atinge; ainda que não haja regra como a do art. 881, concernente à sentença na ação de atentado". "Se o juiz, em ação de reintegração de posse, pode ordenar liminarmente a reintegração, tirando logo ao esbulhador a posse e restituindo-a ao esbulhado antes do conhecimento integral da causa, portanto, é lógico que podera fazê-lo depois que reconheceu, na sentença final, o direito do autor" (TJDF, DOGB, Parte III, de 15.10.62, pág. 249, "apud" ALEXANDRE DE

PAULA, em Código de Processo Civil Anotado, SP, 1976, vol. 2 pág. 543). A circunstância de no caso concreto haver sido cassada a liminar, não tira efeito algum à decisão transcrita. Retira-se dela que se o juiz pode o menos (liminar) pode o mais (reintegração quando da sentença). Reconhecido, **ab initio,** o direito a amparar a pretensão do ESTADO à obtenção do **mandamus,** cabível, nesta Instância, o exame da necessidade da medida liminar em razão da verificação do dano irreparável. Alega o Impetrante que: "A área em cuja posse o Estado foi reintegrado correspondente a 1.710 ha de terras férteis destinadas ao reassentamento de colonos expulsos da Reserva Indígena de Nonoai e que presentemente encontram-se acampados em exíguo pedaço de terra, em condições de empobrecimento gradativo, de miséria quase absoluta. São mais de 100 famílias, todas com tradição nas lides agrícolas que aguardam seja-lhes permitido plantar nas terras que adquirirão do Estado, mediante contratos de compra e venda com cláusulas e condições que façam por sua fixação ao campo e às unidades produtivas". Acrescenta que: "... o plantio do soja em especial há de ser levado a termo até o mês de dezembro impreterivelmente, sob pena de não mais se plantar, quando então poderão contar com a safra que garantiria, em boa parte, o pagamento dos financiamentos bancários indispensáveis ao custeio da implantação do projeto", para concluir que: "concedida a liminar, emitido então o Estado de direito e de fato na posse de suas terras, iniciar-se-á de imediato a implantação do projeto governamental dando-se condições dignas de vida aos colonos". Seja, pois, por qualquer dos enfoques examinados, a) nas ações possessórias a apelação não tem efeito suspensivo; b) o alegado **dano irreparável;** é de ser deferido o pedido da concessão liminar neste **mandamus,** no sentido de, recebida a apelação sem o efeito suspensivo conferir executoriedade imediata à sentença proferida em favor do ESTADO, na forma prevista pelo art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, evitando-se, assim, tenha seguimento grave conflito social e humano que os autos apontam. Cabe à justiça a grandiosa missão de auxiliar o Estado nos seus momentos difíceis, especialmente quando, no caso, pretende amparar, proteger, socorrer, 100 famílias de colonos. Concedo a liminar. Tomem-se providências legais. Solicitem-se informações de praxe. Intime-se. Porto Alegre, 18 de dezembro de 1979. Dr. ANTONIO AUGUSTO FERNANDES – JUIZ DE ALÇADA – 1ª CÂMARA CÍVEL, RELATOR".

Secretaria da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada, aos 28 de dezembro de 1979.



# DESAPROPRIAÇÃO PARA O PÓLO PETROQUÍMICO

## APELAÇÃO

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

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE MONTENEGRO:

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, através do procurador abaixo assinado, nos autos da AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO movida contra ODILON DELAVI CRUZ e ESPOSA, tendo V. Exª julgado a mesma procedente em parte, vem interpor RECURSO DE APELAÇÃO para o e. Tribunal de Justiça do Estado, com base no art. 513 e seguintes do Código de Processo Civil, para o que aduz as seguintes razões.

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL.

I. "DE MERITIS"

Fazendo-se uma análise detida do Laudo Pericial do Perito do juizo, constata-se uma série de irregularidades nos cálculos matemáticos, nos critérios subjetivos adotados para obtenção do valor da terra nua e, principalmente, na pesquisa de mercado, onde as informações consideradas não condizem com a realidade do mercado imobiliário da região onde está localizado o imóvel avaliado. A fim de que mais facilmente se apreendam os pontos controversos, faremos uma breve referência ao Laudo Pericial, e, após, exteriorizaremos a posição que efetivamente deve ser acolhida.

LAUDO PERICIAL

1. Considerações Gerais

No terceiro parágrafo, temos a seguinte assertiva: "O Estado procurando o menor custo...". Falece de direito o r. perito do juízo em assim afirmar, visto que o Estado, através do Laudo de seu assistente técnico, não está procurando pagar o menor preço, mas sim o preço justo e real dos bens expropriados, não concordando com o enriquecimento ilícito que muitos proprietários estão pretendendo. Para comprovar o que afirmamos, basta que se verifique o **quadro** a ser anexado contendo todas as transações efetivadas, nos últimos 24 meses, num raio de 10 quilômetros do imóvel avaliado.

Prosseguindo no exame do referido Laudo, temos ainda a fl. 3 em seu último parágrafo, "in fine" "..., e a proximidade com os grandes centros, permitiu a

ocupação gradativa da região, com instalações industriais, comerciais, áreas de lazer, etc". Temos, pois, outra afirmação que foge à realidade, visto que na região do futuro Pólo Petroquímico do Sul não existem instalações industriais, comerciais, nem áreas de lazer. Desta forma, equivocou-se o r. perito, pois considerou o imóvel avaliado como pertencente ao município de Canoas, distante a mais de 20 quilômetros e que, efetivamente, possui toda aquela infra-estrutura.

