revista da consultoria -geral

estado do rio grande do sul

REVISTA DA

CONSULTORIA - GERAL

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGERS	Porto Alegre	v. 3	n. 7	p. 1 a 288	1973

Revista da Consultoria Geral Estado do Rio Grande
do Sul. v.1- . n.1- . Dez. 1971-
Porto Alegre, 1971-
v. 23 cm. quadrimestral.

CDU 34(05)

Catalogação elaborada pela
Equipe de Pesquisa e
Documentação da CGE.

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

EUCLIDES TRICHES — Governador do Estado

Orlanda Giraldi Vanin — Consultor Geral

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Valdocyr Santa Scomazzon — Coordenador

Ellen Grocie Northfleet — Assistente

José Moria Roso Tesheiner

Jorge Arthur Morsch

Dilmo Macedo Machodo

Ao transcorrer o 2.º aniversário de publicação da REVISTA DA CONSULTORIA-GERAL desejo manifestar, a quantos têm colaborado em sua feitura, seleção da matéria e conteúdo, os cumprimentos do Governo do Estado.

Os volumes editados neste biênio, contendo pareceres, razões forenses, doutrina e decisões judiciais, revelam a excelente qualidade da Revista e a tornam insubstituível veículo de informação na área da consulta jurídica.

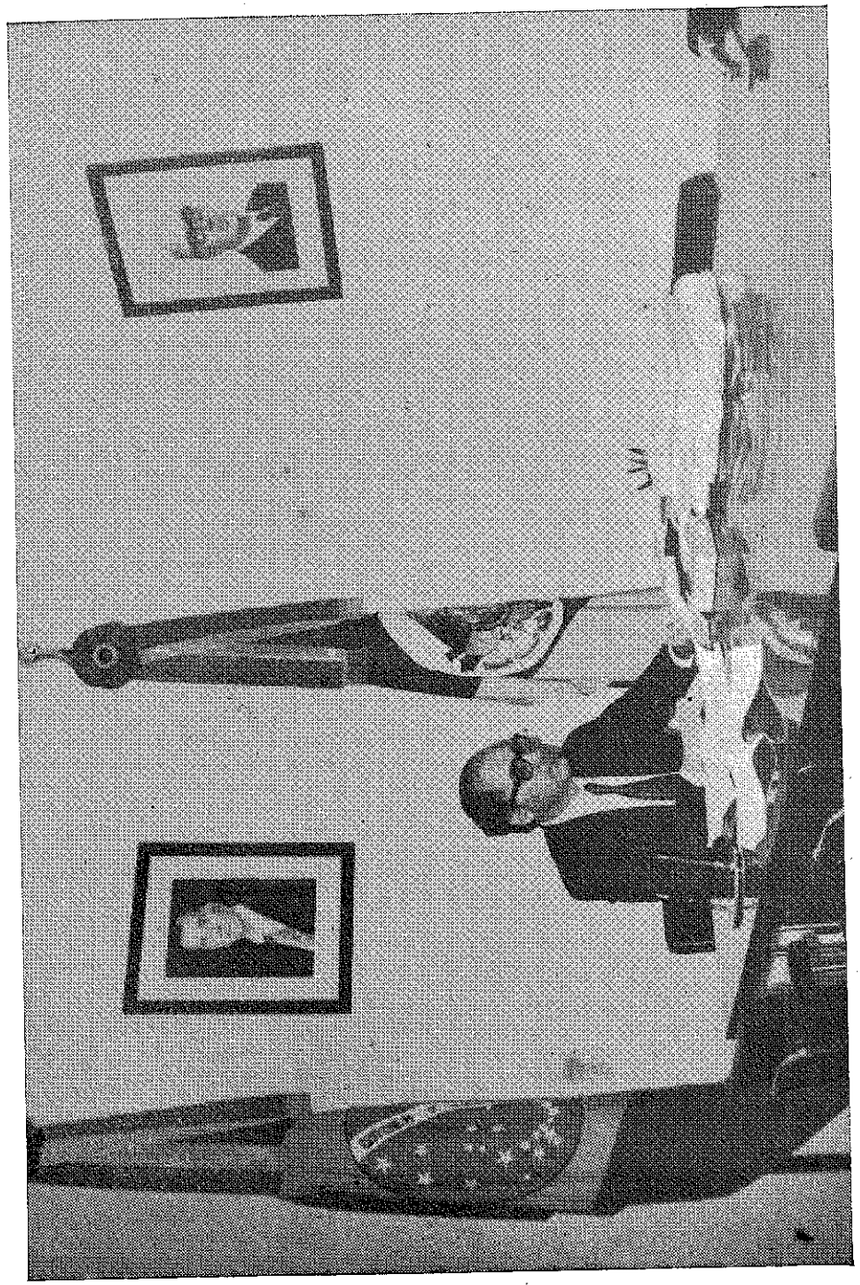
As atribuições da Consultoria-Geral, às quais a Revista dá suporte doutrinário, jurisprudencial e interpretativo, supõem qualificação técnica, segurança e unidade de pensamento. Muitas e de relevante interesse público e social são as tarefas integrativas das funções de Consultor Jurídico e Advogado de Ofício: Desvandar a vontade da lei a partir de textos nem sempre claros e precisos; orientar a Administração Estadual no austero caminho da legalidade; elaborar textos de lei e de decreto; patrocinar as causas em que o Estado figura como autor ou réu; presidir os inquéritos administrativos na esfera estadual; prestar assistência jurídica e judicial aos Municípios do Rio Grande do Sul por solicitação de Prefeitos ou Presidentes das respectivas Câmaras de Vereadores; dar assistência judiciária a pessoas que fazem jus a tal benefício por determinação legal.

Ao mérito de esclarecer posições, transmitir orientação jurídica e estimular atividades da mais alta relevância para o Estado, a Revista torna público o pensamento oficial do órgão jurídico do Governo acerca de questões de delicadas implicações hermenêuticas e repercussões significativas no campo da aplicação, mormente nas áreas do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Dessarte, além de corresponder, de modo satisfatório, a objetivos imediatos de eficiência como instrumento de trabalho, de consulta e de orientação, a Revista avaliza o propósito, jamais descumprido por este Governo, de subordinar a conduta político-administrativa dos órgãos estaduais à ordem jurídica vigorante, sem contemporizações nem privilégios.

Porto Alegre, dezembro de 1973.

EUCLIDES TRICHES
GOVERNADOR DO ESTADO



Dr. Orlando Geraldi Vanin — Consultor-Geral do Estado

SUMÁRIO

DOUTRINA

Carneiro, Athos Gusmão	Ação Declaratória no Novo Código de Processo Civil	17
Carvalho Júnior, Joaquim Correia de	Os Privilégios da Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil	25
Coelho, Fernando de Vasconcellos	Leasing, ICM e Imposto de Transmissão	41
Ferraz, Sérgio	Instrumentos Jurídicos do Urbanismo	61
Moraes, Maurício Azevedo	A Cobrança Judicial do Crédito Tributário e a Falência	77
Moura, Ana Maria Landell de & Galbinsky, Clarita	Enfoque Sistêmico da Atividade Jurídica dos Estados ..	85
Ramos, José Hugo Castro	Empresa Pública, Ordem Jurídica e Condicionamento Político	93
Tesheiner, José Maria Rosa	O Fato Gerador do ICM	133

PARECERES

Cabral, Armando Henrique Dias	Vereador	147
Ferreira, Nilo Damasceno	Desapropriação de Área de Terra para a Instalação de Distrito Industrial	150
Filippi, Adaury Pinto	Prefeito e Vice-Prefeito	157
João, Paulo Germano	Cargo Público. Nomeação por Concurso. Inanulabilidade do Ato	161
Leal, Caio Martins	Poder de Polícia (acompanhado de Ofício do Sr. Consultor-Geral)	164
Hüllen, Renita Maria	Vereador (acompanhado de Ofício do Sr. Consultor-Geral)	176
	Licença-Prêmio	186
Moura, Ana Maria Landell de	Servidor Ferroviário. Revisão de Proventos	192
Miller, José Carlos Torres	Estágio Probatório (acompanhado de Despacho do Sr. Consultor-Geral)	200
Soares, Mário Nunes	Taxa de Conservação de Estradas	204
	Gratificação Natalina a Funcionário Público	210
Ribeiro, Elmo Pilla	Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis "Mortis Causae". Fato Gerador . . .	216
	Constituição Federal de 1969, art. 15, II. Comércio. Competência Municipal para legislar sobre Horário de Funcionamento do Comércio . .	220
Rocha, Manoel André da	Fundos Especiais. Natureza Jurídica	222
Vanin, Orlando Giraldi	Honorários Advocatícios	227

TRABALHOS FORENSES

Vanin, Orlando Giraldi	Memorial. Funcionário Público. Aposentadoria. Proventos	237

JURISPRUDÊNCIA

Convênios. Homologação pela Assembléia Legislativa do Estado	Mandado de Segurança n.º 18.129 — T. J. R. G. S. . . .	253
Pensão devida aos Dependentes de Servidores mortos em Serviço	Mandado de Segurança n.º 19.972 — T. J. R. G. S. . .	263
Teto de Vencimentos de Servidores Públicos	Apelação Cível n.º 15.347 — T. J. R. G. S.	268
Funcionário Público Abandono de Cargo	Agravo de Petição n.º 20.178 — T. J. R. G. S.	276
Imposto sobre Circulação de Mercadorias	Sentença do Sr. Dr. Juiz de Direito da 1.ª Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública	279

DOUTRINA

AÇÃO DECLARATÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Athos Gusmão Carneiro (*)

1 — Questão prejudicial. 2 — Interesse de agir específico. 3 — Declaratória suscitada pelo autor e suscitada pelo réu. 4 — A declaratória no processo com revelia. 5 — Momento processual de propositura da declaratória incidente. 6 — Rejeição liminar. 7 — Rito. 8 — Não cabimento. 9 — Competência. 10 — Prejudicialidade homogênea.

1. Dentre as modificações introduzidas pelo novo Código — lei 5.869, de 11/1/73, com retificações trazidas pela lei 5.925, de 1.º/10/73 — aos lineamentos fundamentais de nosso direito processual civil, aparece como das mais relevantes, do ponto de vista teórico, a "declaração incidente", referida nos arts. 5.º, 325, 470, 321 e 109. O instituto é realmente complexo, suscitando fundas dúvidas e divergências jurisprudenciais e doutrinárias mesmo naqueles países, como a Alemanha, Áustria e Itália, que o consagram de muito tempo, e a cujos juristas será agora aconselhável recorrer para lhe fixar com precisão os limites de aplicabilidade. Alguns pontos prefaciais não será, entretanto, demasia adiantar.

A ação declaratória incidental é uma **outra ação,** proponível por qualquer das partes de uma ação já em andamento, no **mesmo processo** e geralmente sem a suspensão da ação "principal". Sendo uma ação declaratória, o 'bem da vida' que constitui seu

---

(*) Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRGS; magistrado.

objeto é a certeza jurídica quanto à existência, inexistência ou modo de existir de uma relação jurídica. Pergunta-se: qual relação jurídica pode ser objeto de ação declaratória incidental? Quando existe o 'interesse de agir' que possibilita ao autor, ou ao réu, postular contra a parte adversa a declaração incidente? Até que momento processual o ajuizamento da declaratória incidental é cabível? Qual o rito a ser observado?

A resposta à primeira indagação poderá ser quiçá obscurecida pelos termos do artigo 325 do novo CPC, 'verbis': "Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez dias, que sobre ele o juiz profira declaração incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5.º)". Ora, a rigor o "direito que constitui fundamento do pedido", o direito invocado como razão jurídica da pretensão do autor, é necessariamente objeto da declaração ínsita em toda a sentença que julga a lide, dando pela procedência ou pela improcedência do pedido. A sentença de improcedência é, de regra, declaratória negativa. A sentença de procedência ou apenas declara, ou declara e condena, ou declara e constitui, ou declara e manda (para os que admitem a categoria das ações e sentenças mandamentais).

A declaratória incidente deve, pois, recair sobre **outro direito,** outra relação jurídica, nos termos do art. 5.º: Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença".

Em outros termos: a declaratória incidente deve recair sobre uma **questão prejudicial**, isto é, sobre relação jurídica que, sem fundamentar diretamente o pedido, todavia condiciona o direito invocado pelo autor. Pondo de parte a grande dificuldade em precisar o conceito de prejudicialidade, mesmo porque variável em função da legislação referida pelos autores que dele tratam, parece razoável definir como prejudicial toda questão que constitua um antecedente lógico da sentença (prejudicialidade em sentido lato) e que se baseie "en una relación sustancial independiente de la que motiva la litis" (Hugo Alsina, "Las Cuestiones Prejudiciales en el Processo Civil". EJEA, 1959, págs. 63 e segs.). Digamos, uma ação de cobrança promovida pelo sucessor do primitivo credor. O réu pode argüir "preliminares" processuais, pode suscitar defesas de mérito, e pode, inclusive, negar a legitimação do autor impugnando a **relação de sucessão.** Teremos assim duas relações jurídicas relevantes: a relação de crédito, fundamento do pedido condenatório, e a relação sucessória, como condicionante.

A relação sucessória deve inarredavelmente ser apreciada pelo juiz, ao sentenciar na ação de cobrança. Se, a respeito, não ocorreu controvérsia, teremos, na lição Clássica de Menestrina (Prejudicial no Processo Civil, Viena, 1904), um simples **ponto prejudicial.** Se o ponto foi controverso, surge a **questão** prejudicial, que o magistrado decide sem o **efeito da coisa julgada material** (Chiovenda, Instituições, tomo I, n.º 124), ou seja, decide 'incidenter tantum'; é a norma do art. 469 do novo Código: "Não fazem coisa julgada: ... III — a — a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo".

Todavia, se a questão prejudicial for destacada por qualquer das partes, como objeto de um pedido de declaração incidental, então teremos uma causa prejudicial, cuja solução será dada 'principaliter' e fazendo coisa julgada material, isto é, produzindo certeza jurídica imutável naquele e em quaisquer outros pleitos entre as partes (novo Código, art. 470).

Portanto, se a relação sucessória, no exemplo dado, for decidida como simples pressuposto lógico do julgamento da ação de cobrança, e tida por existente, tal não impede a que futuramente esta matéria venha a receber diversa apreciação em outras lides entre as partes. Mas, se a mencionada relação jurídica de sucessão foi objeto de ação declaratória incidental, a coisa julgada irá obstar, para sempre, que entre as partes o assunto seja reapreciado de maneira diversa.

2. Não basta, no entanto, a superveniência de uma **questão** prejudicial para que o autor ou o réu possam provocar a **causa** prejudicial. É necessário haver um "interesse de agir" específico, diverso do interesse de agir na causa principal. Realmente, se existir somente **uma lide** entre as partes, por hipótese a lide que originou a ação de cobrança, a solução da prejudicial apenas 'incidenter tantum' satisfará plenamente aos litigantes e permitirá a adequada composição de tal lide.

Pode, entretanto, ocorrer que a questão prejudicial tenha alcance mais amplo, interessando a **outras controvérsias** atuais entre as partes. Para Carnelutti (Sistema n.º 374, ed. esp.), "nosotros llamamos prejudiciales, en sentido técnico, sólo a las cuestiones cuya solución constituye premisa de la decisión también en otros litigios... Por ejemplo, deducida en proceso la pretensión de la mujer a los alimentos, como ésta implica el conocimiento em torno a la validez del matrimonio, puede ser conveniente que este conocimiento se lleve a cabo de una vez para todas, es-

to es, con eficacia respecto a todas las consequencias del matrimonio. En este caso se inserta en el processo el llamado acertamiento incidental".

A ação declaratória incidental é uma **cumulação de demandas** se por parte do autor, ou é um tipo de **ação reconvencional** se promovida pelo réu. De qualquer forma, pressupõe uma **lide específica, outra que não a lide causadora do processo principal.** Grandemente esclarecedor o artigo do prof. Luigi Montesano, da Univ. de Roma (in "Riv. do Diritto Processuale", v. VI, parte I, ano 51, pg. 329), sob o título "n Tema di Accertamento ncidentale e di Limite del Giudicato". A certo ponto, tratando do interesse de agir na ação declaratória incidental, propõe o articulista: "Realmente, segundo tais noções, para que se possa provocar uma declaratória incidental, não é suficiente a contestação relativamente a uma relação prejudicial, mas é necessário que esta prejudicial consista em uma questão comum a outra lide atual, a qual também venha deduzida como objeto do julgamento. Portanto, não apenas a mera certeza sobre a relação, isto é, como foi visto, a mera solução de uma questão, mas a concreta atribuição de um bem será o resultado do juízo de declaração incidental, como de qualquer outro juízo contencioso de cognição".