Também a fl. 4, parágrafo quinto, temos: "As considerações aduzidas nos informam da condição e do potencial de desenvolvimento da região, antes mesmo do advento do ato desapropriatório para a instalação do III Pólo Petroquímico. Como já afirmamos a desapropriação veio tão-somente acelerar o desenvolvimento e determinar valorizações cada vez maiores". Como pode o r. perito isto afirmar com tal segurança, e mais, fixar o valor do hectare em Cr$ 253.400,00, se pelo quadro anexo, contendo todas as transações efetivadas nos últimos 24 meses, verifica-se que propriedades circunvizinhas à região desapropriada pelo Estado estão sendo transacionadas na base de Cr$ 50.000,00 o hectare?

Passemos agora à análise do Quadro Comparativo do Anexo I – Avaliação da Terra Nua, onde estão relacionadas 22 informações "especialmente escolhidas" pelo r. perito do juízo e que não representam a realidade do mercado imobiliário na região. Da informação nº 1 até a nº 9, todas são transações efetivadas na região circunvizinha ao imóvel avaliado e em nenhum caso o valor do hectare é superior a Cr$ 100.000,00. Constata-se também, que mais de 50% das informações relacionadas no Quadro Comparativo, pertence ao município de Canoas e, principalmente, a uma região onde a infra-estrutura é totalmente diversa da existente no imóvel avaliado.

Comparando o quadro anexo, contendo todas as transações efetivadas naquela região nos últimos 24 meses, com o Quadro Comparativo do Laudo Pericial do r. perito, qualquer pessoa inexperiente no ramo da Engenharia de Avaliações pode constatar que primeiro o r. perito estabeleceu o valor do hectare, para após serem selecionadas informações que comprovassem o valor antes estabelecido, utilizando-se inclusive de informações distorcidas de imobiliárias (inf. nº 20, 21 e 22) interessadas em elevar os preços, embora não pertençam à região do imóvel avaliado.

Afirma ainda o r. perito a fl. 5: "Para avaliação da terra nua usou-se o método comparativo ou sintético. Esse método baseia-se na pesquisa de transações de propriedades semelhantes na região onde se localiza o imóvel ou imóveis avaliados". Tem-se aí justamente o que é utilizar o método comparativo, ou seja, comparar os dados pesquisados com o imóvel avaliando, comparar as características das propriedades, a localização, o tipo de solo, as condições de produção, etc. Mas o r. perito do juízo em utilizando-se do Método Comparativo,o fez de uma maneira "sui generis", dando um enfoque pessoal e subjetivo e servindo-se de



transações efetuadas no município de Canoas, enquanto a melhor técnica e bom senso exigiriam a utilização de elementos da mesma região geoeconômica e do mesmo setor fiscal, com imóveis de características semelhantes.

Nota-se facilmente, a preocupação do r. perito do juízo em justificar um valor irreal pré-estabelecido quando, na Tabela I – Avaliação da Terra Nua, em seu Laudo Pericial, selecionou 6 informações heterogêneas que variam de Cr$ 97.379,00 até Cr$ 398.449,00, e calculou uma simples média aritmética.

Dessas seis informações, quatro pertencem ao município de Canoas e somente duas a Montenegro, ou seja, à região ora expropriada. Obviamente não convinha ao senhor perito do juízo optar por valores de transações ocorridas na Região do Pólo Petroquímico, de vez que isso não serviria a seu propósito de quintuplicar o preço do hectare, dentro da manobra ou esquema da pretensa vocação industrial, cujo propósito não é de que o Juízo utilize o preço adotado pelos assistentes técnicos dos réus, mas que o perito judicial chegue a uma média aritmética entre os valores dos laudos extremos, dos assistentes técnicos das partes, sem qualquer logicidade ou conteúdo científico. Havia, de parte do senhor perito, um propósito deliberado de fazer tal média, onde chegou arbitrariamente, conforme demonstrado.

O senhor perito utiliza como parâmetro a transação da Pré-Concretos S.A., doc. nº 14 de sua tabela estranha. No verso do mesmo documento consta que essa terra foi hipotecada por aquela empresa. É público e notório que o preço é majorado nas escrituras para obter um crédito maior do BNH. O povo comenta e onde há fumaça há fogo. Parece que o senhor perito não teve qualquer sensibilidade ao não desconfiar de um documento que contém uma transação absolutamente aberrante das demais realizadas em Canoas, onde o imóvel é muito mais caro que em Montenegro. Tanta ingenuidade é de pasmar!

Outro ponto estranho no laudo do senhor perito é uma pretensa valorização de 1% (um por cento) ao mês, sem qualquer fundamento técnico ou científico.

Para chegar a um valor pré-concebido todos os meios foram utilizados.

Constata-se ainda, que o doc. 13, referente a uma transação realizada em 18/01/78, no município de Canoas, km 13 da Br-386 - Tabaí-Canoas, teve sua data alterada para 18/01/77, porque só assim, reajustando pelas ORTNs o valor de Cr$ 141.747,16/ha para 11/78, obteria o valor de Cr$ 235.567,49 o hectare, bem próximo do seu valor preestabelecido. O cálculo correto seria reajustar o valor de Cr$ 141.747,16 a partir de 18/01/78, obtendo-se em 30/11/78 o valor de Cr$ 184.672,18.

Determinou o valor irreal de Cr$ 242.909,56 como sendo o valor médio básico do hectare. Logo a seguir, na mesma Tabela 1, faz constar como sendo Cr$ 24,00 o preço do metro quadrado, que equivale a Cr$ 240.000,00 o hectare. A diferença no preço do hectare é de Cr$ 2.909,56 e como a propriedade expropriada possui 693,2318 ha, esta diferença importará em Cr$ 2.016.999,50 no valor total da propriedade. Mas, o valor

"justo" estabelecido pelo r. perito do juízo e tão exorbitante que a diferença de Cr$ 2.016.999,50 chegou a ser desprezada.

Para complementar tudo que afirmamos até agora, anexaremos, quando possível um mapa da região com todas as propriedades transacionadas nos últimos 24 meses, devidamente localizadas.

Cumpre ressaltar ainda que uma das maiores propriedades desapropriadas para o III Pólo Petroquímico é a de Francisco Roger Albuquerque Trein e outros, e que, conforme Quadro Anexo de transações recentes na área, o réu está comprando terras a Cr$ 35.000,00 o hectare (doc. nº 47, 50,20 ha, valor pago: Cr$ 1.800.000,00). O processo referido tramita na Comarca de Triunfo.

Assim sendo, tendo em vista a seriedade que um empreendimento como este requer, inadmissíveis se tornam os erros matemáticos grosseiros cometidos pelo perito do juízo, mostrando assim um certo despreparo para desempenhar de modo razoável a tarefa que lhe foi incumbida.

II. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Foram fixados em excesso e contra a melhor doutrina e jurisprudência. Senão vejamos:

CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO: praxe, modicidade de remuneração.

"Observa Limongi França que, baseado no critério da moderação, standard suscitado pela Lei nº 4.652, de 18.5.66, a jurisprudência amadureceu aquilo que se tem denominado taxa ou verba honorária usual, assentada atualmente na base de 6%".

A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL EM MATÉRIA DE HONORÁRIOS.

"Porque o art. 42, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, remete o intérprete ao C.P.C. no que seu contexto for omisso, alguns julgados estão vinculando às expressas o art. 27, § 1º, da Lei das Desapropriações, ao art. 20, § 4º, do novo estatuto processual, afirmando-se autorizados à redução dos honorários para aquém do limite mínimo de 10%, seja apenas quando a desapropriação tiver sido promovida pela Fazenda Pública, seja em qualquer outro caso. ".

Também para Limongi França a matéria, atualmente, é regida pelos § § 3º e 4º, do art. 20, do C. P. C.: o critério vigente, portanto, é o da apreciação eqüitativa, entendida esta não como apreciação arbitrária, se não apreciação de eqüidade".

(...)

"Além do mais, a norma processual por vezes tomada de empréstimo – art. 20, § 3º, do Código – tem como pressuposto uma sentença condenatória. E a



melhor doutrina proclama ser mínima a carga condenatória ínsita na sentença proferida nas desapropriações".

(...)

"De resto, este o entendimento proclamado pelo S. T. F.: Os honorários devem ser calculados sobre a diferença da oferta e o fixado para indenização, não se aplicando, porém, o art. 20, do C. P. C., nas desapropriações'."

(Yussef Said Cahali, Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, in Ajuris n.14 – Honorários de Advogado no Processo Expropriatório, pp. 66, 70, 73, 74).

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Desapropriação – Verba a ser fixada com moderação, nunca, porém, em percentagem inferior a 5% entre a oferta e a condenação.

Nas desapropriações os honorários advocatícios devem ser fixados moderadamente. Contudo, nunca em base inferior a cinco por cento entre a oferta e a condenação, sob pena de vir a equivaler às comissões devidas a corretoras de imóveis.

TJSP – 4ª Câm. Civil – Rec. ex off. nº 152.616 – Capital – Recorrente: Juiz de Direito – Apelantes: Espólio de Eduardo Aidar e Municipalidade de São Paulo – Apelados: Os mesmos – J. em 7-6-66 (unânime) – Rel. Des. Bandeira de Mello.

(**IN** Revista dos Tribunais, n. 388, p. 209).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.390 – 3ª CÂMARA CÍVEL – MONTENEGRO

DESAPROPRIAÇÃO.

Fixação do justo preço, a despeito das deficiências dos laudos.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

Apesar de ser a expropriante uma empresa que não se confunde com a Fazenda Pública, pode, ainda, assim, ser aplicado o disposto no art. 20, § 4º, do C.P.C., para a fixação de honorários, quer para que se confira à matéria unidade de tratamento (regulada que está, por uma mesma lei), quer porque a própria sentença não é, a rigor, de condenação, mas de acertamento de valor.

DES. PAULO BOECKEL VELLOSO

(...)

"No tocante a honorários de advogado, é bem de ver que a entidade expropriante não se situa, a rigor, como entidade de Fazenda Pública, impondo rigidamente a incidência do § 4º e não do § 3º, do art. 20, do C.P.C.".

DR. PIO FIORI DE AZEVEDO

"Acompanho o voto de V. Exª a não ser com relação aos honorários advocatícios, quanto aos quais sinto divergir. Reduzo os honorários advocatícios para 5% sobre o valor da diferença entre o preço oferecido e o valor a final fixado".

**(IN** Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. nº 72, pp. 612, 614).

REEXAME NECESSÁRIO Nº 26.700 – 4ª CÂMARA CÍVEL – CAMAQUÃ

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Na ação expropriatória os honorários não estão adstritos aos limites máximos e mínimos preconizados no "caput" do art. 20, do C.P.C.. Aplica-se, no caso, a regra contida no § 4º, do citado artigo. Sentença parcialmente reformada.

DES. HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK

(...)