3. Mecionamos que a ação declaratória incidental (arts. 5.º, 325, 470, 321 e 109) constitui, quando promovida pelo autor, uma demanda **cumulada;** quando promovida pelo réu, uma espécie de ação **reconvencional.** Em qualquer caso, o pedido propende a obter a certeza jurídica sobre a existência, inexistência ou modo de existir de uma relação jurídica **prejudicial,** cuja decisão com força de coisa julgada material interessa à parte por constituir premissa relevante à decisão de outra ou outras lides (que não a do processo "principal") entre autor e réu.

A característica da ação declaratória incidente consiste em que o interesse de agir surge com a impugnação (embora não suficiente apenas essa impugnação), relativa a um ponto prejudicial e formulada na contestação apresentada pelo réu na causa "principal" (causa "prejudicada" ou "condicionada", em contraposição à causa "prejudicial" ou "condicionante").

Quando a declaratória parte do réu, — é a antiga lição de Chiovenda —, "pode dizer-se uma espécie de reconvenção: mas costuma reservar-se o nome de reconvenção para o caso em que o réu propõe uma ação condenatória ou constitutiva; ao passo que, na hipótese em apreço, o réu se limita a requerer uma **declaração** positiva ou negativa" (inst. I n. 125, **in fine**).

De acordo com o prof. Galeno de Lacerda, a declaratória incidente, quando formulada pelo réu, é uma demanda reconvencional com pedido sempre declaratório negativo (salvo se a "ação principal for declaratória negativa, caso em que a declaração incidente do réu terá caráter declaratório positivo); se apresentada pelo autor, é sempre uma declaratória positiva (salvo se a "ação principal" for declaratória positiva, caso em que a declaração incidente do autor terá caráter declaratório negativo).

4. Quer dos termos do art. 325 do novo CPC — "contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor..." —, quer do disposto no art. 5.º — "se, **no curso do processo,** se tornar litigiosa relação jurídica..." —, depreendo incabível a declaratória incidente em caso de revelia do réu. É ainda Chiovenda: "na ausência de qualquer contestação, é vedado à parte aproveitar-se da prejudicialidade para requerer uma declaração" (Inst., I, n. 126).

É possível objetar que a esta conclusão opõe-se o art. 321: **"Ainda que ocorra revelia,** o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze dias".

Esta norma é, entretanto, relacionada com a do art. 264, que impede ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu; assim, mesmo se revel o réu, a nova citação resguardará em sua inteireza os princípios do contraditório e da "estabilidade da instância". A expressão "ainda que ocorra revelia" diz respeito, portanto, apenas à hipótese de alteração da demanda inicial, não à declaração incidente: se o réu tornou-se revel, o **ponto** prejudicial não foi impugnado, não se transformou pois em **questão** prejudicial, não se "tornou litigiosa" a relação jurídica condicionante.

O processo em revelia conduz, aliás, ao julgamento antecipado da lide — art. 330, II —, salvante as hipóteses previstas no Código — arts. 324 e 320.

5. Até que momento processual poderão réu ou autor propor a declaratória incidental?

Pelo ZPO alemão, até o encerramento do debate oral anterior à sentença; assim também o Código austríaco (Chiovenda, I, n. 125). Pelo Código português (texto alterado pelo Dec. Lei 47.690, de 11/5/67), o pedido do autor, independentemente de acordo das partes, pode ser ampliado "até ao encerramento da discussão em 1a. instância, se a ampliação for o desenvolvimento ou a conseqüência do pedido primitivo".

Esta orientação não parece consentânea com a sistemática de nosso direito processual, que era e continua a ser um processo dominantemente escrito, no qual a fase postulatória se distingue com nitidez das subseqüentes fases do saneamento, instrução e decisão. Aliás, o art. 325 é expresso, concedendo o prazo de 10 dias, **após a contestação,** para o autor demandar a declaração incidental, seguindo-se nova citação **do** réu e reabertura do prazo para a "resposta".

O Código é omisso quanto à declaração incidental partida do réu, mas diante do seu caráter reconvencional é de aceitar deva ser proposta simultaneamente com a contestação, em peça autônoma (art. 299), intimando-se o autor para contestar no prazo de 15 dias (art. 316).

O ajuizamento de ação declaratória incidente deve, portanto, **preceder** à fase do saneamento.

6. O juiz pode (e deve) rejeitar liminarmente o pedido de declaração incidental, nos casos previstos em lei (art. 295) e, ainda, quando inocorrente o interesse específico à obtenção da coisa julgada na solução da questão prejudicial. Não tendo o juiz posto termo **ao processo,** caracteriza-se a decisão como interlocutória (art. 162, §§ 1.º e 2.º), impugnável por agravo de instrumento (art. 522).

7. Após transcorrido o prazo para "responder" ao pedido declaratório incidental, prossegue normalmente a causa em procedimento ordinário, e a mesma sentença resolverá o pedido principal e o de declaração incidente. Isto de regra. Sérios problemas processuais poderão surgir, entretanto, se a sentença de mérito "tiver por pressuposto o julgamento de **questão de estado,** requerido como declaração incidente", pois pelo Código o processo será então **suspenso,** por prazo não excedente a um ano (art. 265, IV, **c**; art. 265, § 5.º). Findo este prazo, "o juiz mandará prosseguir no processo", ou seja, **no** caso de declaratória incidente de estado, o juiz manda prosseguir a apreciação da lide "principal".

Poderá ocorrer a hipótese, quiçá com freqüência, de a questão prejudicial de estado não se encontrar definitivamente julgada dentro do prazo anual. Mas como o processo (da lide 'principal') **deve** retomar andamento, a solução viável será, então, suspender a apreciação da causa prejudicial **até que** a causa 'principal' venha a atingir o mesmo estágio processual, para que daí em diante passem ambas as causas a um processamento, e posterior julgamento, conjunto. Pode também suceder que o prazo de um ano termine encontrando-se o julgamento da causa

prejudicial pendente em segunda instância; em tal caso, quer parecer que a causa principal somente poderá retomar seu andamento após o julgamento da prejudicial e o conseqüente retorno dos autos à instância e juízo de origem. Estas observações demonstram, com a devida venia, a inconveniência da norma do art. 265, IV, c, do novo Código.

8. A declaração incidente, a meu sentir, é incabível nas causas sob rito sumaríssimo, as quais inclusive inadmitem reconvenção (art. 315, § 2.º), e igualmente incabível nas causas sob procedimentos especiais.

9. Pelo art. 109, "o juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente...".

É mister confrontar esta norma com o disposto no art. 470, pelo qual a resolução da prejudicial faz coisa julgada se a parte o requerer e o juiz "for competente em razão da matéria". E se não o for? A declaratória incidente torna-se inadmissível, ou o processo deve ser remetido a outro juízo?

Esta última solução é a do código italiano, art. 34: "Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidire con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti um termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui". Idem com relação às reconvenções (art. 36, **in fine,** do Cód. Italiano).

Pelo direito brasileiro, no entanto, a regra é a de que "a reconvenção não poderá ser admitida, se o juiz for absolutamente incompetente para conhecê-la" (Moacir Amaral Santos, Da Reconvenção, n. 75). O art. 109 do novo CPC alude, assim, apenas à prorrogação da competência relativa, harmonizando-se pois com o art. 470. (José Carlos Barbosa Moreira, "Questões Prejudiciais e Coisa Julgada", n. 801).

10. Cuidamos aqui apenas da **prejudicialidade homogênea,** isto é, ocorrente dentro do âmbito do processo civil; não da prejudicialidade **heterogênea,** a envolver relações interjurisdicionais, ou seja, a decisão do juízo civil a influir na decisão do juízo criminal, e vice-versa, hipóteses em que a possibilidade de declaratória incidente é afastada pela radical incompetência 'ratione materiae' do juiz da causa prejudicada. A respeito o parágrafo único do art. 64 (prejudicialidade eventual facultativa) e arts. 92/93 do Código de Processo Penal (vide Arruda Alvim, "Direito Processual Civil", tomo II, págs. 286 e seguintes; Euclides

C. da Silveira, "Da Prejudicialidade Jurídica Heterogênea no Processo Penal", **in** Estudos de Direito Processual Civil em memória do Min. Costa Manso, ed. Rev. dos Tribunais, 1965, pág. 168; Ada Pellegrini Grinóver, "Ação Declaratória Incidental").

OS PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Joaquim Correia de Carvalho Júnior (*)

1. Dos 1.219 artigos que constituem o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973), a vigorar a partir de 1.º de janeiro de 1974, 42 artigos referem-se, especificamente, à Fazenda Pública (1).

A maior parte desses dispositivos trata da legitimação da Fazenda Pública em intervir ou ser parte em determinados processos; outros estabelecem o rito de ações de interesse da mesma. Poucos conferem privilégio de natureza processual à Fazenda Pública, sendo de referir que, nesse particular, quase nenhuma inovação traz o novo Código.

Restritos ao temário do Congresso, cabe-nos fazer apenas a análise desses últimos dispositivos, o que intentaremos a seguir.

2. Antes, porém, de procedermos a tal análise, impõe-se uma observação prévia, porque comum a todos os artigos a serem examinados, e concernente à terminologia adotada pelo le-

---

(*) Advogado de Ofício do Estado de Pernambuco.

(1) São os arts. 20, § 4.º, 27, 99, 141, IV, b, 188, 197, 240, 275, II, g, 399, II, 475, II e III, 511, 568, 578 e § único, 585, VI e § 1.º, 602, § 6.º, 699, 730, 731, 816, I, 928, § único, 933, 934, III, 942, § 2.º, 982, §§ 3.º e 4.º, 988, IX, 999, 1.002, 1.007, 1.008, 1.013, 1.033, 1.034, 1.036, § único, 1.037, § 1.º, 1.108, 1.151, 1.155, § único, 1.169, 1.172, 1.173, 1.206, § 2.º, n.º II e 1.212 e § único.

gislador, que ora usa da expressão Fazenda Pública (2), ora aduz o adjetivo Federal, Estadual ou Municipal (3), ora a substitui pelas expressões União, Estados e Municípios (4), ora acrescenta a estas entidades o Distrito Federal e/ou os Territórios (5), ora também as respectivas entidades da administração indireta (6), ora, finalmente, usa da expressão mais ampla "pessoas jurídicas de direito público" (7).

A falta de coerência na adoção de uma terminologia única quando o legislador trata de uma mesma pessoa jurídica há certamente de conduzir a controvérsias que, só com o passar dos anos, poderão vir a ser dirimidas através de uma definição jurisprudencial.

De nossa parte, entendemos que as expressões "Fazenda Pública" e "União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios" são sinonímicas, delas havendo se utilizado a Lei indiferentemente.

Entendemos, mais, que na expressão "Estados" se incluem o Distrito Federal e os Territórios, porque se acham eles na mesma posição hierárquica daqueles, dentro do sistema constitucional brasileiro, respeitadas apenas as suas peculiaridades.

Indiscutível, por outro lado, que, quando o Código fala das "pessoas jurídicas de direito público" — o que faz, aliás, uma única vez, no art. 928, § único — está abrangendo tanto as entidades da administração centralizada ou direta (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios), como as da administração descentralizada ou indireta (Autarquias) (8).

A alusão, nos arts. 399, II, 511 e 602, § 6.º, às entidades da administração indireta ao lado da União, dos Estados e dos Municípios, está, porém, a demonstrar que o Código quis dar às Autarquias um tratamento distinto, não se podendo considerar

(2) É o caso dos arts. 20, § 4.º, 27, 141, IV, b, 188, 197, 240, 475, III, 578, § único, 585, § 1.º, 730, 982, §§ 3.º e 4.º, 988, IX, 1.013, 1.034, 1.036, § único, 1.037, § 1.º, 1.108, 1.151, 1.155, § único, 1.169, 1.172, e 1.206, § 2.º, n.º II, e 1.033.
(3) Arts. 699, 942, § 2.º, 999, 1.002, 1.007, 1.008, 1.212 e § único.
(4) Arts. 475, II, 816, I, 934, III.
(5) Arts. 585, VI, 1.173.
(6) Arts. 399, II, 511, 602, § 6.º.
(7) Arts. 928, § único.
(8) Vide Decreto-Lei n.º 200, de 25/02/1967, art. 5.º.

aquelas entidades como implicitamente compreendidas nas expressões "Fazenda Pública" e "União, Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios".

Nesse particular, então, é de considerar que os privilégios de ordem processual somente alcançam as Autarquias, quando a elas faça o Código expressa alusão, ou quando lei especial os tenha a elas conferido, valendo salientar que, ao nosso ver, não continuam a vigorar aquelas leis que atribuíram às entidades autárquicas privilégios de natureza processual, de que cogitou o novo Código de Processo Civil, mas sem, com suas normas, abranger ditas entidades.

3. Isso posto, passemos à análise dos dispositivos do novo Código de Processo Civil.

3.1. Art. 20 — A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

§ 1.º — O Juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.
§ 2.º — As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.
§ 3.º — Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;
b) o lugar de prestação do serviço;
c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço;

§ 4.º — Nas ações de valor inestimável ou pequeno, bem como naquelas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidas as normas das letras a a c do parágrafo anterior.

A norma do § 3.º, que fixa os limites mínimo e máximo da condenação do vencido na verba honorária, não consta do Có-

digo em vigor, como não constava do Anteprojeto, nem do Projeto encaminhado ao Congresso Nacional, havendo sido introduzida no texto por sugestão da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Rio Grande do Sul, sem a regra do § 4.º. Através desse último parágrafo se pretende excluir da incidência do § 3.º as condenações impostas quando a parte vencida seja a Fazenda Pública.

O parágrafo em análise não obsta, porém, que, usando de sua equitativa apreciação, venha o Juiz a impor a condenação dentro dos limites fixados no § 3.º (9).

3.2. Art. 27 — As despesas dos atos processuais, efetuadas a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido".

O dispositivo em análise, que constitui ampliação da regra do art. 56, § 1.º, do Código em vigor, consagra o privilégio em favor da Fazenda Pública de somente pagar, ao final e na hipótese de vir a ser vencida, as despesas com os atos processuais realizados a seu requerimento (10).

(9) Sobre o § 4.º, do art. 20, CELSO AGRICOLA BARBI, considera insustentável o princípio ali conferido à Fazenda Pública. São suas palavras, **verbis**:
"O texto legal dá a entender que, quando a Fazenda for vencedora, o Juiz aplicará a regra dos 10% ou dos 20%, e apenas quando vencida não a aplicará. Não sou contra os privilégios da Fazenda, porque entendo que a Fazenda está, em muitos lugares, meio desarmada pela burocracia. Mas não vejo razão para um tratamento tão especial quando o ato do poder público é que obriga o litigante a ir a Juízo como Autor ou como réu. Entendo que as regras gerais sobre honorários, inclusive essa limitação do máximo e do mínimo, deveriam também aplicar-se à Fazenda Pública (Processo de Conhecimento de Primeiro Grau, in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n.º 31, págs. 42/43).

(10) Observa PEDRO BATISTA MARTINS, ao justificar o art. 56, § 1.º, do Código atual:
"É natural que, nestes casos, não se atribua a qualquer das partes a obrigação de antecipar as despesas respectivas. Atribuí-las ao réu seria um não-senso e obrigar o Autor a adiantá-las, uma

No texto do Código em vigor tal privilégio alcança apenas as custas e não também as demais despesas, inclusive as relativas às perícias, como ocorre com o novo Código.

Art. 99 — O Foro da Capital do Estado ou Território é competente:

I — para as causas em que a União for Autora, ré ou interveniente;
II — para as causas em que o Território for Autor, réu ou interveniente.

Parágrafo Único — Correndo o processo perante outro Juiz, serão os Autos remetidos ao Juiz competente da Capital do Estado ou Território tanto que neles intervenha uma das entidades mencionadas neste artigo.
"Excetuam-se:

I — o processo de insolvência;
II — os casos previstos em Lei".

Art. 578 — A execução fiscal (art. 595, v) será proposta no Foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado.
Parágrafo Único — Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o Foro de qualquer dos devedores, quando houver mais de um, ou o Foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no Foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no Foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.

O art. 99, retro transcrito, institui em favor apenas da União e dos Territórios o privilégio do foro, dando-o como sendo o da

violência pois que, muitas vêzes, ele pode não ter interesse ou ter mesmo interesse contrário à realização da diligência ordenada pelo Juiz, a requerimento do órgão do Ministério Público ou do representante da Fazenda". (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, 1960, vol. 1, pág. 216)

Capital do Estado, em todas as causas em que forem eles Autor, réu, ou interveniente. Capital do Estado em que seja domiciliada a outra parte, há de se entender e conforme dispõe, melhormente, o art. 125, § 1.º, da Constituição de 1969.

Excetuam-se dessa regra — consoante dispõe ainda o art. 99 — os processos de insolvência e os demais casos previstos em lei.

Parece-nos, nesse particular, padecer o dispositivo legal do vício de inconstitucionalidade, posto que de tal exceção não cogita o art. 125, da Constituição, sendo certo, ademais, que a Fazenda Pública não se sujeita ao Juízo universal da falência comercial ou civil, esta agora estabelecida (art. 748 e ss.).