"O magistrado, conforme referi, fixou-a em 15% sobre o valor do acordo, que alcançou a cifra de Cr$ 670.163,30. Sr. Presidente. Tem-se orientado a jurisprudência deste Tribunal, quando se trata de expropriação, pela aplicação do § 4º, do art. 20, do C.P.C., que se distancia daqueles limites estabelecidos no 'caput' do citado artigo".

**(IN** Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. nº 59, pp. 176, 177).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.524 – 2ª CÂMARA CÍVEL – PORTO ALEGRE

(...)



HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA.

Condenada a Fazanda Pública, os honorários de advogado devem ser arbitrados com eqüidade, na forma do § 4º, do art. 20, do C.P.C.

DES. JOSÉ BARISON

(...)

"A sentença condenou o Estado ao pagamento da verba honorária de 20% sobre o valor da condenação. Assim, não observou, data vênia, a regra do art. 20, § 4º, do C.P.C., que determina; sendo vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários, consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das letras a a **c** do parágrafo anterior.

**(IN** Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. Nº 72, pp. 647, 649).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 24.037 – 4ª CÂMARA CÍVEL – CAXIAS DO SUL

(...)

(...)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Quando a Fazenda Pública é vencida, o mínimo não é a percentagem de 10%, estabelecida no § 3º, do art. 20, do C.P.C., posto que deve ser levada em conta a regra do § 4º, do referido dispositivo. Redução da verba advocatícia, tendo-se em vista o alto valor da causa, e a singeleza do trabalho profissional, face à natureza da ação. Sentença reformada parcialmente.

DES. HERMANN H. DE C. ROENICK

(...)

"Em conseqüência disso, em atenção ao interesse público, entendo que os honorários devem ser reduzidos para 2,5% sobre o valor da condenação, o que corresponde, objetivamente, à importância de Cr$ 7.250,00.

Neste tópico gostaria de ouvir a opinião de V. Exª, e do Des. Buttelli. Em princípio, meu voto é no sentido de reduzir os honorários advocatícios e como ponto de partida os fixaria em 2,5% sobre o valor da condenação. É o voto".

DES. JULIO COSTAMILAN ROSA

(...)

"Por isso inclino-me no sentido de 5%".

DES. HERMANN H. DE C. ROENICK

(...)

"Concordo em arbitrar, em 5% sobre o valor da diferença entre o preço oferecido e o finalmente estabelecido, os honorários advocatícios".

(**IN.** Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. nº 53, pp. 328, 330, 331).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 82.909 – SP

(Primeira Turma)

Na desapropriação, o valor da indenização deve ser contemporâneo da avaliação.

Os honorários devem ser calculados sobre a diferença entre o valor da oferta e o fixado para indenização, não se aplicando, porém, o art. 20 do C.P.C. nas desapropriações.

Recurso parcialmente provido

O SR. MINISTRO CUNHA PEIXOTO

(...)

"...honorários de advogado na base de 6% (seis por cento) sobre o valor da diferença entre a oferta e o preço fixado para a indenização".

O SR. MINISTRO CUNHA PEIXOTO

(...)

"Entretanto, no tocante aos honorários, não têm razão os recorrentes. A condenação em tais honorários, nas desapropriações, não tem por base o princípio da sucumbência, mas o de dar ao desapropriado uma justa indenização, não o desfalcando da parcela a ser paga ao advogado.



Além disso, trata-se de lei especial, que considerou a forma de arbitramento dos honorários de advogado, inapliçando-se, portanto, à espécie, o art. 20 do C.P. Civil".

(IN Revista Trimestral de Jurisprudência, 76, pp. 659, 660, 661).

Deve ser corrigido o valor inicialmente depositado pelo Estado para se chegar a um critério justo de diferença entre o preço ofertado e o da sentença. Assim a melhor jurisprudência.

III. DOS JUROS MORATÓRIOS

"Daí sustentarmos, em resumo, não só o cabimento de juros moratórios na espécie, como também, o dado de deverem ser eles computados **a partir do trânsito em julgado da sentença que fixe a indenização cabível".**

(Sérgio Ferraz, A Justa Indenização na Desapropriação, RT, São Paulo, 1978, p.87).

O juiz não deve confundir juros compensatórios e moratórios. Os primeiros correm a partir da imissão na posse do imóvel para "compensar" o expropriado da perda sofrida. Os moratórios se destinam a integrar o atraso no pagamento, o que só pode ser feito quando se sabe o preço e só se sabe o preço quando há sentença. Fixar o "dies a quo" para juros moratórios na data da imissão da posse provisória é contrariar a natureza jurídica do instituto.

IV. DOS HONORÁRIOS DO PERITO

O Senhor Perito do Juízo pediu honorários em percentual superior ao da Tabela do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Será que ignora a Tabela?

Será anexado "xerox" da Tabela para que por ela se fixem os honorários do "experto".

V. PONDERAÇÕES FINAIS

Devemos, em conclusão, tecer alguns comentários sobre a estrutura da r. sentença apelada.

No relatório (fl. 150) é referido o atraso do consultor. É verdade. A audiência estava marcada para às 9h30min, tendo o consultor jurídico signatário chegado a essa hora no Foro de Montenegro. Desde a porta de entrada até a da sala de audiências transcorreram três minutos, entre subir as escadas de dois andares e

uma rápida entrada no Cartório da 2ª Vara. Às 9h33min a audiência estava sendo encerrada, dispensada a testemunha do Estado. Não cabe aqui falar nos percalços de uma viagem de Porto Alegre a Montenegro, saída na hora do pique, etc., de vez que o magistrado aplicou bem a letra fria da lei. Três minutos é tanto atraso quanto qualquer tempo. Claro que isso não está consignado na ata da audiência, mesmo porque seria irrelevante a esta altura.

A testemunha arrolada, pelo Estado é o Dr. IBÁ ILHA MOREIRA FILHO. É ele o titular da cadeira de Engenharia de Avaliações na Faculdade de Engenharia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Foi ouvido na audiência imediata, processo de ETELVINO G. DA CRUZ, semelhante ao presente, relativo a outra desapropriação para o III Pólo Petroquímico. As lições ali proferidas pelo Dr. Ibá podem ser aproveitadas aqui. Disse ele, em suma, que os trabalhos do Dr. LOURIVAL TONIETTO não têm embasamento científico. Pontos fundamentais, como um número mínimo de padrões adequados, exigidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, não foram atendidos. O perito do juízo utiliza um número insuficiente de parâmetros e os utiliza mal, pois o universo de padrões deve ser adequado a vários fatores, como distância do imóvel expropriando, localização, características da zona, valor relativo ao ambiente. Exemplificando, um parâmetro de Canoas, na zona industrial, tem de ser analisado com atenção, pois a zona ora desapropriada tem características físicas totalmente diversas, como a própria sentença recorrida reconhece, ao dizer que a área é rural em Montenegro.

Todos esses fatores foram desprezados pelo Dr. TONIETTO, o que se compreende, face á raríssima existência de processos do tipo do presente em municípios pequenos como o de Montenegro.

Os bacharéis, sejam promotores, juízes ou advogados, não têm, salvo quem tenha outro diploma, conhecimentos especializados de engenharia de avaliações. Se o perito trabalha mal, é compreensível que arraste consigo o juiz. É o que ocorre com a sentença apelada. O Dr. Tonietto não usa o método comparativo nem o da vocação industrial, mas o da média aritmética, construída com padrões escolhidos arbitrariamente e acientificamente. Os assistentes técnicos das partes são coerentes com as suas teses, o do autor usando o método comparativo puro e o dos réus empregando com pureza a pretensa vocação industrial. Diga-se de passagem, esquecido da melhor doutrina, de que o expropriante indeniza o bem como é á época do decreto e não um valor futuro decorrente da obra daquele. A tese da vocação industrial consagra o enriquecimento injustificado, pois o réu ganharia um sobrevalor proveniente da obra pública, que é de todos. Se um fosse enriquecer à custa dos demais estaria sendo massacrado o princípio constitucional da isonomia.

Eminentes Desembargadores, clamamos por Justiça!

O valor atribuído ao hectare pela r. sentença está em torno de Cr$ 300.000,00. A média de transações registradas hoje no Tabelionato de Montenegro nos dá o



valor do hectare ao redor de Cr$ 50.000,00. O Dr. Tonietto e a sentença não podem contestar isso. Seria negar o óbvio, o documentado. Não é demais lembrar que os honorários do perito crescem á medida que aumenta o valor por ele atribuído ao imóvel. Lembramos aqui a sabedoria dos romanos: "Homo sum et nihil humani a me alienum est". Deve o dinheiro de todos, que é o dinheiro do Estado, pagar trezentos mil cruzeiros pelo que vale cinqüenta?

A r. sentença apelada tem certas afirmações que nos levam de volta ao latim, lembrando-nos o "Corpus Juris Civilis": "Minima differentia facti, maxima differentia juris".

A fl. 155 se lê: "uma vocação industrial", o que igualmente é reconhecido pelo Estado em seu "Estudo de Localização feita (sic) pela COPESUL".

Ora, Senhores Desembargadores, a COPESUL, Companhia Petroquímica do Sul Ltda., é uma empresa privada, encarregada da implantação do Complexo Básico, que nada tem a ver com as atividades do CONPETRO. Isso está nos autos do processo e está nos laudos. É incompreensível que se leia isso, ponto fundamental, na r. sentença apelada. A COPESUL não é o Estado nem está autorizada a falar por ele. Mas o que disse a COPESUL? Segue a r. sentença: "Industrial, complemento, já que esta a finalidade". Senhores, a palavra "esta" refere-se ao Pólo Petroquímico. É o futuro. Nada tem a ver com a terra expropriada, como é e sempre foi, uma área rural, como a própria sentença reconhece. Assim, jamais a COPESUL ou a CEDIC disseram que aquela área tem vocação industrial. Basta ler atentamente os autos.

Diz a sentença, a fl. 154, que o Dr. PAULO TEIXEIRA VIANA, assistente técnico do Estado, "desconhece os princípios metodológicos das ciências sociais e das matemáticas (sic)". É o que se lê. Está o magistrado falando de um especialista em área que não a sua... O Dr. PAULO VIANA tem o grau de especialista em engenharia de avaliações, tendo participado dos principais congressos e simpósios brasileiros em sua área de trabalho.

A fl. 156 os fatos aparecem inteiramente diversos da realidade. Lê-se: "O Estado em seu anônimo laudo..." Continua: "Ocorre que em 1976 em transações noticiadas pela certidão acostada a fl. 26, verifica-se que a certos vendedores (sic) chegou a pagar a quantia..." Os pretensamente expropriados passam aqui a vendedores. Isso nos lembra a lição de PONTES DE MIRANDA, no vol. XIV do Tratado de Direito Privado, quando vitupera a equiparação, pretendida por alguns doutrinadores do passado, da desapropriação a uma venda forçada. Ou se é expropriado, ou se é vendedor. São institutos jurídicos totalmente diversos. Prossague a r. sentença: "A diferença entre o que pagou o CONPETRO (sic), em 1966, (sic), para o que pretande hoje pagar..." (fl. 156).