No que concerne às Fazendas estadual e municipal, nenhuma norma foi estabelecida no sentido de lhes conferir o privilégio do foro, o qual, todavia, ainda que obedecendo ao princípio do art. 94, pode ser estatuído em Lei de Organização Judiciária. Acentue-se que, na forma do art. 35, do Código Civil, o domicílio dos Estados são as suas respectivas capitais.

Tampouco, cogitou o Código do foro das demais pessoas jurídicas de Direito Público, cabendo referir que, quanto àquelas de índole federal, delas trata a Constituição da República em seus art. 125, I e § 3.º.

O art. 578 e seu parágrafo, que tratam do foro para a ação de execução fiscal por parte da Fazenda Pública, não contém qualquer inovação, pois constituem mera reprodução, com pequenas mudanças de redação, do art. 3.º e seu parágrafo, do Decreto-Lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938.

3.4. "Art. 188 — Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

Reproduzindo o privilégio constante do art. 32 do Código vigente, a Lei n.º 5869/73 confere à Fazenda Pública o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer.

Esse salutar preceito — que no dizer de PONTES DE MIRANDA se justifica pela necessidade que tem os representantes da Fazenda Pública de maior prazo, que os particulares, para a colheita de informações e prova (11) —, não constava do Ante-

(11) PONTES DE MIRANDA — "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio, 1947, vol. I, pág. 215.

projeto, havendo a sua omissão dado lugar a que fosse aprovada, quando do I Congresso de Procuradores de Estado realizado em São Paulo, em 1969, recomendação no sentido de ser incluída no Projeto a regra agora consubstanciada no mencionado art. 188.

Na Câmara dos Deputados foi a proposição combatida, havendo o Deputado LAERTE VIEIRA apresentado nesse sentido as emendas n.ºs 2 e 61, sob o pretexto de se tratar de odioso privilégio, que, retardando o andamento do processo, dava ao Poder Público uma situação que não se coadunaria com o princípio de igualdade das partes.

Em que pesem tais argumentos, entendemos oportuna a manutenção da regra, pelos motivos constantes da tese apresentada pelo DR. WADIH TUMA, autor da recomendação aprovada no I Congresso Nacional de Procuradores de Estado e antes aludida (12) (13).

Conquanto gozando do prazo quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, os representantes da Fazenda Pública não gozam de nenhum outro privilégio quanto aos demais prazos processuais, a eles se aplicando, por expressa disposição do art. 197, as penas impostas nos arts. 195 e 196 ao Advogado que deixar de restituir os autos no prazo legal.

(12) Dita Recomendação constou da tese apresentada pelo Procurador WADIH TUMA sob o título "Inclusão, no Anteprojeto do Código de Processo Civil, da regra equivalente à consagrada no art. 32 do Código Processual em vigor", aprovada por unanimidade. (Vide Anais do I.º Congresso — São Paulo, págs. 75/91)

(13) Sobre a regra concessiva dos prazos privilegiados à Fazenda Pública, adverte PEDRO BATISTA MARTINS:
"Não é como a muitos se afigura, um privilégio antidemocrático a aplicação do prazo em favor dos Advogados da União e dos Estados. As fontes de informação a que têm de recorrer os respectivos procuradores são, em regra, repartições ou departamentos administrativos sujeitos à observância de certas formalidades regulamentares, que retardam naturalmente a preparação da defesa dos interesses daquelas entidades jurídicas. Reduzir os prazos em tais casos, seria impossibilitar a defesa dos interesses coletivos, representados pela União e pelos Estados." (Op. e vol. cits. pág. 149) Sobre o Direito anterior, vide SOUZA BANDEIRA (Novo Manual de Procurador dos Feitos da Fazenda, Rio, 1888, pág. 29).

Estatuindo o privilégio do prazo apenas à Fazenda Pública e ao Ministério Público, excluiu o legislador de tal benefício os representantes dos órgãos da Administração indireta, os quais estavam até então beneficiados por força do Decreto-Lei n.º 7659, de 21 de junho de 1945, ao nosso entender agora revogado.

3.5. Art. 475 — Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I — "omissis";
II — proferida contra a União, o Estado e o Município;
III — que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, n.º VI).

O dispositivo em análise não constava, de igual modo, do Anteprojeto do Código (14), sendo reprodução do art. 822, do Código atual, que nominava a figura como apelação necessária ou **ex-officio** (15).

O n.º III constitui evidente superfetação porque a hipótese nele tratada já se inclui naquela constante do n.º II, que alude a toda e qualquer sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, abrangendo, por conseqüência, aquelas sentenças que tenham julgado improcedente a ação executiva fiscal proposta pela Fazenda Pública.

Persistiu o legislador — como já ocorrera com o art. 188 — na omissão quanto às demais pessoas de Direito Público, razão por que é de se entender não gozarem elas do privilégio do duplo grau de jurisdição, quanto às sentenças que lhes sejam contrárias.

---

(14) Segundo o testemunho de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA a manutenção da revisão obrigatória pelo Tribunal nos casos de sentença proferida contra a Fazenda Pública resultou de sugestão apresentada pela Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Civil ("Antecedentes da Reforma Processual e Sistemática Geral do novo Código de Processo Civil", in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n.º 31, pág. 13)

(15) Sobre a natureza jurídica do chamado recurso de ofício ou apelação necessária, veja-se PONTES DE MIRANDA (op. cit. vol. V, págs. 115, e ss.).

3.6. Art. 511 — São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela Fazenda Nacional, Estadual e Municipal e pelas respectivas entidades da administração indireta, que gozam de isenção legal.

O dispositivo em referência constitui corolário necessário do princípio inserto no art. 27, mas com uma carga maior de privilégio, por isso que, enquanto aquele artigo apenas protrai o pagamento das custas devidas pela Fazenda Pública, o art. 511 a dispensa do pagamento do preparo dos Recursos acaso interpostos.

Tal privilégio se justifica, inclusive ao se ter em conta que a apreciação da sentença prolatada contra a Fazenda Pública, pelo órgão jurisdicional de segunda instância, se dá sempre, independente do Recurso voluntário, face à regra do art. 475, II e III.

A dispensa do preparo alcança, porém, não somente a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, como também as respectivas Autarquias.

Art. 568 — A execução atingirá:

I — o devedor, reconhecido como tal no título executivo;
II — o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;
III — o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;
IV — o fiador judicial;
V — o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

Art. 585 — São títulos executivos extrajudiciais:
I a V — "omissis";

VI — a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
VII — "omissis";

§ 1.º — A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança.

O novo Código de Processo Civil, inovando a matéria, estabeleceu, para a cobrança judicial da dívida fiscal, o mesmo rito fixado para a cobrança dos outros títulos em dívida líquida, certa e exigível (16), rito esse que, em princípio, obedece às normas comuns ao processo de conhecimento (Livro I, Título VII, Capítulos I e II e Título VIII — art. 598), sendo certo, porém, que, consoante imposição dos arts. 736 e 737 do novo Código, a defesa do devedor, realizada por meio de embargos autuados em apenso aos Autos do processo principal, somente é admissível depois de seguro o Juízo pela penhora.

Igualada em tudo e por tudo aos outros credores de dívida por título executivo, a Fazenda Pública se viu, assim, despojada dos privilégios processuais que lhe eram assegurados pelo Decreto-Lei n.º 960/38, dentre os quais sobressaem aqueles estatuídos nos arts. 5.º, parágrafo único (alteração em qualquer fase do processo, do valor do crédito ajuizado), 6.º (realização da penhora no ato da citação inicial), 7.º (dispensa da intimação de outros interessados legítimos sobre o bem penhorado), 16 (indicação pelo réu, nos próprios embargos, do rol de testemunhas, exigível agora apenas nas execuções por dívidas de valor não superior a 20 vezes o maior salário mínimo em vigor no País), 17 (impossibilidade de reconvenção, exceto nos casos de rito sumaríssimo), 42 (cabimento de embargos de terceiros, somente quando seja ele senhor e posuidor e desde que manifestado e até a assinatura da Carta de arrematação, adjudicação ou remissão), 62 (proibição da suspensão da instância ou do processo), 64 (decurso de prazos, independente de intimação das partes), 73, § único (possibilidade de embargos de nulidade ou infringentes apenas das decisões contrárias à Fazenda Pública) e 74 (cabimento do Recurso Ordinário nas causas de valor inferior a 10 salários mínimos somente quando a parte vencida seja a Fazenda Pública), eis que nesses temas vigerão as regras dos arts. 294, 652, 669 e §§, 407, 275, I, 315 e seu § 2.º, 1.046, 265, 184, § 2.º, 530, e 513 combinado com os arts. 520, V e 551, § 3.º, do novo Código.

(16) Nesse sentido se exprime, taxativamente, a Exposição de Motivos apresentada pelo Ministro da Justiça, ALFREDO BUZAID: "Sob o aspecto prático são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal, como ações autônomas" (Diário do Congresso Nacional de 28/09/72, — Seção I, pág. 69, n.º 21).

O § 1.º do art. 585 exclui a litispendência entre a ação anulatória de débito fiscal e a execução fiscal, seguindo assim longa tradição já consagrada em nosso Direito.

A regra referida concerne, pela amplitude do seu texto, não somente às ações declaratórias — que, por substância, não induzem litispendência em relação às ações condenatórias —, mas às próprias ações condenatórias, constitutivas ou constitutivas-negativas.

Exceção ao princípio do art. 585, § 1.º, ocorre se o devedor realiza o depósito integral da dívida questionada, porque aí incide o disposto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional, que determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando ocorra aquela hipótese.

Persiste no novo Código o privilégio (17) da Fazenda Pública de, ela própria, constituir, independente de qualquer ato que induza confissão por parte do devedor, o título executivo extrajudicial, mercê do qual se inverte o ônus de prova, eis que, conforme salienta GALENO LACERDA, ao invés de caber ao credor a prova da legitimidade do seu crédito, fica a cargo do devedor provar a ilegitimidade do mesmo crédito (18).

(17) Não há dúvida de que esse direito conferido à Fazenda Pública de constituir o título executório extrajudicial é um verdadeiro privilégio, muito embora não se possa compará-lo com o privilégio conferido nos países que adotam o processo fiscal contencioso (França, Itália, Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos), onde vige o princípio **solve et repete.** Observa, ao propósito, RUBENS GOMES DE SOUZA, de quem tiramos o ensinamento, a deficiência do sistema do processo fiscal brasileiro — existente no Decreto-Lei n.º 960/38 e no novo Código de Processo Civil — que não distingue entre a jurisdição que profere o Juízo de mérito e a jurisdição para o processo executivo ou executório. Naqueles países onde existe nítida a distinção, a característica essencial do processo fiscal reside na possibilidade de execução direta por parte da própria administração, ou seja na atuação do privilégio da Fazenda como simples decorrência formal do encerramento da fase oficiosa do processo pelo ato administrativo do lançamento (Rubens Gomes de Souza "Idéias Gerais para uma Concepção Unitária e Orgânica do Processo Fiscal", **in** Revista de Direito Administrativo, vol. 34, pág. 14/33).

(18) GALENO LACERDA, "Remédios Processuais da Administração e Contra a Administração", **in** Revista de Direito Processual Civil, vol. 2.º, pág. 29.

3.7. Art. 602 — Toda vez que a condenação à indenização, por ato ilícito, incluir prestações alimentícias, o Juiz condenará o réu também a prestar uma caução, de natureza e valor que assegurem o cabal cumprimento da obrigação.

§ 6.º — São dispensados da caução a que se refere este artigo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios e as respectivas autarquias.

A imposição ao devedor de pensão alimentícia resultante de ato ilícito, de prestar caução idônea de natureza e valor correspondentes ao cabal cumprimento da obrigação, encontra sua matriz no art. 911, do Código ainda em vigor, que estabelece a aplicação de um capital em títulos da dívida pública federal capaz de constituir uma renda equivalente ao valor da prestação alimentícia devida.

A norma, como é curial, visa a assegurar a execução da obrigação continuada estabelecida na sentença exeqüenda.

Sendo devedora de tal obrigação a Fazenda Pública ou as Autarquias, justifica-se a dispensa da caução estatuída no "caput" do artigo, por ser presumida a sua idoneidade financeira e a sua lealdade processual, capazes de afastar o risco de uma futura inexecução do julgado.

3.8. Art. 699 — Na execução de hipoteca de vias férreas, não se passará carta ao maior lançador, nem ao credor adjudicatório, antes de intimar o representante da Fazenda Nacional, ou do Estado, a que tocar a preferência, para, dentro de 30 (trinta) dias, usa-la se quiser, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação.

O dispositivo em análise reproduz o princípio inserto nos arts. 976, § único e 985, do Código em vigor.

De inovação existe apenas a fixação do prazo de 30 (trinta) dias para o exercício do direito de preferência com o pagamento do preço.

Esse prazo — consoante o magistério de PONTES DE MIRANDA — é, presentemente, de 15 (quinze) dias (19).

(19) Op. cit. vol. III, pág. 321.

3.9. "Art. 730 — Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I — O Juiz requisitará o pagamento por intermédio do Presidente do Tribunal competente;

II — Far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito".

"Art. 731 — Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do Tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito".

O dispositivo supra regulamenta o art. 117 da Constituição de 1969 e reproduz, com pequenas alterações, o parágrafo único do art. 918, do atual Código de Processo.

Sendo impenhoráveis os bens que constituem o patrimônio da Administração Pública, ter-se-ia, necessariamente, que estabelecer contra ela um processo de execução por quantia certa, diverso daquele estabelecido para o particular.

O Direito brasileiro adotou o processo da inscrição do crédito para pagamento no exercício subseqüente, quando já deverá constar, obrigatoriamente, do orçamento a verba correspondente.

O não-pagamento dos créditos inscritos até primeiro de julho do exercício anterior (Constituição Federal, art. 117, § 1.º), ou a não-inclusão desses créditos na Lei Orçamentária, caracteriza crime de responsabilidade e autoriza a intervenção federal, por configurar descumprimento a decisão judiciária (Lei n.º .. 1.079, de 10 de abril de 1950, art. 12, n.º 4, art. 74; Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, art. 1.º, n.º XIV; Constituição Federal, art. 10, n.º VI).

3.10. "Art. 816 — O Juiz concederá o arresto independentemente de justificação prévia:

I — quando for requerida pela União, Estado ou Município nos casos previstos em Lei".

Enquanto o n.º II, do artigo, estabelece, como regra geral, a concessão do arresto independente de justificação prévia apenas na hipótese de vir o credor a prestar caução, o n.º I, acima transcrito, dispensa da mesma a concessão do arresto, a requerimento da Fazenda Pública.

O fundamento para esse tratamento privilegiado é o mesmo que justifica a regra do art. 602, § 6.º, antes analisado.

3.11. "Art. 928 — Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o Autor justifique previamente o alegado citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo Único — Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais".

"Art. 933 — Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na secção anterior".

O artigo reproduz a regra do art. 371, § único, parte final, do Código atual, porém em termos mais amplos, porque não a restringe apenas à União, aos Estados e aos Municípios, mas alcança todas as pessoas jurídicas de Direito Público, inclusive, portanto, os órgãos da Administração descentralizada.

Trata-se, como diz PONTES DE MIRANDA em Comentários ao Código em vigor (20), de nulidade não cominada, e que deve ser argüída na primeira oportunidade, salvo legítimo impedimento, sob pena de preclusão, consoante dispõem o art. 245 e seu parágrafo, do novo Código, nesse particular mais rigoroso, posto que a regra do Código atual (art. 277, parágrafo único), não comina aquela pena, e sim a responsabilidade pelas custas acrescidas.

(20) No sentido da revogação do Decreto-Lei n.º 710/38, vide Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 40, pág. 547, e vol. 37, pág. 153.

CONCLUSÕES

1. O Código de Processo Civil, agora instituído pela Lei n.º 5869/73, praticamente se limita a reproduzir os princípios já existentes em favor da Fazenda Pública;

2. Esta, todavia, passou a ter um tratamento menos privilegiado, particularmente no que concerne à cobrança de sua dívida ativa, em que ficou colocada em situação de absoluta igualdade com os credores por título executivo;

3. No sistema do novo Código, a Administração descentralizada somente goza dos privilégios estabelecidos nos arts. 511, 602, § 6.º e 928, parágrafo único;

4. Não lhe assistem, por conseqüência, as regras que asseguram os prazos, em quádruplo, para contestar, e em dobro, para recorrer, nem o chamado recurso de ofício nas decisões que lhe sejam contrárias, valendo ressaltar que a legislação especial existente nesse sentido ter-se-á por revogada com a vigência do novo Código.

5. Face à imperiosa necessidade da concessão desses privilégios à Administração indireta, é recomendável a alteração do novo Código, para aquele fim.

(*) Tese apresentada no V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, levado a efeito em Caxias do Sul — RS., nos dias 14, 15. 16, 17 e 18 de outubro de 1973.

LEASING, ICM E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

Fernando de Vasconcellos Coelho (*)

I — INTRODUÇÃO

1. Instituto surgido no após-guerra, não mereceu o **leasing**, até hoje, na literatura jurídica brasileira, tratamento sistemático que aborde, com a necessária profundidade, qualquer dos seus aspectos.