Em 1966 nao havia sequer projeto de Pólo Petroquímico. Certamente o MM. Juiz pretendeu se referir a 1976. Em 1976 o CONPETRO não desapropriou, não ajuizou ações. Tratava-se da COPESUL, empresa privada, comprando imóveis para a implantação do Complexo Básico, conforme referido. A COPESUL, na época, pagou o triplo do preço de mercado, no sentido de obter a rápida liberação da terra, no que logrou êxito.

Assim, eminentes Desembargadores, a r. sentença apelada não pode permanecer. A deficiente apreciação dos fatos leva à máxima deficiência na aplicação do direito. Diziam-no os romanos.

Não é de nosso hábito mostrar os defeitos dos trabalhos dos juízes, assoberbados de serviço e premidos pelos prazos do Código de Processo Civil, muitos deles inadequados à nossa realidade social. Não o faríamos, no caso presente, se se tratasse de interesse pessoal nosso, que colocaríamos em segundo plano. Fugimos, no entanto, à regra, em nome do Estado do Rio Grande do Sul, em nome dos sacrificados cofres do Tesouro do Estado, cujo dinheiro é o dos sacrificados bolsos de todos os gaúchos. Nossa indignação se manifesta em nome de nosso povo, cujos direitos sagrados defendemos.

Se o Estado do Rio Grande do Sul for condenado a pagar trezentos mil cruzeiros por um hectare que vale cinqüenta (em termos genéricos), estará prejudicado o cronograma de implantação do III Pólo Petroquímico, a maior perspectiva de nosso desenvolvimento no plano econômico, com todos os reflexos desse aspecto no bem coletivo.

ISSO POSTO, REQUER O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL:

a) seja provida a presente apelação, para fixar o preço justo da área expropriada, tomando-se por base o laudo do assistente técnico do Estado e o Quadro Comparativo de Transações recentes na Área do Pólo Petroquímico;

b) sejam reduzidos os honorários advocatícios e os do perito do Juízo, esses de acordo com a tabela própria;

c) caso haja fixação de juros moratórios, seja considerado "dies a quo" o do trânsito em julgado da sentença que fixe a indenização cabível;

d) seja corrigido o valor inicialmente depositado pelo Autor, inclusive para efeito do cálculo dos honorários advocatícios.

Pede deferimento

MONTENEGRO, 15 de dezembro de 1979.



# LEGISLAÇÃO

# INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

Of. Gab. 550/79 Porto Alegre, 4 de outubro de 1979.

SENHOR GOVERNADOR:

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência a fim de lhe encaminhar a anexa minuta de decreto, que, devido à necessidade de aperfeiçoamento da organização interna da Consultoria-Geral do Estado, introduz alterações no seu regulamento, quanto à estrutura do Instituto de Informática Jurídica.

Em primeiro lugar, sugere-se a centralização, numa Equipe aspecializada, de todo o serviço de informações sobre o andamento de processos judiciais do interesse da Casa, serviço esse até agora executado individualmente, nas diversas Unidades que a compõem, segundo suas áreas de atuação, num trabalho que, centralizado, proporcionará, sem dúvida, maior rendimento, sem que seja preciso o concurso de tantos funcionários, como ocorre.

Outra Equipe que se faz necessária é a de Assessoramento Legislativo, destinada a examinar e redigir projetos de lei e de outros atos normativos. Viria substituir a já existente Assessoria para Assuntos Legislativos.

A constante preocupação deste Órgão em cumprir a sua atribuição constitucional de uniformização da jurisprudência administrativa do Estado é que motiva a sugestão de criação da Equipe de Uniformização da Jurisprudência Administrativa, incumbida de fornecer a orientação jurídica já firmada pela Consultoria-Geral, sobre os assuntos submetidos ao seu pronunciamento.

Por fim, surge também a necessidade de criação de uma Equipe de Serviços Estatísticos, com a atribuição específica de registrar o número de serviços prestados pela Casa, demonstrando, com isso, o seu crascimento e o grau de eficiência de seus serviços.

À Sua Excelência o Senhor Doutor JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

A extinção do Conselho Consultivo do Instituto de Informática Jurídica, que até agora não foi instalado, também se faz oportuna, visto não ter sido constatada sua necessidade ou conveniência.

Valho-me da ocasião para renovar a Vossa Excelência os protestos de meu alto apreço e consideração.

MÁRIO BERNARDO SESTA
CONSULTOR-GERAL DO ESTADO

## DECRETO Nº 29.563, DE 31 DE MARÇO DE 1980

**Introduz alterações no Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado, aprovado pelo Decreto nº 23.685, de 31 de dezembro de 1974.**

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuições que lhe confere o art. 66, itens IV e VII da Constituição do Estado,

DECRETA:

Art. 1º – O artigo 15 do Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado e acrescido dos seguintes itens:

VI – fornecer à Procuradoria-Geral do Estado todas as informações necessárias sobre o andamento de processos judiciais de seu interesse;

VII – prestar assessoramento legislativo;

VIII – fornecer todos os elementos informativos necessários para a uniformização da jurisprudência administrativa;

IX – manter serviço para fornecimento de dados estatísticos que interessem à Procuradoria-Geral do Estado.