Mesmo PONTES DE MIRANDA, no "Tratado de Direito Privado" — no gênero a obra mais completa de autor nacional — não enfrenta o tema. O "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", apesar dos objetivos expostos por CARVALHO SANTOS no início de sua publicação (1), nem ao menos registra o verbete. Estudos como os de FÁBIO KONDER COMPARATO (2), de ARNOLDO WALD (3), de AfONSO ALMIRO (4), de

(*) Procurador das Execuções Fiscais do Estado de Pernambuco.

(1) "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", Borsoi, Rio de Janeiro, 1947, vol. 1.

(2) "Contrato de Leasing", in Revista dos Tribunais, vol. 389, 1957, págs. 7/14.

(3) "Introdução do Leasing no Brasil", in Revista dos Tribunais, vol. 415, 1970, págs. 9/14; "Leasing: o que é, como funciona", in RT Informa, 2.ª quinzena de setembro, 1970, págs. 25/27.

(4) "Leasing — Nova Técnica de Financiamento", in Carta Mensal, da Confederação Nacional do Comércio, n.º 161, junho de 1969, págs. 3/9.

OSWALDO MATTOS FILHO (5), de LUIZ MÉLEGA (6) e de GLÁUCIO VEIGA (7), no que pese o mérito do pioneirismo, algumas vezes, sugerem mais a existência de problemas que aprofundam o exame de suas soluções.

Divulgadas, já, sobre o assunto, as obras de C. J. DE ASSIS RIBEIRO (8) e de A. LOPES DE SÁ (9), continua a matéria, não obstante, mais versada nas publicações especializadas de economia e finanças (10) que nas revistas de Direito.

2. Por outro lado, não havendo o **leasing**, até agora, entre nós, sido disciplinado por lei — a exemplo do que já ocorreu em diversos países (11) e permanecendo relativamente reduzida a sua aplicação — apesar do importante papel que vem assumindo na vida econômica de outras nações (12) e já prenuncia também

(5) "Problemas nas operações de **leasing**", **in** Estado de São Paulo 15/08/71.

(6) "Leasing", **in** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 5, Ano XI, 1972, págs. 29/40.

(7) "Sobre Leasing e Factoring", **in** Legislação Nordestina, Boletim Semanal n.º 111, Ano III, Semana de 28/08/72 a 02/09/72; "Leasing e Tributação", **in** Legislação Nordestina, Boletim Semanal n.º 114, Ano III, Semana de 18/09/72 a 23/09/72.

(8) "Leasing": Fator de Produtividade", Rio de Janeiro, 1970.

(9) "Leasing e Finanças de Empresas", Apec Editora S/A, Rio de Janeiro, 1972.

(10) Na "Conjuntura Econômica", da Fundação Getúlio Vargas, foram publicados, entre outros, os seguintes artigos: "O Leasing e o Empresário: Alguns Aspectos a Considerar", vol. 25, janeiro 1971, págs. 77/79; "O Leasing e as Instituições Financeiras", vol. 25, abril 1971, págs. 103/107; "Bancos Comerciais e as Operações de Leasing", vol. 26, janeiro, 1972, págs. 44/47.

(11) Cfr. ARNOLDO WALD, "A Introdução do Leasing no Brasil", loc. cit. pág. 11.

(12) "O extraordinário sucesso do **leasing** em tão curto espaço de tempo não tem deixado de impressionar os observadores. Nos Estados Unidos, iniciada a sua prática sistemática em 1950, o volume dos contratos firmados atingia já em 1954 dez milhões de dólares e, em 1961, 500 a 700 milhões, prevendo alguns economistas que a percentagem do **leasing** na formação da totalidade dos investimentos privados americanos poderá ser de 10% em 1970. Atualmente existem naquele país mais de cem sociedades de **leasing**. Cerca de 50% das empresas norte-americanas recorrem a esse modo de investimento, proporção que

aqui (13), pelo crescente interesse despertado nos setores empresariais brasileiros (14), os conflitos de natureza tributária a que pode dar lugar ainda não ensejaram a devida análise. Não se aponta, também, até esta data, um só julgado dos nossos Tribunais sobre o assunto.

3. O próprio conceito do instituto ainda não resta fixado pela doutrina em linhas definidas e precisas, invocando-se comumente, para a sua caracterização, tipos e formas assumidas em outros países, com traços nem sempre totalmente coincidentes, em decorrência de peculiaridades que impõem ajustamentos e adaptações para que seja objetivada a sua função econômica e financeira, alargada em campos de atuação cada vez mais vastos.

4. Pequena, assim, a contribuição doutrinária para o deslinde desses problemas e inexistente, até agora, qualquer tratamento jurisprudencial da matéria, cresce não obstante, independentemente de controle, o volume das operações de **leasing** em nosso país — antecipando-se ao Direito, mais uma vez, a dinâmica dos fatos. Daí a necessidade do disciplinamento legal do instituto, para que possa ele cumprir a sua função — sem distor-

chega a 88% no comércio de varejo e a 93% no setor petrolífero. Na França estima-se que o volume global dos contratos firmados em 1965 atingia 700 milhões de francos, cinco anos após a sua introdução no país". (FÁBIO KONDER COMPARATO, ob cit, pág. 8).

(13) "Apesar da falta de regulamentação, o setor de **leasing** vem crescendo ao ritmo de 100% ao ano, estimando a Associação Brasileira das Empresas de Leasing (ABEL) que a receita de suas filiadas tenha chegado a Cr$ 90 milhões em 1972, passando a Cr$ 180 milhões no corrente ano (Tribunais de Justiça, São Paulo, n.º 679, de 31/01/1973).

(14) A Fundação Lowndes promoveu em dezembro de 1968 um simpósio especial para estudo e debate de matéria, do qual resultou a monografia de C. J. de ASSIS RIBEIRO, "Leasing: Fator de Produtividade" (AFONSO ALMIRO, loc. cit.). O Sistema Financeiro CRECIF, em setembro de 1972, em colaboração com o Instituto dos Advogados de Pernambuco, promoveu no Recife uma Mesa Redonda sobre aspectos legais, econômicos e financeiros do **leasing**, participando dos trabalhos, além de juristas, empresários e autoridades fazendárias (**Leasing**: Aspectos de sua problemática", Instituto dos Advogados de Pernambuco, Cadernos de Conferências, Recife, 1973). O Estado de São Paulo, de 30/03/73, noticiou a realização, em São Paulo, de um Seminário Nacional sobre Leasing, promovido pela FIESP, CIESP, IDORT e ABEL.

sões que o poderão conduzir à asfixia no campo fiscal, face à natural atitude dos órgãos fazendários frente à possibilidade de vê-lo transformado em perigosa válvula aberta à evasão tributária.

II — HISTÓRICO

5. FÁBIO KONDER COMPARATO aponta, entre os antecedentes históricos do **leasing**, na Idade Média, o censo reservativo ou renda fundiária que — instituído pela pressão das necessidades econômicas numa época em que os capitais imobiliários eram escassos — dava lugar à alienação de imóveis independentemente do pagamento do preço de aquisição a vista ou a curto prazo. Depois de acentuar que o velho censo medieval ainda subsiste em algumas legislações, inclusive na brasileira, e que as instituições jurídicas correspondem às exigências sociais de cada momento histórico, concluí que "a necessidade de mobilização da riqueza nesta era das sociedades industriais, faz-se sentir não tanto em relação à terra quanto em relação ao capital técnico no seio da empresa. O contrato de **leasing** representa assim, **mutatis mutandis**, uma recriação do velho censo reservativo para as necessidades industriais do momento. Nem é de causar espécie que esta fórmula tenha sido excogitada justamente num ordenamento jurídico da **common law**, cujas matrizes, como é sabido, são puramente medievais (15).

6. Indica a doutrina, todavia, como origem próxima do **leasing**, os contratos de empréstimo e arrendamento celebrados entre os Estados Unidos e países aliados na segunda guerra mundial.

Face à posição oficial de neutralidade dos Estados Unidos, determinante da adoção da política de **cash and carry**, através da qual exigiam pronto pagamento pelos bens vendidos e seu transporte nos navios dos adquirentes — solução que, de logo, atingia também o resultado de vedar indiretamente as vendas à Alemanha e à Itália, na época sem condições para atender a tais exigências — a França e a Inglaterra, no início da guerra, tiveram de financiar a suas compras de matérias-primas e equipamentos naquele país.

Esgotados os recursos franceses e ingleses no exterior e interessando aos Estados Unidos não apenas manter, mas intensificar os fornecimentos — à vista do desenvolvimento e perspectivas da

(15) Ob. cit., págs. 13/14.

guerra — por iniciativa de ROOSEVELT, anunciada em discurso pronunciado em 6 de janeiro de 1941, foi editado em 11 de março do mesmo ano o **Lend-lease Act**, lei pela qual o governo norte-americano era autorizado a ceder, mediante financiamento, material de guerra a todas as nações cujo fortalecimento militar fosse considerado vital para a defesa dos EEUU. O reembolso desses empréstimos podia ser efetuado inclusive com a devolução do material depois de usado (16).

O processo foi amplamente utilizado no curso da guerra, inclusive em empréstimos e arrendamentos feitos ao Brasil (17).

7. Determinada por motivos políticos e originada no setor público, como relação entre governos, a fórmula, todavia, parece ter inspirado as iniciativas assemelhadas que se seguiram no setor privado, a partir de 1950.

8. Surgindo, dessa forma, nos Estados Unidos da América do Norte ,como instrumento de crédito a médio prazo — quando inúmeras empresas em crescimento, após a guerra, encontravam sérias dificuldades para o levantamento no mercado de capitais dos fundos necessários à sua expansão, o **leasing**, em pouco tempo, passou a ser utilizado também na Europa, particularmente na França, Inglaterra, Itália, Alemanha e Bélgica e, na América Latina, especialmente na Venezuela e México (18).

9. No Brasil, somente em 1967 surgiram as primeiras sociedades tendo por objeto as operações de **leasing**, não sendo muitas, ainda, as existentes.

III — ESPÉCIES

10. Da mesma maneira como se difundiu rapidamente no mundo ocidental, passando a ter importância cada vez mais relevante no volume dos financiamentos, também assumiu formas as mais variadas, num processo cuja dinâmica, ainda hoje — sem

(16) Cfr. FERNAND BAUDHUIN, "Princípios de Economia Contemporânea", vol. II, "A Circulação", Difusão Européia do Livro Ltda., 1966, págs. 252/253.

(17) Cfr. NEWTON C. DE ANDRADE MELO, "Causas e Conseqüências da Participação do Brasil na II Grande Guerra", Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1958.

(18) AFONSO ALMIRO, ob. cit., pág. 5.

que se tenha cristalizado um esquema típico uniforme para as múltiplas operações agrupadas indistintamente sob a mesma denominação — dificulta a própria fixação do conceito jurídico do instituto.

11. Os estudos sobre o tema apontam, como espécies do mesmo gênero, as seguintes modalidades principais: a) **leasing** financeiro **(financial leasing)** b) **leasing** operacional **(operational leasing)**; c) venda-retorno em arrendamento (**lease-back**); d) **self lease.**

12. O **leasing** financeiro, em linhas gerais, é uma coligação de negócios jurídicos através dos quais uma empresa adquire determinado bem, a pedido de outra, para o fim específico de locá-lo a esta em condições previamente estipuladas, dando-o em locação por prazo certo e assegurando, à locatária, a opção de sua compra no término da locação, por um preço residual.

13. O **leasing** financeiro reúne, assim, em princípio, três centros de interesses: a) a locatária ou utilizadora direta do bem recebido em locação com opção de compra; b) a locadora (empresa **leasing**), que adquire o bem, a pedido da locatária e para o fim específico de locá-lo a esta; c) o fabricante ou vendedor do bem.

14. Embora comumente referido, como contrato de **leasing**, aquele celebrado entre partes a locatária e a locadora (locação com opção de compra), para efeito de caracterização do instituto como **fattispecie** autônoma, não pode o mesmo ser dissociado do negócio jurídico da compra e venda, pactuado a pedido da locatária entre a empresa **leasing** e o vendedor do bem.

15. O **leasing** operacional, também chamado simplesmente **renting** ou locação-serviço, é um mero arrendamento de bens móveis a curto prazo (19) ligado a um ou, eventualmente, a mais negócios jurídicos, não apresentando traços distintivos ou características diferenciadoras que o tipifiquem como negócio jurídico autônomo, diverso do arrendamento de bens móveis — apesar de apresentar-se comumente coligado a um contrato de prestação de serviços de manutenção e reparos do bem locado, ou a um contrato de treinamento de operadores do equipamento arrendado etc., assumindo a locadora, ainda, complementarmente, a obrigação do transporte e o ônus do seguro (20).

16. Já a venda-retorno em arrendamento **(lease back)** é a operação pela qual uma empresa vende bens de capital imobilizados à outra (empresa **leasing**), recebendo-os desta, ato contínuo ou simultaneamente, em locação, com opção de compra exercitável após o término do prazo contratual (21).

Através do **lease-back** — que se desenvolveu também rapidamente após a segunda guerra mundial, passando a ocupar setor dos mais importantes nas companhias de financiamento — a empresa passa a dispor de recursos adicionais de capital, ao invés de ativos fixos.

---

(19) "Arrendamentos operacionais, ou a curto prazo, ao invés de compra do ativo, mesmo a um custo substancialmente mais elevado, por unidade de tempo, serão especialmente desejáveis se o arrendatário não tiver muita certeza em relação à necessidade futura do ativo. Essa situação verifica-se freqüentemente em contratos com o Departamento de Defesa. A firma que obtiver uma encomenda não poderá ter certeza de sua repetição no futuro. Se sua execução exigir equipamentos não possuídos pela firma no momento, e que não serão utilizados se não forem recebidas novas encomendas, será vantajoso conseguir os equipamentos mediante um arrendamento operacional. As pequenas empresas de construção obtém a maior parte de seu equipamento pesado, se não a totalidade, graças a arrendamentos operacionais. As firmas de maior porte, ao contrário, possuem equipamento pesado em decorrência de arrendamentos financeiros, visto estarem razoavelmente seguras da necessidade de utilizá-lo durante vários anos, abrangendo, assim, a maior parte de sua vida útil" (**SALOMON J. FLINK** e DONALD GRUNEWALD, "Administração Financeira", vol. 2, Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda., Rio de Janeiro, 1970, págs. 583/584).

(20) Cfr. **FÁBIO KONDER COMPARATO**, ob. cit., pág. 10. O **leasing** operacional, diferentemente do financeiro, é comumente celebrado com a cláusula de que pode ser unilateralmente rescindido pelo locatário, a qualquer tempo, em certos casos mediante curto aviso prévio, quase sempre inferior a trinta dias. Findo o prazo contratual, ou rescindido o contrato, os bens são devolvidos à locadora. O **leasing** operacional vinha sendo largamente utilizado nos Estados Unidos, mesmo antes de 1950. Também no Brasil é adotado há anos, particularmente no arrendamento de máquinas xerográficas, computadores, serviços telefônicos, etc.

(21) Sobre o **lease-back**, cfr. FLINK e DONALD GRUNEWALD, ob. cit., pág. 584.

O arrendamento é pactuado por um período que permite, somados os aluguéis durante o prazo da locação, a cobertura do preço da venda, juros, despesas de manutenção etc., de forma que a opção de compra possa ser exercitada a preço quase simbólico, permitindo à locatária, ao fim do contrato, sem ônus maior, reaver o domínio do bem.

17. O **self-lease,** celebrado entre empresas de um mesmo grupo com personalidade jurídica distinta, consiste na compra de bens imobilizados e sua subseqüente locação à vendedora, de forma a permitir a desimobilização do ativo da locatária sem prejuízo de que continue a utilizar o equipamento alienado.

Tanto quanto o **lease-back**, o **self-lease** corresponde a um processo de desimobilização do ativo da locatária. O segundo, todavia, é sempre pactuado entre empresas do mesmo grupo, o qual permanece, através da locadora, com a propriedade do bem. Por outro lado, enquanto o **lease-back** objetiva assegurar, à locatária, a disposição de recursos adicionais de capital, o **self-lease** — através também da desimobilização do ativo fixo — visa a evitar não ultrapasse este os limites máximos de imobilização permitidos. continuando ela locatária, como na primeira hipótese, a utilizar o bem (22).

Uma vez que os demais não constituem **fattispecie** autônomas, examinaremos neste trabalho apenas o **leasing** financeiro, ou simplesmente **leasing**, com vistas a problemas tributáveis na área dos impostos da competência dos Estados.

IV — OBJETO

18. O **leasing** pode ter por objeto qualquer bem, móvel ou imóvel, suscetível de utilização econômica e que possa ser locado. Necessário, em conseqüência, que a coisa não esteja fora do comércio; tratando-se de bem móvel, que também não seja fungível nem consumível (23). Tendo em vista a função do instituto e a classificação dos bens na orientação da doutrina mais recente, poder-se-ão referir, como passíveis de constituírem objeto do **leasing,** bens produtivos (24).

(22) No que diz respeito à sucessão na posse, esta é transferida à locatária pelo constituto possessório no **lease-back** e no **self-lease** e, posteriormente, readquirida pela locatária, quando exercitada a opção de compra no fim do prazo contratual da locação, pela **traditio brevi manu.** Cfr. ALBERTO TRABUCCHI, "Instituzioni", págs. 397/398.

(23) Cfr. PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Privado", Borsoi, 1962, págs. 35/39.

19. Sendo mais freqüente o arrendamento de máquinas isoladas, têm sido objeto de operações de **leasing,** também, complexos industriais, clínicas médicas equipadas, supermercados com todos seus aparelhos e instalações, mencionando-se até mesmo o caso de uma fábrica, inteiramente construída segundo os projetos da locatária e a esta arrendada pela sociedade financeira por um período de vinte anos (25).

20. O **leasing,** como já foi dito, pode também ter por objeto bens imóveis. Nesse campo, inclusive, oferece extraordinárias perspectivas para a solução de problemas relacionados a grandes empreendimentos imobiliários, tornando exeqüíveis projetos que demandam vultosos investimentos, através da congregação dos interesses de proprietários de imóveis, empresas construtoras, empresas **leasing** e entidades que desejem edificá-los e explorá-los sem que queiram imobilizar os recursos financeiros necessários ou quando deles não disponham.

V — LEASING FINANCEIRO

21. Concebido para atendimento de determinadas exigências ou necessidades da vida econômica no após-guerra — com a função de permitir às empresas a utilização permanente de equipamentos de tecnologia avançada, sem desembolso imediato ou a curto prazo e sem aumento do índice de imobilização: como alternativa para a compra de bens ou como substituto da obtenção de empréstimos — o **leasing** financeiro não se ajusta rigorosamente a qualquer esquema típico unitário consagrado anteriormente pelo Direito Privado (26).

(24) Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, "Teoria Geral do Direito Civil", Atlântida Editora, Coimbra, 1967, págs. 35 e ss.

(25) FÁBIO KONDER COMPARATO, ob. cit. pág. 9.

(26) Tratando da "locação-venda", contrato que talvez mais se assemelhe ao **leasing,** escreve CUNHA GONÇALVES: "Menos difícil de classificar é o contrato em que o dono de coisas móveis, ou mesmo imóveis, as cede a outrem, mediante prestações semanais, mensais ou anuais, em dinheiro, com a cláusula de que, no fim de certo número

22. O surgimento de formas jurídicas novas em cada época, como imposição das transformações da realidade econômica — dando lugar a que, de um instituto, se destaquem outros; a que, do agrupamento de uns, resultem novos; a que contratos, em um primeiro momento atípicos, adquiram, após, tipicidade — corresponde à dinâmica do Direito (27). O advento do capitalismo e a revolução industrial impuseram o surgimento de novas instituições jurídicas (28). A transformação das estruturas econômicas verificada nos dias atuais, a par da revolução tecnológica acentuada sobretudo pelo desenvolvimento da cibernética, está, também, no campo do Direito Privado, impondo o aparecimento de novos institutos.

23. Diversamente do que ocorre em outros países, apesar da crescente importância que vem assumindo, as operações de

---

de pagamentos parciais, o cessionário ficará sendo proprietário dessas coisas. É vulgaríssima, atualmente, esta forma de contratar, desenvolvida pelos norte-americanos, que largamente usam e abusam do crédito e numerosas transações efetuam com pagamentos a prestações; mas, também em Portugal, assim são feitos os negócios sobre máquinas agrícolas ou industriais, principalmente as máquinas de costura Singer, e sobre vagões-reservatórios, automóveis, pianos, mobílias, aparelhos de T.S.E. e até estabelecimentos comerciais e chalets na Costa do Sol (Oeiras e Cascais). ("Tratado de Direito Civil", 1.ª ed. bras., Max Limonad, São Paulo, 1956, vol. VIII, Tomo I, pág. 423) Sobre as "locations-ventes", cfr. COLIN, CAPITANT, LA MORANDIÈRE, "Cours Elementaire de Droit Civil Français", 10.ª, Dalloz, Paris, 1953, 2.º vol., págs. 557/558.

A figura, conquanto guarde grandes afinidades com o **leasing**, não se pode com ele confundir, porquanto neste último o bem locado é adquirido pela sociedade **leasing** a pedido da locatária e para o fim específico de lhe ser dado em locação, integrando a compra e venda, da mesma forma que a opção de compra assegurada afinal à locatária, a coligação de negócios jurídicos.

Assim, para que se configure o **leasing**, é indispensável a existência dessa relação triangular, ou seja, a existência de três centros de interesse distintos, e não apenas dois, como na "locação-venda".

(27) Cfr. FRANCISCO MESSINEO, "Doutrina General del Contrato", trad. arg. Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pág. 381.

(28) Cfr. GEORGES RIPERT, "Aspectos Juridicos do Capitalismo Moderno", Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1947.

leasing não foram submetidas, até agora, entre nós, a qualquer disciplina especial. Da mesma forma, não se encontram submetidas a qualquer disciplina especial as empresas ou sociedades **leasing** (29).

24. Para FÁBIO KONDER COMPARATO o **leasing** é um negócio jurídico complexo, e não simplesmente uma coligação de negócios. Justificando o seu ponto de vista, afirma: "Dizemos não simplesmente porque na verdade o contrato entre a sociedade financeira e o utilizador do material é sempre coligado ao contrato de compra e venda do equipamento entre a sociedade financeira e o produtor. Mas o **leasing** propriamente dito, não obstante a pluralidade de relações obrigacionais típicas que o compõem, apresenta-se funcionalmente uno: a causa do negócio é sempre o financiamento de investimentos produtivos. A sociedade financeira, apesar de proprietária, não tem nunca a posse do material locado e a sua maior preocupação é que ele lhe seja devolvido. A empresa utilizadora do material, por sua vez, apesar de locatária, comporta-se como tendo a sua plena disposição" (30).

Pronunciam-se no mesmo sentido C. J. DE ASSIS RIBEIRO (31) e LUIZ MÉLEGA (32).

25. Escreve, por sua vez, ARNOLDO WALD: "Já se definiu o **leasing** como uma locação a médio prazo de bens de equipamento e essa definição foi julgada inadequada, restritiva e insuficiente. Efetivamente, como vimos, o **leasing** é uma locação, mas não é apenas uma locação pois há no caso a simbiose do contrato locativo com uma operação de financiamento e, eventualmente, uma opção para renovação do contrato ou aquisição do bem pelo preço residual, ou seja, o preço de venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas anteriormente pagas. Acresce que existe uma conjugação no **leasing** entre a compra da mercadoria pela empresa financeira e a locação feita ao locatário. A compra foi feita com a finalidade de oferecer a cliente determinado bem em locação. Assim, os dois contratos

---

(29) ARNOLDO WALD, "A Introdução do Leasing no Brasil", in Revista dos Tribunais, vol. 415, 1970, pág. 13; A. LOPES DE SÁ, ob. cit., pág. 26.

(30) Ob. cit., pág. 11.

(31) Ob. cit., págs. 74/76.

(32) Ob. cit., pág. 29.

formam uma estrutura única complexa e a jurisprudência os considera como contratos conexos com repercussões recíprocas" (33).

26. Consoante a lição de ORLANDO GOMES, o negócio complexo é único: o negócio coligado compõe-se de vários negócios (34). Ou, como escreve VAUDRILO LEAL GUERRA CURADO, invocando as lições de FRANCO DE SABATO e CARIOTA FERRARA, "ocorre a coligação de negócios quando dois ou mais negócios, sem prejuízo da autonomia de estrutura própria de cada um, estão ligados entre si por um íntimo nexo de natureza jurídica, dependendo a validade e a execução de um, unilateral ou plurilateralmente, da validade ou execução do outro" (35).

27. Dentro desse entendimento — ressalvada a diversidade de conceitos e terminologia da doutrina, no que diz respeito ao estudo da estrutura do negócio jurídico — desde que, no leasing, permanece íntegra a estrutura de cada um dos negócios jurídicos que se coligam (36), sendo identificados não um único, mas, na acepção técnica, vários negócios jurídicos, pode ser considerado, quanto à sua natureza, uma coligação de negócios jurídicos. Ademais, tendo em vista a existência, no **leasing**, de negócios jurídicos estruturalmente autônomos, embora coligados, não se pode afirmar que a causa de todos eles, no sentido técnico, é a mesma (37).

---

(33) "A Introdução do Leasing no Brasil", Revista dos Tribunais, vol. 415, pág. 12.

(34) "Introdução ao Direito Civil", Forense, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1965, pág. 256.

(35) "Notas sobre Coligação de Negócios Jurídicos", separata de "Symposium", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, ano III, vol. III, 1961, pág. 1.

(36) CLAUDE CHAMPAUD, citado por FÁBIO KONDER COMPARATO, reconhece no contrato de **leasing** pelo menos cinco relações obrigacionais diferentes, na ordem cronológica do seu aparecimento: uma promessa sinalagmática de locação; uma relação de mandato; uma locação de coisas; uma promessa unilateral de venda; e, eventualmente, uma venda. "Estas relações obrigacionais dizem respeito ao mesmo objeto e surgem no contrato como **essentialia negotti**, não a título acessório" (ob. cit., pág. 10).

(37) Sobre a causa no negócio jurídico, cfr. STOLFI, "Teoria del Negocio Juridico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1959, pág. 41; CARIOTA FERRARA, "El Negocio Juridico", Aguilar, Madri, 1956, págs. 486 e ss.

28. Controvertidos, também, são os pronunciamentos da doutrina brasileira quanto à natureza jurídica da chamada sociedade ou empresa **leasing**.

29. Partindo do argumento de que o **leasing** não é um simples contrato comercial atípico, mas implica na realização de uma operação financeira de aplicação de recursos financeiros, afirma ARNOLDO WALD que as empresas de **leasing** são instituições financeiras, nos termos do art. 17 da Lei n.º 4.595, de 31/12/65, somente podendo funcionar no país mediante autorização prévia do Banco Central (38).

Participando do mesmo entendimento, também FÁBIO KONDER COMPARATO considera a sociedade **leasing** uma instituição financeira típica, ponto de vista que é igualmente acolhido por J. C. SAMPAIO DE LACERDA (39).

30. Em posição oposta, sustenta AFONSO ALMIRO que tais sociedades não são instituições financeiras, uma vez que, em última análise, elas apenas se utilizam dessas instituições para efeito de realizar suas operações (40).

No mesmo sentido escreve LUIZ MÉLEGA: "O **leasing** não é propriamente uma operação financeira, no sentido de subordinar-se ao controle do Banco Central, como prevêem as disposições da Lei n.º 4.595, de 31/12/1964, que dispôs sobre a disciplina das instituições monetárias, bancárias e creditícias do País. Na forma do art. 17 desse diploma legal, consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Como bem esclarece ARY OSWALDO MATTOS FILHO, pelo que se colhe do art. 17 mencionado, três são as atividades que caracterizam uma instituição financeira: a) coleta; b) interme-

---

(38) "A Introdução do Leasing no Brasil", Revista dos Tribunais, vol. 415, pág. 13.

(39) Ob. cit., pág. 9; SAMPAIO DE LACERDA, "Considerações acerca do **Leasing** e sua aplicação no campo do Direito Aeronáutico", **in** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n.º 5, Ano XI, 1972, págs. 127/128.

(40) Cfr. C. J. DE ASSIS RIBEIRO, ob. cit., pág. 75.

diação e c) aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. No arrendamento não aparece nenhuma das três fases, visto que não há coleta e nem intermediação junto ao público: na espécie o que ocorre é a apresentação de um plano-proposta para arrendamento de determinado bem, o qual é adquirido pela empresa **leasing** que o passa ao industrial a título de locação, sendo o dinheiro para tal aquisição levantado em instituição financeira. Esta última, a instituição financeira, é que sofre o controle do Banco Central. A empresa arrendadora efetua simples operação comercial, à semelhança do que ocorre com qualquer locador de bens móveis ou imóveis" (41).

31. No momento presente as empresas **leasing** operam livremente em nosso país, sem que estejam sujeitas a quaisquer das exigências especiais de controle estabelecidas para as instituições financeiras (42).

À falta de disciplina legal nem mesmo estão obrigadas a atuar apenas nesse setor, o qual permanece aberto a quaisquer outras que nele desejem operar, ainda que simultaneamente com outras atividades.

VI — LEASING E ICM

32. Se, como foi exposto, não são uniformes as opiniões na doutrina brasileira relativamente a problemas fundamentais como o da própria conceituação jurídica do instituto ou o da definição da natureza jurídica das empresas ou sociedades **leasing**, maiores controvérsias têm surgido no campo tributário, sobretudo — no que se inscreve nos limites deste trabalho — quanto à incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias.

33. Negando a incidência do ICM sobre as operações de **leasing**, após tecer diversas considerações sobre o assunto, escreve LUIZ MÉLEGA: "Em conseqüência do que foi exposto nos itens 4 a 4.2, parece limpo de dúvidas o fato de que não incide nas operações de leasing o ICM, já que esse instituto, modalidade que é de arrendamento ou locação de bens está incluído, no que tange aos bens móveis, no item 52 da Lista que acompanha o Decreto-Lei n.º 834, de 8/9/1969, para sofrer a incidência do ISS,

(41) Ob. cit., pág. 30.

(42) A. LOPES DE SÁ, ob. cit., pág. 26.

o que, nos termos do § 1.º do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/1968, exclui o aludido ICM" (43).

34. Em sentido contrário, embora divergindo quanto à base de cálculo do imposto, opinam FERNANDO A. BROCKSTEDT (44) e GLAUCIO VEIGA (45). Sem afirmar categoricamente, parece também inclinar-se por esta solução ARNOLDO WALD (46).

35. Inexistentes, ainda, normas legais disciplinadoras da matéria e permanecendo o **leasing** como **fattispecie** ainda não caracterizada em termos precisos, quer se lhe atribua a natureza de um negócio jurídico complexo (47), quer se reconheça, na figura, a existência de contratos conexos de locação e compra e venda, embora com uma estrutura única complexa (48), quer, ainda, seja entendido como uma coligação negocial, sob nenhuma dessas perspectivas pode ter, face à legislação em vigor e consideradas as diversas operações agrupadas no instituto, tratamento fiscal unitário — muito embora já se haja afirmado estar sujeito, apenas, ao Imposto Sobre Operações Financeiras (49), ou ao Imposto Municipal Sobre Serviços (50).

36. Não sendo o **leasing**, como um todo, na legislação vigente, hipótese de incidência autônoma e uma vez que os diversos negócios jurídicos que se agrupam ou se coligam sob essa denominação não podem ser reduzidos a uma mera operação financeira ou a uma simples locação de bens móveis — não há cogitar de incidência do IOF ou do ISS, excludente da incidência do ICM ou do Imposto de Transmissão, quando, nos termos previstos na lei, a par de outras operações, ocorram também fatos geradores desses tributos.

(43) Ob. cit., pág. 39.

(44) "O ICM", Porto Alegre, 1972, pág. 89.

(45) "Leasing e Tributação", Legislação Nordestina, Boletim Semanal n.º 114, Ano III, págs. 78/79.

(46) "A Introdução do Leasing no Brasil", **in** Revista dos Tribunais, vol. 415, 1970, pág. 14.

(47) FÁBIO KONDER COMPARATO, ob. cit., pág. 11.

(48) ARNOLDO WALD, "A Introdução do Leasing no Brasil", **in** Revista dos Tribunais, vol. 415, pág. 12.

(49) "Leasing: aspectos de sua problemática", Instituto dos Advogados de Pernambuco, Recife, 1973, pág. 48/50.

(50) Cfr. LUIZ MÉLEGA, ob. cit., págs. 38/39.

37. Assim, estará sujeita à incidência do ICM a operação correspondente à venda de mercadoria efetuada pelo fabricante ou vendedor à empresa **leasing** (51).

38. Da mesma forma, se verificada afinal a compra do bem pelo locatário, conforme opção assegurada no contrato, incidirá novamente o ICM (52).

39. Se a venda efetuada pelo fabricante ou vendedor à empresa **leasing** não oferece maiores dificuldades, subordinando-se a operação à regra geral, os problemas maiores surgem quando o locatário exercita a opção de compra prevista no contrato, no tocante à fixação da base de cálculo do ICM.

40. Pretendem alguns que, nessa operação, a base de cálculo do ICM seja o valor residual da mercadoria, ou o preço residual ajustado pelas partes (53).

41. Excluir-se-ia, assim, de logo, do valor da operação, as parcelas pagas pelo locatário-adquirente a título de aluguel, desde que a locação de bens móveis estaria sujeita à incidência do ISS.