Art. 2º – O artigo 16 do mesmo Regulamento é também acrescido dos itens seguintes:

V – Equipe de Informações Processuais, incumbida de fornecer informações sobre o andamento de todos os processos judiciais do interesse do Estado, bem como de todos os processos de responsabilidade da Unidade de Assistência Judiciária;



VI – Equipe de Assessoramento Legislativo, incumbida de reunir elementos e subsídios para o desenvolvimento de trabalhos sistemáticos de crítica legislativa, assim como de examinar e redigir projetos de lei e de outros atos normativos;

VII – Equipe de Uniformização da Jurisprudência Administrativa, incumbida de, mediante o prévio exame dos processos administrativos encaminhados à Procuradoria-Geral do Estado, para pronunciamento, fornecer todos os dados que demonstrem a orientação jurídica já firmada pelo Órgão sobre a matéria;

VIII – Equipe de Serviços Estatísticos, incumbida de manter o registro atualizado do número de serviços prestados pela Procuradoria-Geral do Estado, em seus diferentes setores.

Art. 3º – É extinto o Conselho Consultivo do Instituto de Informática Jurídica.

Art. 4º – Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 31 de março de 1980.

**JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA**
Governador do Estado

**Celestino Goulart**
Secretário de Estado da Justiça

**Olímpio Cavalcanti de Albuquerque Tabajara**
Secretário de Estado da Administração

**Eduardo Emílio Maurell Müller**
Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Registre-se e oublique-se.
Augusto Borges Berthier
Chefe da Casa Civil

# UNIDADE DE DEFESA DO DOMÍNIO PÚBLICO ESTADUAL

Of. Gab. 479/79 Porto Alegre, 5 de setembro de 1979.

SENHOR GOVERNADOR:

Tenho a honra de submeter à elevada apreciação de Vossa Excelência a inclusa minuta de decreto, que introduz alterações no Regulamento da Consultoria-Geral do Estado, aprovado pelo Decreto nº 23.685, de 31 de dezembro de 1974.

A atual denominação da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Gerais, órgão integrante da estrutura central da Consultoria-Geral, não indica, com precisão, a competência da aludida Unidade, por ser vaga e ampla demais. "Assuntos Gerais" significa, apenas, que, por exclusão, é da atribuição dessa Unidade o que não for matéria fiscal ou relativa a pessoal.

Por essa razão, sugiro a Vossa Excelência a alteração da aludida denominação para "Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual", que alude, claramente, à defesa do domínio público do Estado, uma das mais importantes atribuições dessa Unidade.

Com a modificação proposta, constante da minuta anexa, foram também definidas, em diversos itens, todas as atribuições que passarão a ser exercidas pela referida Unidade.

Aproveito a oportunidade para reiterar a Vossa Excelência a segurança do meu alto apreço e consideração.

MÁRIO BERNARDO SESTA
CONSULTOR-GERAL DO ESTADO

Ao Excelentíssimo Senhor Doutor JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

## DECRETO Nº 29.461, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1979

**Introduz alterações no Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado, aprovado pelo Decreto nº 23.685, de 31 de dezembro de 1974.**

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuições que lhe confere o artigo 66, itens IV e VII, da Constituição de Estado,

DECRETA:

Art. 1º – A Seção IV do Capítulo VII do Título II do Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado, aprovado pelo Decreto nº 23.685, de 31 de dezembro de 1974, passa a vigorar com a seguinte redação:

"SEÇÃO IV

**Da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual**

Art. 24 – Compete à Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual:

I – promover a defesa dos interesses do Estado em juízo, nas causas relativas a bens de seu domínio, propondo as ações cabíveis ou intervindo nos feitos em que de qualquer modo for o Estado interessado;

II – patrocinar, em juízo, os interesses do Estado, em todas as causas que não envolvam matéria fiscal ou relativa a pessoal;

III – efetivar amigável ou judicialmente as desapropriações promovidas pelo Estado e defendê-lo em quaisquer ações relacionadas com bens expropriados;

IV – prestar assistência jurídica em assuntos relacionados com o domínio público do Estado e em assuntos gerais, excluídos, quanto a estes, os referentes a pessoal e de ordem fiscal".



Art. 2º – Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 31 de dezembro de 1979.

**JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA**
Governador do Estado

**Celestino Goulart**
Secretário de Estado da Justiça

**Olímpio Cavalcanti de Albuquerque Tabajara**
Secretário de Estado da Administração

**Eduardo Emílio Maurell Müller**
Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Registre-se e publique-se.
Augusto Borges Berthier
Chefe da Casa Civil