42. Poderá ser objetado, todavia, entre outras razões, que, independentemente de previsão legal, a base de cálculo do ICM em nenhuma das duas hipóteses terá correspondência com o valor da operação, ou com a sua expressão econômica, a partir do fato de que, no **leasing**, "os aluguéis são mais altos que os existentes na locação comum, pois visam garantir, em prazo contratual determinado, a amortização do preço do equipamento acrescido dos custos administrativos e financeiros e do lucro da companhia de **leasing**" (54).

---

(51) FERNANDO A. BROCKSTEDT, ob. e loc. cits.

(52) FERNANDO A. BROCKSTEDT, ob. e loc. cits.; GLÁUCIO VEIGA, "Leasing e Tributação", Legislação Nordestina, Boletim Semanal n.º 114, 1970, págs. 78/79.

(53) GLÁUCIO VEIGA, "Leasing e Tributação", Legislação Nordestina, Boletim Semanal n.º 114, 1970, págs. 78/79.

(54) ARNOLDO WALD, "A Introdução do Leasing no Brasil, in Revista dos Tribunais, vol. 415, pág. 12.

43. Inexistente relação de pertinência entre a base de cálculo adotada e o fato gerador do ICM, a inadequação resultante acarretaria a própria distorsão do fato gerador, desnaturando o tributo.

44. Por outro lado, a adoção de quaisquer daqueles critérios poderia representar um estímulo à evasão tributária, com sensíveis prejuízos para a receita dos Estados. Como observa OSWALDO MATTOS FILHO, "se tributarmos somente o montante pago a título de compra e venda, vários estabelecimentos industriais poderiam criar departamentos especializados em operações de **leasing**. Como o valor de venda é muito inferior ao valor do bem, o erário sairia e muito prejudicado. Se agregarmos a este fato a possibilidade de venda de ativo usado no giro negocial, após um ano de uso, com reaproveitamento dos créditos do ICM, teremos que a situação se tornará ainda mais embaraçosa em termos de quebra de arrecadação" (55).

45. Problemas semelhantes surgiram ao tempo do imposto sobre vendas e consignações, relativamente à venda de bens móveis, sobretudo de eletrodomésticos, celebradas sob a forma de locação com opção de compra, assegurada ao locatário, mediante o pagamento da última prestação dita locatícia.

Coincidente também é o fato verificado na Alemanha, a que se reporta AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO, do contribuinte que, para fugir ao imposto sobre vendas, pactuou a locação de um automóvel assegurando, ao locatário, preferência para a compra do veículo, por um preço determinado, ao fim do prazo contratual (56).

Daí porque, também, como lembram COLIN e CAPITANT, a jurisprudência francesa se inclina a considerar as "locations--ventes" como vendas simuladas, quase sempre celebradas sob essa forma com o objetivo de fraudar o Fisco (57).

46. Sob a denominação de **leasing** ter-se-ia, então, na verdade, venda a prazo ou financiada, beneficiando-se o adquirente do bem, com prejuízo para os Estados, da diferença entre as alíquotas do ICM e do ISS.

---

(55) Ob. e loc. cits.

(56) "Fato Gerador da Obrigação Tributária", Edições Financeiras S. A., Rio de Janeiro, 1.ª ed., 1964, pág. 72.

(57) Ob. cit., págs. 557/558.

47. Nesses casos, atendendo-se a que o contribuinte, adotando forma jurídica inadequada, inequivalente com a realização econômica, visou, efetivamente, a provocar a evasão do tributo, será irrecusável admitir que a base de cálculo do ICM, consoante a regra geral, será o valor da operação — incluídas as parcelas pagas a título de aluguel — e não o valor residual do bem, ou o preço residual ajustado no contrato (58).

VII — LEASING E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

48. Quando o **leasing** tiver por objeto bem imóvel, o imposto de transmissão incidirá quando da compra do bem pela empresa **leasing.**

49. Incidirá, igualmente, se o locatário, afinal, comprar o imóvel à empresa **leasing,** exercitando a opção assegurada no contrato.

50. A base de cálculo do imposto será o valor venal do imóvel.

VIII — CONCLUSÕES

51. A exposição feita evidencia, por si só, a necessidade de disciplinamento do **leasing,** de forma a evitar que a distorção de suas finalidades possa vir a comprometer a própria eficiência do instituto, como instrumento válido para o incremento das atividades empresariais no país.

52. Tendo em vista o ritmo de crescimento das operações de **leasing** e as perspectivas que oferece, o imediato disciplinamento da matéria interessa não apenas às empresas que operam no setor ou que se podem beneficiar com essas operações, mas, igualmente, no resguardo de sua competência impositiva e das respectivas receitas, à União, aos Estados e aos Municípios, tendo em vista as peculiaridades do instituto e os problemas que apresenta no campo tributário.

53. Se a disciplina a ser editada deve assegurar condições para a expansão do **leasing,** evitando o seu asfixiamento por um tratamento tributário inadequado, deve, também, estabelecer um regime fiscal que impeça possam as operações vir a ser transformadas em instrumento de evasão tributária, para o que será também de importância fundamental o controle das empresas de **leasing,** que somente deverão poder atuar nesse setor.

54. Inexistente, ainda, essa disciplina, face à legislação em vigor, concluímos, em síntese, que:

a) Inexistente disciplina legal nesse sentido, as diversas operações integrativas do **leasing** não podem ter tratamento fiscal unitário e autônomo, como se correspondessem unicamente a uma operação financeira ou a uma mera locação.

b) Estão sujeitas à incidência do ICM as operações de circulação de mercadorias resultantes das vendas efetuadas pelo fabricante à empresa **leasing** e, por esta, à locatária, quando a última exercitar a opção de compra assegurada no contrato.

c) A base de cálculo do ICM, quando da venda do bem pela empresa **leasing** à locatária-adquirente, será não o valor residual da mercadoria, ou o preço residual fixado pelas partes, mas o valor total da operação.

d) Quando o **leasing** tiver por objeto bem imóvel, o imposto de transmissão incidirá quando da compra do mesmo pela empresa **leasing** e, novamente, se o locatário o adquirir afinal, exercitando a opção assegurada no contrato.

e) A base de cálculo do imposto de transmissão será o valor venal do imóvel.

---

(58) FERNANDO A. BROCKSTEDT, ob. e loc. cits.

(*) Tese apresentada no V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, levado a efeito em Caxias do Sul — RS., nos dias 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 1973.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DO URBANISMO

Sérgio Ferraz (*)

O temário em torno do qual hoje nos reunimos comporta um número infindável de abordagens. E suscita, ademais, uma série sem conta de escolhas e eleições, tal é a riqueza de seu enunciado. De pronto, ademais, depreende-se de sua leitura que nele se contém todo um território imenso, em extensão e relevância, do Direito Público.

Tendo em vista exatamente todas essas características, decidimos imprimir às considerações que seguem uma diretriz diversa da habitualmente adotada. Como o temário proposto englobe institutos seguramente bem conhecidos, em suas linhas mestras, nossa exposição, na tentativa de fugir à rotina, renunciará a qualquer propósito didático. Assim, nossa preocupação não será a de fixar os conceitos jurídicos genéricos dos institutos a serem focalizados, mas sim o seu exame como instrumentos de Direito Urbanístico.

Teremos que assentar, como primeiro tópico, pelo menos para que tenhamos uma linguagem comum, em torno da qual possamos dialogar, um entendimento do que seja o Estado, até porque, na formulação do tema, aparece, de imediato, o problema do domínio eminente do Estado, e as formas de intervenção na propriedade privada.

Não nos vamos alongar e nem nos deter demoradamente sobre o que seja o Estado, sobre os fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos do Estado. Adotaremos definição conhecidíssima de todos nós e que vai nortear inclusive instrumentalmente esta palestra. Voltando aos sempre atuais JÈZE e DUGUIT, conceituaremos o Estado como prestador de serviços. É essa a concepção que vai nortear toda esta exposição. O Estado tendo não só como finalidade, mas também justificativa de sua existência, a prestação de serviços.

(*) Procurador do Estado da Guanabara.

No contexto de instrumentos para a prestação de serviços aparecem, então, vários da maior relevância e que permitem, por seu turno, uma tipificação ou uma subtipificação realmente interminável. Nesse contexto de instrumentos de prestação de serviços vai-se inserir, necessariamente, a intervenção na propriedade privada, intervenção essa que receberá os balisamentos que serão — ainda que sumariamente — anunciados aqui, e que se concretiza apenas por motivação de natureza política, mas que é sobretudo informada de um potente conteúdo teleológico, que é a prestação de serviços. Essa intervenção só se justifica, realmente, na medida em que habilita o Estado a realizar as finalidades para as quais existe, para as quais foi criado, para as quais pode ser justificado conceptualmente.

Sabem vocês — sabemos todos nós — que o Estado, necessariamente, para a realização de seus fins, está dotado de uma série de potestades. Essas potestades podem ser, de maneira mais ampla, enunciadas sob o conceito de soberania. A soberania projeta-se em dois planos. No plano externo (que não nos interessa no momento abordar) e no plano interno. Hoje vai nos interessar abordar a soberania projetada no plano interno, porque exatamente como manifestação e tradução de uma das formas de execução concreta dessa potestade de soberania interna aparece a figura do domínio eminente.

O que é o domínio eminente? Trata-se de assunto amplamente estudado na doutrina. Apenas, para abreviar, podemos assentar uma definição, a partir da qual podemos todos chegar ao desdobramento da palestra. Entenderemos então o domínio eminente como o poder amplo de disposição do Estado, sobre tudo aquilo que existe no seu território, para a realização de seus fins. O poder eminente será exatamente uma das frações, uma das parcelas pelas quais se manifesta a soberania interna estatal. Esse poder de disposição sobre todas as coisas é um poder político, não é um poder jurídico. Ele se balisará pela Constituição, pelas leis. Aparecerão, então, várias manifestações particulares efetivas e concretas desse domínio eminente, desse poder político. Mas elas só existirão na medida em que realmente balisadas pela lei e pela Constituição. O Estado, por isso que pode avaliar, politicamente, os instrumentos, as ocasiões, as formas e os limites da sua intervenção na propriedade privada, informada por todos aqueles conceitos políticos que regem a sua vida, só poderá, entretanto, efetivá-los dentro dos parâmetros que forem juridicamente consagrados e consignados para o exercício efetivo desse domínio eminente. Ele só poderá intervir na propriedade privada, informado sim, fundamentado sim no seu domínio eminente. Mas a partir

apenas e eficazmente do momento em que esse domínio de natureza política se tem transformado numa solução de ordem jurídica, balisado pelas leis e balisado pela Constituição, balisado, enfim, por tudo aquilo que rege não apenas a atividade privada mas também a atividde pública e estatal. Tudo aquilo que, tradicional e classicamente, se fundamentou no domínio eminente constitui fruto de equívocos. Os tratadistas mais antigos vão buscar no domínio eminente a justificação da desapropriação, e ainda no domínio eminente todos os institutos de intervenção na propriedade privada: a requisição, a ocupação, as limitações de natureza administrativa, as servidões administrativas. Enfim, todos esses dados que concretizam a intervenção estatal na propriedade privada, classicamente são justificados à luz do conceito do domínio eminente. Isso constitui capítulo histórico, de sabor ultrapassado para quem quer que seriamente se dedique a um exame jurídico dos instrumentos de intervenção estatal na propriedade privada. Nenhum desses instrumentos será válido, por mais radical que seja, se não tiver realmente, aprioristicamente pré-traçada a sua efetiva fórmula de realização, se não tiver já pré-regrados, no mundo jurídico, os seus meios efetivos de concretização. Não se atenham apenas à desapropriação, que até, à primeira vista, para quem não afeito aos problemas jurídicos, parece, de plano, realmente pautar-se por um enquadramento estritamente jurídico: uma declaração de utilidade pública, um processo de natureza jurisdicional, uma sentença e uma série de providências daí decorrentes. Pensem numa ocasião de guerra ou numa situação de emergência e imaginem uma requisição militar ou requisição civil. Ela se concretiza, não como manifestação do domínio eminente, mas sim como manifestação de uma possibilidade jurídica, consignada na Constituição, como uma concreção desse domínio que era de natureza política, para uma particularização de natureza jurídica. É o Estado-de-direito vigorando em toda a sua plenitude, é o Estado-de-direito vigorando até mesmo nos momentos mais radicais. Dentro de uma normalidade mínima, a atuação estatal há de pautar-se, necessariamente, por parâmetros jurídicos. E por mais radical que seja, há de ter, necessariamente, um assento de ordem jurídica.

Todas as formas de intervenção do Estado na propriedade privada constituem manifestações não do seu domínio eminente, mas manifestações do seu poder jurídico, de uma possibilidade jurídica que foi montada através de instrumentos de criação da norma jurídica. E só assim podem e devem ser compreendidas e só assim serão realmente legítimas, só assim poderão levar a conseqüências jurídicas.

A intervenção na propriedade privada é um dos instrumentos, enfim, de atuação do Estado como prestador de serviços. Evidentemente, o Estado pode executar os serviços, para que foi criado, diretamente. Pode executar através dos seus órgãos centrais, dos descentralizados, de órgãos integrantes da chamada administração indireta. Pode caminhar, numa segunda etapa, para uma realização de natureza negocial, através de atos de permissão, concessão, contratação. Pode abandonar todo esse panorama e, segundo parâmetros jurídicos, intervir na propriedade privada, desde que o interesse público justifique essa modalidade de intervenção. Tem o Estado, portanto, um amplo leque de opções para a realização dos serviços aos quais se dedica e está, necessariamente, obrigado.

A nossa Constituição consigna, no art. 153, § 22, a regra que é o assento jurídico básico de todas as formas de intervenção na propriedade. Todos nós conhecemos suficientemente essa regra. Mas continua ser útil sempre e sempre repeti-la textualmente. "É assegurado o direito de propriedade, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao desapropriado aceitar o pagamento em títulos da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior". Nesse artigo estão assentadas, algumas expressamente outras implicitamente, todas as modalidades possíveis de intervenção do Estado na propriedade privada. Nesse artigo está assentado o remédio máximo, que é a desapropriação, que é o despojamento do domínio privado compulsório, por força de indenização. E por isso que está previsto inclusive o máximo, também o mínimo está implicitamente previsto; como uma servidão, que é a imposição de determinado ônus a uma propriedade privada, em razão do interesse público; como a ocupação, que é a utilização provisória de determinado bem privado imprescindível para a realização de uma obra, de um serviço público ou para a concretização de determinada medida de interesse público; ou como a requisição, quer seja civil, quer seja militar, que se justificarão em situações emergenciais, aliás no próprio final do § 22 do art. 153, expressamente referidas.

A desapropriação está, conceptualmente, e também jurisprudencialmente, com o seu contorno praticamente delimitado. Não se tem mais grande dúvida quando há que se definir o que seja a desapropriação. As antigas discussões, hoje meramente de sabor clássico, se havia, no caso, uma compra-e-venda, se se tratava de uma aquisição originária, aquisição derivada, enfim toda uma série de dados hoje não apresenta maior relevância, exatamente em razão da evolução dos estudos jurídicos sobre o tema. Podem ser, de pronto, pois, abandonadas por nós. Podemos partir de um conceito que hoje é pacificamente aceito, no qual a desapropriação surge como um instrumento de despojamento de propriedade privada, transferência compulsória e coativa da propriedade privada para o patrimônio público, apenas e unicamente se há um interesse público que a enfoque; interesse público que se apresenta tripartido, na clássica fórmula da necessidade pública, da utilidade pública e do interesse social e que aqui, por mera facilidade de dados, resolvemos resumir sob a expressão global de interesse público.

Caracterizadas quaisquer das fórmulas de interesse público constantes da referida tripartição, algumas das quais casuisticamente anunciadas, e outra na qual o interesse social está legalmente definido, caracterizadas quaisquer dessas justificativas **e só se caracterizadas quaisquer dessas justificativas,** pode-se operar a transferência da propriedade privada para a propriedade pública, através do competente processo. Impõe-se, agora, focalizá-la à luz do direito urbanístico. É preciso agora que tenhamos em mente que ela constitui realmente um instrumento de realização do direito urbanístico. Como surge a desapropriação como um meio para o qual o urbanismo recorrerá, na realização de suas finalidades, para o qual o cultor do direito urbanístico recorrerá quando tiver que resolver determinado problema de direito urbanístico que lhe seja proposto?

A desapropriação, sob o ponto-de-vista clássico, não oferece, para o urbanista, ou para o cultor do direito urbanístico, maiores peculiaridades. Ela aparecerá quando, caracterizada a sua necessidade, caracterizada a sua oportunidade, tornar-se imprescindível em face de um interesse público, informado por uma conotação urbanística. A qualquer momento a municipalidade, o Estado ou a União, qualquer ente do direito público, em face de determinado interesse urbanístico, necessita de um certo bem que está inserido na propriedade privada, no domínio privado; recorrerá, se necessário for, em último grau, em última etapa, à desapropriação. Até aí estamos em face realmente de um caso rotineiro, de uma hipótese simplesmente corriqueira de intervenção que poderá, esporadicamente, ser ou não informada por um interesse de natureza urbanística. Mas a própria lei de desapropriação

apresenta, em várias de suas passagens, instrumentos que são da maior valia em face exatamente das finalidades do direito urbanístico.

Vamos dar um destaque especial a um deles, muito pouco usado inclusive na prática, entre nós. Facilmente, vários dos senhores já concluíram que vou tratar da chamada desapropriação por zona ou desapropriação extensiva, prevista no art. 4.º do Decreto-lei 3.365. Esse instrumento de excepcional valia mostra a atualidade dessa Lei: o Decreto-lei 3.365, já passado tanto tempo, quase 30 anos de sua edição, continua a ser, em vários de seus pontos, um documento ainda impecável. Realmente ele sofreu, no curso do tempo, necessariamente, vários embates. Na verdade necessitou de várias atualizações, modificações e adaptações, no curso do tempo. Mas, em certos tópicos, esse diploma ainda se reveste de uma qualidade até de pioneirismo.

Quando se pensa em termos, então, de desapropriação por zona, é que se pode realmente examinar como o nosso legislador, haurindo, é claro, a experiência do direito comparado, foi realmente um pioneiro e lançou um remédio revolucionário até sob o ponto-de-vista urbanístico. E como esse remédio tem sido utilizado até aqui pelas municipalidades, pelos Estados e pela União!

Que é a desapropriação por zona? O art. 4.º textualmente diz que a desapropriação poderá abranger a área contígua, necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em conseqüência da realização do serviço. Aparece, portanto, no art. 4.º, a possibilidade deferida ao administrador de, em face da realização necessária de um plano urbanístico, não atingir, com a sua iniciativa, tão apenas aquela determinada porção ou fração física, sobre a qual irá ser realizado realmente o programa urbanístico, ou a obra que se reveste de interesse urbanístico. Que prevê esta lei? Um notável instrumento, praticamente de financiamento da obra pública. E vejam como isso é atual: uma das maiores preocupações dos juristas e economistas de nossos dias, que é a busca de instrumento de financiamento da atividade pública, já estava no nosso quase vetusto Decreto-lei n.º 3.365. Vejam como o legislador previu que a atividade pública traria, necessariamente, valorização de terrenos contíguos; que a atividade pública, que já contivesse em si uma previsão de expansão, poderia legitimar uma declaração de utilidade pública e um procedimento expropriatório a atingir inclusive essas parcelas de periferia ou parcelas contíguas àquelas que serviram de suporte físico efetivo à realização da obra, à realização do empreendimento urbanístico. Assim, teve realmente o legislador extraordinária visão, ao prever não apenas o desembolso inicial que todo processo expropriatório traz,

mas inclusive os reflexos, para a economia urbana, que acarretaria a realização daquele empreendimento, possibilitando, inclusive ao poder expropriante, apossar-se pelos meios legais, de todos esses bens e revendê-los posteriormente, como um instrumento de financiamento da obra pública. Como isso tem sido pouco utilizado!

Fica, aí, um primeiro desafio a todos nós: difundir, em cada uma das frações do poder público em que integrados, a validade da idéia da desapropriação urbana. No nosso Rio de Janeiro, a abertura da Avenida Presidente Vargas, aquele corte que foi um veio novo de progresso, de fluição de tráfego, de criação de novas perspectivas econômicas, a derrubada daquelas ruas pequenas, de casas apertadas, de pequenos sobrados, tudo isso só foi possível através do instrumento da desapropriação por zona. Isto, que foi feito com uma visão realmente pioneira e notável, ficou estiolado no tempo. Quando o nosso Estado se utilizou novamente da desapropriação por zona, como instrumento efetivo de realização de financiamentos da obra pública? A resposta é nunca mais. Não por falta de assessoria. Não por falta de sugestão ou de idéias, mas por uma timidez injustificável. Através da desapropriação por zona, o que se está fazendo realmente é reparar, adequadamente, o patrimônio público, de uma obra que não reverteu tão exclusivamente em benefício do Estado, como realizador de serviços, mas de uma obra que tem interesse urbanístico. Quando o Estado caminha para uma desapropriação por zona, o pressuposto essencial dessa desapropriação por zona é uma valorização de uma zona, uma passada de gigante, em termos de concretização efetiva de finalidades urbanísticas. Quando o Estado abriu essa Avenida Presidente Vargas, abriu também, à medida em que ia rasgando aquelas ruas, todo um novo polo de atividades econômicas de interesse da mais alta conotação urbanística. É preciso que todos nós tenhamos em mente isso: a desapropriação por zona constitui um precioso instrumento não-inflacionário e não-tributário de realização de fins urbanísticos. Constitui, talvez, o mais avançado, o mais conotado possível de todos os casos e de todas as hipóteses de efetivação do poder de desapropriar, que existe. A desapropriação por zona é, mais do que qualquer outra, aquela que mais de perto se encontra informada, na sua própria natureza, de uma marcante preocupação urbanística.

Caminhemos, entretanto, adiante. E antes de lançar um segundo desafio, façamos a introdução de um outro tema: conservação ambiental. Até aqui, no Brasil, o problema da conservação ambiental tem tido um tratamento que se cinge a duas abordagens: ou se faz uma abordagem tecnológica do problema (e aí aparece a medicina, a engenharia, a arquitetura etc.), ou se faz

uma abordagem jurídica de natureza penal: é quando surge todo um mecanismo sancionatório, de repressão ou de punição aqueles que, de qualquer maneira, se apresentam como agentes de ofensa à conservação ambiental.

Vamos agora, então, partir para o segundo desdobramento, feita essa abordagem. Todos já ouvimos falar, com maior ou menor amplitude, na expressão **direito ecológico**. Fala-se hoje em dia com grande facilidade, realmente, de um direito ecológico. Algumas Faculdades cogitam, inclusive, da integração, como disciplina facultativa, do direito ecológico nos currículos. Que seria esse direito ecológico? Esse direito ecológico necessariamente não se apresenta como uma disciplina autônoma, pelo menos até aqui. Por enquanto, os expositores do tema ainda não conseguiram formular princípios próprios, institutos peculiares, enfim instrumentos que sejam realmente do domínio dessa nova disciplina, a fim de justificar uma autonomia possível desse novo ramo do direito. Então, temos de abordar uma definição, atentos a essa peculiaridade.

Trata-se talvez de uma especialização. Trata-se talvez de uma preocupação, especialmente conotada do direito. Mas ainda não é um ramo autônomo dessa grande árvore jurídica. De toda maneira há que se entender, o direito ecológico, dentro desse parâmetro em que ele é hoje abordado, como sendo um conjunto de regras e princípios que visam a disciplinar o comportamento social, com vistas à conservação ambiental. É o direito que irá capitular as regras que irão reger os comportamentos individuais e sociais, que terão por finalidade a manutenção, a preservação da sanidade ambiental.

Quem escreve sobre o assunto entre nós, em geral, costuma apresentar o direito ecológico como uma subdivisão do direito urbanístico. Aparece, então, dentro do complexo de disciplina ou do complexo de setores, que integrariam o direito urbanístico, o direito ecológico.

Vamos, então, ainda como pressuposto do segundo desafio, lançar, desde já, uma posição de inconformismo. Não aceitamos essa colocação: continente, conteúdo; direito urbanístico, direito ecológico. Achamo-la justificada talvez, em face do direito brasileiro e da realidade brasileira, que é aquela em que a tecnologia está concentrada na cidade, nos agrupamentos urbanos. A tecnologia ainda não chegou ao campo. Então, aí ainda não há momento, nem madureza necessária para se falar em conservação ambiental. O ambiente se conserva, espontaneamente ainda, no campo. É verdade que há queimadas e uma série outra de fenômenos que realmente necessitarão, no seu devido momento, de

um trato mais sistemático do que aquele que hoje recebe. Mas o fato é que a tecnologia, entre nós, ainda não chegou ao campo. E, porque ainda não chegou ao campo, o direito ecológico aparece, para quem trata do assunto, como um determinado ramo do direito urbanístico. Entendemos o problema de maneira inteiramente diversa. Até, para nós, o direito urbanístico é uma subdivisão do direito ecológico. Até, para nós, o que existe é um direito ecológico subdividido em: direito ecológico urbano e direito ecológico rural. E cremos que essa realidade vai-se tornar, cada dia, mais patente, à medida em que o campo receber a tecnologia, à medida em que as cidades se expandirem, à medida em que, o que hoje são as grandes cidades, as grandes regiões metropolitanas dêem afinal causa ao fenômeno da conurbação. Imaginem amanhã, daqui há 10, 20 ou 30 anos, o grande Rio e o grande São Paulo, por uma tendência absolutamente inarredável de expansão, se encontrando. Está formada aí uma monstruosa megalópole.

Nesse momento, evidentemente, o direito ecológico terá que manifestar as suas preocupações sobre vários aspectos, pois terá de contribuir para assegurar a vida sã da cidade, bem como as áreas verdes em torno daquelas cidades. Terá de preocupar-se com a vida rural, dentro daquela conurbação. Então, o direito ecológico irá presidir todos os fenômenos que vão manifestar-se dentro daquele grande, novo e gigantesco complexo de interesses e de direitos que está começando a surgir.

Essa apresentação suscita e sugere uma nova definição, já de curso bem acolhido na doutrina européia: o direito urbanístico é o conjunto de regras e princípios, destinados a disciplinar a vida dos grupos humanos, sejam eles concentrados ou esparsos. O direito urbanístico não é o direito da cidade, e sim dos agrupamentos humanos. Com isto já se dá vestimentas jurídicas ao fenômeno da conurbação. Mais adiante, o campo vai também se apresentar com uma concentração de habitantes ponderável. Posteriormente, o campo e a cidade se encontrarão. Aquela velha máxima medieval de que se respira, na cidade, o ar da liberdade, terá que ser, necessariamente, reformulada, porque não haverá mais cidade e campo estanques. Haverá civilização ou mato. E não vai haver possibilidade de um outro enfoque. Haverá civilização ou haverá deserto, mas o homem, necessariamente, estará com a sua vida colocada dentro de grandes agrupamentos, dentro de grandes concentrações e há que se pensar, necessariamente, em termos de direito, já com uma certa previsão quanto à possibilidade de não tornar as nossas vestes jurídicas absolutamente vencidas por esse fenômeno que é gradativo. Aliás, ele não vai acontecer de repente, pois está ocorrendo em nossos dias. Ele

acontece a cada dia, mas, como acontece muito perto de nós e como não há ainda um senso de temporalidade, estamos com um certo véu lançado diante dos nossos olhos. E quando véu se levantar? É preciso que a nossa roupagem jurídica já seja maleável, esteja preparada para todos esses fenômenos que em mais alguns poucos decênios, talvez em menos decênios do que pensemos, estarão caracterizados. Impõe-se que já tenhamos os instrumentos jurídicos necessários para enfrentar esse tipo de fenômenos. Aí, todos nós, cultores do direito urbanístico, todos nós funcionários de municipalidades, procuradores de autarquias, procuradores de Estados, arquitetos do poder público, engenheiros do poder público, sanitaristas, vamos ter que pensar nessa nova colocação, nesse novo desafio. Por que pensar só então? Por que não lançarmos bases desde já para que possamos enfrentar esse fenômeno, quando ele se apresentar?

Imaginemos o seguinte: hoje estamos aqui, tranqüilamente colocados numa sala confortavelmente refrigerada. Para os nossos padrões de ciência, tal como hoje se entende, estamos dentro de um ambiente razoavelmente são. A ciência, daqui há vinte anos, progride, e chega à conclusão de que o gás que se usa no ar refrigerado é altamente tóxico. Chega à conclusão de que seus efeitos são sentidos 40 ou 50 anos depois. Ou suponhamos que o nosso aparelho de televisão, a nossa antena de televisão, que capta determinados tipos de ondas, se apresenta, daqui há algum tempo, realmente como um instrumento gravemente poluidor, e ofensivo à nossa sanidade ambiental. E, como tal, admitamos que vários outros exemplos são possíveis: os nossos ares estão entrecruzados de ondas de rádio e de televisão, uma série de radiações de vários tipos, algumas já conhecidas, outras desconhecidas, algumas naturais, outras provocadas pelos homens. Tudo isso obedece, hoje, a um certo regramento, que, dentro de anos, se pode revelar absolutamente absurdo. Todo esse panorama de radiações poderá parecer, ao cientista de mais trinta anos, como tendo sido um suicídio que esta geração estaria praticando. Teremos de criar instrumentos para prever isso.

Hoje estamos todos informados, sob o ponto-de-vista econômico, de uma preocupação imensa pelo fenômeno da industrialização, que é inclusive a pedra de toque canalizadora dos chamados incentivos fiscais. Tudo se faz em busca da realização, cada vez mais maciça, da industrialização. Por enquanto, busca-se realmente colocar essas indústrias nos lugares onde elas são, sob o ponto-de-vista do desenvolvimento econômico, mais necessárias. E já se cerca a construção dessas novas indústrias de uma série de cuidados, que a tecnologia recomendou para a conservação

mais ou menos razoável da sanidade ambiental. Então, suponhamos que hoje se autoriza a construção de um grande empreendimento industrial, no Rio de Janeiro: uma fábrica, um estabelecimento industrial da mais alta importância para a economia do Estado, absolutamente sob o nosso padrão de ciência, sob o padrão de ciência de nossos dias, insuscetível de ofender a sanidade ambiental, ou, se suscetível de fazê-lo, com uma possibilidade de aplicação de mecanismos vários de correção, de prevenção, filtros etc. Passados 30 anos, descobre-se que ela é um agente poluente da maior gravidade. Que faremos, que instrumentos jurídicos já teremos de começar a consagrar para enfrentar o problema? Vamos caminhar para uma desapropriação rotineira, da Lei 3.365, pagando onerosissimamente o desfazimento da propriedade privada para, em razão do interesse público, legitimar a transposição do domínio da propriedade privada para o Estado? Como iremos regrar a intervenção do Estado, em face dessas preocupações de natureza ambiental, a fim de que os nossos instrumentos jurídicos não se revelem ultrapassados, quando as novas preocupações necessariamente nos alcancarem?

Em primeiro lugar, achamos que será imprescindível redimensionar o conceito de serviço público. Este é mais um desafio para todos nós. O conceito de serviço público terá de ser revisto, sob pena de, decorrido pouco tempo, estarmos com toda uma estrutura legal absolutamente injusta e frustrativa. Teremos necessariamente de entender, como serviço público, não só aquelas atividades que o Estado exerce, em face do interesse público, por si, suas agências, mediante contrato, por concessão, enfim sob qualquer das formas negociais ou não, pelas quais essa atividade pode ser exercida. Em suma, não só aquelas atividades exercidas pelo Estado, ou com subdelegação do Estado, mas também toda e qualquer atividade, inclusive de natureza, propriedade e fundamentos particulares, desde que se revista de interesse público. A fábrica de um determinado empresário, que neste momento parece só a ele interessar, realmente terá de ser entendida como não lhe dizendo privativamente respeito. Qualquer empreendimento, que se revele útil ao interesse público, terá de ser abrangido pelo novo conceito de serviço público. Ainda que se trate de uma atividade criada pelo interesse privado, exercida por uma pessoa de direito privado, objeto de propriedade de uma pessoa de direito privado, não obstante deverá constituir serviço público, se o seu fim último for realmente informado de um notável contingente de interesse público. Cremos, pois, que o primeiro problema essencial será alargar os conceitos de serviço público, a ponto de ele abarcar não apenas aquelas atividades que o Estado

exerce direta ou indiretamente, mas também todas aquelas atividades particulares, desde a origem exercidas por particular, desde que sejam de interesse público.

Colocado o problema nesses termos, aparecerá necessariamente o segundo passo ousado — e esse passo ousado todo ele vai, por fim, resumir-se em formas que são do domínio dos cultores do direito urbanístico — que será o de se estabelecer que toda atividade de interesse público só deva necessariamente ser exercida, mantida ou constituída sob cláusulas de precariedade, sob a fórmula da permissão. Ninguém estará assentado numa fábrica, uma indústria, sob a égide da acessão física, definitiva, dentro desses parâmetros que estamos colocando agora ou lançando à meditação. E por quê? Porque aquele determinado empreendimento, que hoje em dia se revela absolutamente útil e são, pode, mais adiante, continuar a ser útil e não ser são. E é imprescindível que se dê ao Poder Público armas para intervir validamente e até um pouco mais radicalmente, em certos momentos em que a preservação ambiental o justifique.

Deveremos, portanto, redefinir os institutos da permissão e da licença.

Sobretudo, tenhamos em mente que a licença traz em si requisitos de inarredabilidade, que não são compatíveis com o interesse público. Em vários terrenos do interesse público, a licença representará um obstáculo, que os próximos tempos terão necessariamente de afastar. Daí o convite ora lançado.

Lancemos um terceiro problema à meditação de todos. A nossa Constituição, ainda uma vez no seu art. 161, comanda a seguinte regra: "A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatável no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até 50% do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras prontas".