# ÍNDICE


ABANDONO DE CARGO – por Elmo Pilla Ribeiro – Parecer 4.057/CGE ..... 157
ALVIM, Rua Carlos Machado. Autonomia Municipal e a Lei dos Mananciais ... 205
APOSENTADORIA – Direito Adquirido à Aposentadoria, por Manoel André da Rocha – Paracer 3.605/CGE ..... 137
APOSENTADORIA – PROVENTOS – Revisão de Proventos, por Mário Bernardo Sesta – Parecer 3.353/CGE ..... 129
APOSENTADORIA – PROVENTOS – Revisão de Proventos, por Clarita Galbinski – Parecer 4.191/CGE ..... 165
AUTOMAÇÃO – Lexicografia Computacional e Informática Jurídica, por Mário G. Losano ..... 67
AUTONOMIA PRIVADA – e o Negócio Jurídico, por Maria Amália Dias de Moraes ..... 73
CABRAL, Armando Henrique Dias. Licitação – Adiantamento de Pecúnia – Parecer 4.210/CGE ..... 181
CASTRO, Silvia La Porta de. Fazenda Sarandi ..... 247
CASTRO, Silvia La Porta de. Reajuste de Preço no Contrato Administrativo – Parecer 4.289/PGE ..... 169
COMODATO – Cessão de Uso, por Almiro do Couto e Silva – Parecer 3.989/CGE ..... 151
CONSUMIDOR – Defesa do, por Eike Von Hippel ..... 11
CONTRATO ADMINISTRATIVO – Reajuste de Preço no Contrato Administrativo, por Silvia La Porta de Castro – Parecer 4.289/PGE ..... 169
CONTRATO DE FORNECIMENTO – para Aquisição de Bens Públicos, por Eliana Donatelli de Moura – Parecer 4.209/CGE ..... 177
COUTO E SILVA, Almiro do. Cessão de Uso – Parecer 3.989/CGE ..... 151
DECRETO Nº 29.461, de 31.12.1979 – Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual ..... 275
DECRETO Nº 29.563, de 31.03.1980 – Introduz alterações no Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado ..... 271
DESAPROPRIAÇÃO – para o Pólo Petroquímico, por Telmo Candiota da Rosa Filho ..... 257
DIREITO DE CONSTRUIR – Licença para Construir e Modalidades de sua Extinção, por Lúcia Valle Figueiredo ..... 89

FALÊNCIA — Requerimento de Falência pela Fazenda Pública, por Rejane Brasil Filippi . . . . . 117
FAZENDA SARANDI — por Silvia La Porta de Castro . . . . . 247
FIGUEIREDO, Lucia Valle. Licença para Construir e Modalidades de sua Extinção . . . . . 89
FILIPPI, Rejane Brasil. Requerimento de Falência pela Fazenda Pública . . . . . 117
FUNCIONÁRIO — REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA — por José Ouadros Pires — Parecer 4.145/CGE . . . . . 187
GALBINSKI, Clarita. Revisão de Proventos — Parecer 4.191/CGE . . . . . 165
HIPPEL, Eike Von. Defesa do Consumidor . . . . . 11
HÜLLEN, Renita Maria. Proibição aos Vereadores — Parecer 4.272/PGE . . . . . 193
IMÓVEL — CESSÃO DE USO — por Almiro do Couto e Silva — Parecer 3.989/CGE . . . . . 151
INFORMÁTICA JURÍDICA — Lexicografia Computacional e, por Mario G. Losano . . . . . 67
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA — Decreto Nº 29.563, de 31.03.1980 . . . . . 271
JORGE, Fernando Pessoa. A Limitação Convencional da Responsabilidade Civil . . . . . 35
LEAL, Caio Martins. Lei Suely . . . . . 217
LEI SUELY — por Caio Martins Leal . . . . . 217
LICITAÇÃO — Adiantamento de Pecúnia, por Armando Henrique Dias Cabral — Parecer 4.210/CGE . . . . . 181
LINGÜÍSTICA COMPUTACIONAL — Lexicografia Computacional e Informática Jurídica, por Mario G. Losano . . . . . 67
MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia Privada e Negócio Jurídico . . . . . 73
MOURA, Eliana Donatelli. Contrato de Fornecimento para a Aquisição de Bens Públicos — Parecer 4.209/CGE . . . . . 177
MUNICÍPIO — AUTONOMIA — Autonomia Municipal e a Lei dos Mananciais, por Rui Carlos Machado Alvim . . . . . 205
NEGÓCIO JURÍDICO — Autonomia Privada e, por Maria Amália Dias de Moraes . . . . . 73
OBRA PÚBLICA — CONTRATO — Reajuste de Preço no Contrato Administrativo, por Silvia La Porta de Castro — Parecer 4.289/PGE . . . . . 169
PIRES, José Ouadros. Regime de Dedicação Exclusiva — Parecer 4.145/CGE . . . 187
PÓLO PETROQUÍMICO — Desapropriação, por Telmo Candiota da Rosa Filho . 257
PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E URBANA — Licença para Construir e Modalidades de sua Extinção, por Lúcia Valle Figueiredo . . . . . 89
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO — Regulamento. Decreto Nº 29.461, de 31.12.1979 . . . . . 275



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO — Regulamento. Decreto Nº 29.563, de 31.03.1980 . . . . . 271
RESPONSABILIDADE CIVIL — A Limitação Convencional da, por Fernando Pessoa Jorge . . . . . 35
RIBEIRO, Elmo Pilla. Abandono de Cargo — Parecer 4.057/CGE . . . . . 153
ROCHA, Manoel André. Direito Adquirido à Aposentadoria — Parecer 3.605/CGE . . . . . 137
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. Adicional à Taxa Judiciária — Parecer 4.252/PGE . . . . . 157
ROSA FILHO, Telmo Candiota. Desapropriação para o Pólo Petroquímico . . . . 257
SESTA, Mário Bernardo. Revisão de Proventos — Parecer 3.353/CGE . . . . . 129
SOLO — USO — Autonomia Municipal e a Lei dos Mananciais, por Rui Carlos Machado Alvim . . . . . 205
TAXA JUDICIÁRIA — Adicional à, por Mercedes de Moraes Rodrigues — Parecer 4.252/PGE . . . . . 165
VEREADOR — IMPEDIMENTOS — Proibições aos Vereadores, por Renita Maria Hüllen — Parecer 4.272/PGE . . . . . 193
UNIDADE DE DEFESA DO DOMÍNIO PÚBLICO ESTADUAL — Decreto Nº 29.461, de 31.12.1979 . . . . . 275

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