Que fez nosso constituinte, neste artigo? Nosso constituinte tinha realmente em vista uma situação de sanidade: o problema da sanidade da distribuição da propriedade rural, fenômeno amplamente difundido, entre nós, do latifúndio improdutivo. Para coibir a realidade do latifúndio improdutivo, entendeu o nosso constituinte que os remédios existentes não eram suficientes. A desapropriação, tal como é prevista no Decreto-lei 3.365, e nas leis a ele posteriores, não resolvia a questão da má distribuição da propriedade rural. Havia, realmente, sob o ponto de vista da racionalização da distribuição da propriedade, o que importa

em dizer, racionalização da produção, do consumo, dos meios de subsistência de todos nós (e, portanto, uma sanidade dos instrumentos de produção, repousados sobre a propriedade rural), uma total insuficiência dos remédios jurídicos. Por que? Porque os latifúndios são tantos ou são tão extensos que, se a União os fosse desapropriar pelos meios rotineiros, desapropriaria uma fração insignificante para a realização de um grande programa ou não desapropriaria coisa alguma, como até então vinha ocorrendo. Daí a origem desse mecanismo. Não há desembolso de imediato. Esse desembolso de imediato poderia consultar o interesse do proprietário, mas não atendia ao interesse público. Aparece então a fórmula da satisfação da indenização mediante pagamento em títulos, cuja correção monetária é prevista no tempo. Os resgates também são previstos no tempo, assim como seus efeitos liberatórios ou débitos tributários ou de aquisição de bens públicos.

O que agora vamos propor é um passo a mais: pensem, trabalhem e influam, na medida do possível para cada um, a fim de, a partir desse artigo, resolvermos um problema da depreciação ambiental das cidades, problema basilar de direito urbanístico. Se os Estados ou municipalidades, em face de determinados empreendimentos econômicos de grandes proporções, verificarem que eles são absolutamente danosos para a sanidade ambiental, não obstante, se tiverem de adotar para remédio a expropriação rotineira, poderão não ter condições econômicas para atuar.

Lancemos, então, outro desafio e convite: aditemos alguma coisa a esse art. 161, a fim de se possibilitar também a desapropriação por títulos, segundo essas mesmas condições (resgatável num período certo de tempo, sujeito à correção monetária), sempre que a sanidade ambiental assim o exigir. Sempre que a nossa saúde, sempre que nossa vida estiver em jogo, a sanidade ambiental é problema de vida de cada um de nós, de subsistência de cada um de nós. E não reservemos a possibilidade à União, até porque os problemas de direito urbanístico são muito mais pertinentes ao município e ao Estado do que à própria União. Então, qualquer pessoa de direito público, para tanto legitimada, poderá, em face de exigências de conservação ambiental, promover a desapropriação da propriedade — não só rural — mediante títulos da dívida pública, resgatáveis em certo tempo, sujeitos às cláusulas de correção monetária, tal como consignado no art. 161. Está aí em mãos um novo instrumento para a realização do direito urbanístico, que lançamos à meditação e à consideração de todos. Por que a desapropriação de glebas, por que o latifúndio deve preocupar o homem mais que a sanidade ambiental? Não há uma evidente inversão de perspectivas nessa colocação? A nossa sobrevivência não é muito mais importante do que a fór-

mula de divisão do latifúndio improdutivo? A nossa sobrevivência, a conservação do nosso meio-ambiente não nos toca muito mais de perto — tanto no campo como na cidade — do que a redistribuição da propriedade rural? Então, por que não dar também remédios mais radicais para a realização da defesa que está inserida exatamente no complexo do direito urbano? Não basta redimensionar o que seja serviço público. Não basta aumentar o número das limitações administrativas. Não basta também redimensionar os institutos da autorização, da permissão, da licença. É preciso também que, quando a ameaça seja concretizada "a posteriori", tenhamos instrumentos válidos. Não devemos ter apenas a arma da permissão, que aprioristicamente dará realmente, depois de redefinida, um maior instrumental para o poder público. Necessitamos, igualmente, de remédio a ser usado "a posteriori", que é exatamente essa desapropriação, nos termos desses parâmetros que agora sugerimos.

Mais duas cogitações desejamos propor dentro do temário que nos reúne; instrumentos jurídicos do urbanismo. A primeira diz respeito às regiões metropolitanas. Por primeira vez na história de nosso direito, o dado sócio-urbanístico das regiões metropolitanas foi traduzido em letra de lei. Conscientizou-se o legislador de que, acima das fronteiras políticas, há a realidade natural ou social. Pouco importa, para a racionalização da instrumentação do estado do bem-estar social, que uma **comunidade** esteja espraiada por mais de uma entidade federada. Se **comuns** são suas motivações, problemas e horizontes, una deve ser a diretriz da atuação administrativa pertinente A institucionalização das regiões metropolitanas responde, em tese, a essa questão, pois visa a criar uma unidade social. As regiões metropolitanas constituem, portanto, um dos mais notáveis desafios, para a normatividade de sua problemática, aos cultores do direito. Entre nós, conquanto alguns passos tenham sido dados, em direito positivo, o desafio permanece de pé. Isso porque, talvez por timidez, talvez por inexperiência, à entidade centralizadora dos problemas das regiões metropolitanas não se conferiram todas as potestades, imprescindíveis à solução dos problemas urbanísticos que cada região enfrenta. Permanecem tais entidades com um papel mais consultivo ou opinativo, que efetivamente executivo. Assim, devem elas, ainda, entre nós, submissão às administrações públicas estaduais porque espalhadas as regiões. Impor-se-ia, parece-nos, para mais adequada resposta aos desafios urbnísticos, que a instituição das regiões metropolitanas visa a atender, conferir-lhe poderes de efetiva gestão e atuação, em relação a todos os problemas comuns que lhe competissem resolver. Para tanto, sem dúvida, haverá que se redefinir, constitucionalmente, nosso sistema federativo. Mas essa é, de fato, uma exigência cada vez mais sensível, do interesse público. E tanto assim é que, sem rebuços, nenhum constitucionalista ousaria hesitar em responder afirmativamente, se indagado quanto à existência, em nosso atual arcabouço federativo, de sensíveis afastamentos em relação aos moldes clássicos, invocáveis na espécie.

A segunda cogitação envolve, também, uma crítica. Por que não se usa, mais amiudadamente, o precioso instrumento da contribuição de melhoria? Não se diga, como mais por superstição que por convicção tem sido feito, que complexa é a tarefa de legislar objetivamente sobre o tema. Já o desmentimos, por duas vezes, elaborando projetos para as municipalidades de São Paulo e de Belo Horizonte. O pseudotormentoso problema da delimitação das esferas de beneficiamento ao particular, pela realização da obra pública, mais não é que fantasma sem consistência. No particular, como em qualquer outro tema em que seja necessário estabelecer limites ou graus, há sempre uma faixa cinzenta, em que a demarcação há de ser discricionariamente exercida. Isso em nada invalida a iniciativa, desde que se assegure aos eventuais interessados a possibilidade de, fundamentadamente, contrastar a iniciativa oficial. O que não se pode, entretanto, admitir é que tão valioso instrumento jurídico, não inflacionário, de captação de recursos para fins urbanísticos, além de mola propulsora da conscientização social dos indivíduos integrados numa comunidade (afora ser o único tributo que efetivamente concretiza o princípio da justiça distributiva fiscal), e tão exitosamente utilizado em centros urbanos mais desenvolvidos, continue a dormitar nas prateleiras dos tecnocratas tímidos em excesso.

Claro está que estamos lançando desafios ainda não propostos. Esse é, entretanto, um dos papéis mais excelsos, mais importantes de qualquer jurista. O jurista para o que já existe é importante. Um jurista para disciplinar, para modificar, para aperfeiçoar os instrumentos jurídicos existentes, é da maior valia e importância. Sem ele estaríamos cedendo facilmente lugar ao aparecimento do arbítrio, das situações de fato, dos provimentos antijurídicos. Mas é necessário também que tenhamos imaginação e visões prospectivas. Temos de pensar também no que está por vir e temos inclusive que impor logo, à nossa ordenação positiva, alguma coisa que seja adequada àquilo que se pode prever e que está por acontecer. É muito comum, em nossos dias, quando se fala em viagens espaciais, encontrarmos até congressos internacionais jurídicos preocupados com o problema. Encontramos entre nós juristas de renome muito preocupados em traçar os limites do que seja o direito interespacial. Talvez tudo isso até mereça atenção, mas temos problemas aqui na nossa Terra que

merecem mais cuidado. Não vai nisso qualquer visão retrógrada ou reacionária: em nosso planeta, o fenômeno da nossa sobrevivência ainda não foi solvido. Estamos ainda absolutamente tímidos, quanto à consagração de instrumentos jurídicos. Estamos pensando em termos de propriedade privada, não tão sacrossanta talvez quanto há alguns séculos, mas ainda muito limitadora da possibilidade de intervenção estatal. Reservando-se ainda, em nosso ordenamento positivo, à pré-indenização em dinheiro, ressalvada aquela expressa e excepcional regra do art. 161, continuamos a fazer constituições e leis, com o interesse particular e egoísta, em assuntos de grande relevância, preponderando sobre os interesses públicos.

Esse desafio é nosso, meu e de todos vocês. É um desafio de quem quer que cultive o direito público, o direito administrativo, nas suas várias especialidades — direito urbanístico, direito ecológico, etc.

Preservação ambiental é, talvez, o assunto que mais mereça ser o alvo de nossa atenção. Está lançado, então, para todos nós, nessa constelação de idéias que preferimos suscitar (ao invés de discorrer doutrinariamente sobre o tema), um relevante desafio.

Preferimos, num Seminário de Direito Urbanístico, lançar a cultores de direito urbanístico, ou a interessados em direito urbanístico, indagações. Indagações a que não temos nem obrigação, nem possibilidade de responder sozinhos. Vamos todos trabalhar nessas e em várias outras cogitações, que o direito urbanístico necessariamente suscita. Ao fazermos isso, estaremos justificando todos esses nossos encontros. Estaremos até justificando a permanência do direito como valor fundamental da nossa sociedade, ontem, hoje e para sempre.

(*) Notas taquigráficas revistas de Conferência proferida no Seminário de Direito Urbanístico, promovido em 1973, pelo Instituto dos Advogados do Brasil e pelo Clube de Engenharia, posteriormente apresentada como Tese ao V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Caxias do Sul — RS., nos dias 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 1973.

A COBRANÇA JUDICIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A FALÊNCIA

Maurício Azevedo Moraes (*)

1. O tema referente à cobrança judicial do crédito tributário é complexo e não poderia ser esgotado numa simples palestra. Minha intenção é focar apenas os aspectos mais importantes da matéria.

2. Em regra, todas as ações do interesse da massa falida são processadas perante o juízo da falência. Do mesmo modo, àquele juízo devem acorrer, em princípio, todos os credores do falido, alegando e provando os seus direitos.

À Fazenda Pública, entretanto, na cobrança do crédito tributário, não se aplicam os princípios da indivisibilidade e universalidade do juízo falencial. Por disposição legal, consubstanciada no artigo 187, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), a Fazenda Pública não está obrigada a se habilitar em falência.

> " Art. 187 — A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento".

Aliás, disposição semelhante já existe no Decreto-Lei n.º. 960/48 (art. 60), que regulará o processo da cobrança da dívida ativa até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

O disposto no artigo 187, do CTN, antes mencionado, não será revogado pelo novo Código de Processo Civil, que também regula o processo de execução fiscal. É que o Código Tributário

(*) Advogado de Ofício, da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Nacional, tendo força de lei complementar à Constituição (art. 18, § 10, da Emenda n.º 1), não pode ser modificado por lei ordinária, como é o CPC.

3. Ao contrário dos demais credores do falido, a Fazenda Pública cobra os seus créditos indiferente à quebra. As execuções fiscais são ajuizadas ou prosseguem normalmente. Há, inclusive, lei a respeito, preceituando expressamente que a decretação da falência não suspende a execução fiscal nem impede o ajuizamento de novas ações. É o que dispõe o Decreto-Lei n.º 858, de 11 de setembro de 1969, em seu artigo 2.º:

> " A concordata preventiva ou suspensiva, a liquidação judicial ou a falência não suspenderão o curso dos executivos fiscais, nem impedirão o ajuizamento de novos processos para a cobrança de créditos fiscais apurados posteriormente".

Tal norma, porém, constitui evidente superfetação. O Decreto-lei n.º 960 e o Código Tributário Nacional já autorizam o ajuizamento ou o prosseguimento de execuções fiscais contra a massa falida. Primeiro, porque não sujeitam a Fazenda Pública à habilitação em falência. Em segundo lugar, porque o próprio DL 960, em seu artigo 4.º, III, prevê o ajuizamento de ação contra a massa falida. Ora, se a Fazenda Pública não precisa se habilitar na falência, e se a execução fiscal pode ser proposta contra a massa falida, está evidente que a quebra, anterior ou posterior ao ajuizamento da ação, não impede o andamento da execução. Portanto, perfeitamente dispensável o mandamento do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 858, só explicável pela intenção manifesta de cercar a cobrança do crédito tributário das maiores garantias.

Não se sujeitando ao juízo universal da falência (v. Rev. de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 22, p. 277; v. 39, p. 150; JOSÉ DA SILVA PACHECO, Processo de Falência e Concordata, v. II, p. 412), a Fazenda Pública cobra o seu crédito no seu juízo privativo, onde a massa falida deverá apresentar a sua defesa.

Mas, ainda que dispensada da habilitação, nada obsta a que a Fazenda Pública, abdicando de seu direito, habilite-se na falência, como os demais credores. Nesse caso, ficará sujeita ao juízo falencial, estando obrigada, inclusive, a usar dos recursos previstos na lei especial.

4. Como vimos, a Fazenda Pública não se submete ao juízo falencial, nem precisa se habilitar na falência; aciona diretamente

a massa, indiferente à quebra, que não suspende a execução fiscal. Quanto a isso, há unanimidade na doutrina e na jurisprudência. As controvérsias iniciam quando é enfrentado o problema da penhora de bens da massa falida.

Duas situações podem ocorrer: a) a falência sobrevém à execução fiscal, ou b) lhe é anterior.

No primeiro caso, como a falência não suspende o andamento da ação, esta prossegue normalmente e os bens penhorados não são arrecadados (Revista do Tribunal Federal de Recursos, v. 33, p. 259; Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 39, p. 150; WALTER ÁLVARES, Direito Falimentar, v. 2, p. 473). A própria lei de falências exclui da arrecadação os bens penhorados em ações que a falência não suspenda (art. 70, § 4.º). De modo que a execução prossegue normalmente: vendidos os bens penhorados e pagos os créditos tributários, o saldo será entregue à massa.

Quando a execução fiscal é posterior à decretação da falência, já tendo sido arrecadados os bens, a solução não se apresenta pacífica.

Para uns, é possível a penhora de determinados bens, já arrecadados, os quais são retirados da massa, passando à disposição do juízo da execução fiscal (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 31, p. 162; FRANCISCO RAITANI, Falência e Concordata; p. 178, com apoio e decisão do Supremo Tribunal Federal; ALIOMAR BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro, p. 539, comentários ao art. 187, do CTN). Evidentemente que, previamente, deverá ser solicitada ao juiz da falência a liberação dos bens.

A outra posição é no sentido de que, nesse caso, a penhora deverá ser no rosto dos autos da falência (Revista do Tribunal Federal de Recursos, v. 33, p. 259).

A melhor orientação é a primeira. Como se sabe, a falência não suspende o andamento das execuções fiscais (DL 858, art. 2.º). Ora, se só for possível a penhora no rosto dos autos, de forma indireta estará sendo trancado o andamento da execução fiscal, que ficará impedida de se completar com a praça dos bens, pois deverá aguardar o final do processo falimentar. Seria, na prática, a suspensão da ação, bem como a sujeição da Fazenda Pública ao juízo falimentar.

Além disso, tecnicamente, não seria caso de penhora no rosto dos autos. Esta é a efetuada em direitos e ações do réu em autos pendentes em juízo, obviamente quando esse réu for autor ou reconvinte na outra ação, porque, se também for réu na outra ação, a penhora será direta em bens que garantam o juízo. Se

já houver penhora, aplicam-se os princípios processuais concernentes. Poder-se-ia admitir a penhora no rosto dos autos, tratando-se de falência, somente quando realizada em autos de ação em que a massa falida fosse autora.

De modo que mesmo já tendo ocorrido a arrecadação dos bens na falência, poderá a Fazenda Pública, na sua execução, ver deferida a penhora direta em bens da massa falida. Sempre, repita-se, deverá ser solicitada a liberação dos bens ao juiz da falência, o qual não poderá negá-la.

Seja a penhora anterior ou posterior ou anterior à arrecadação, deverá o juiz onde tramita a execução fiscal resguardar os créditos trabalhistas, que preferem aos tributários (art. 180, CTN).

5. Pelo pagamento do crédito tributário respondem todos os bens e rendas da massa falida, qualquer que seja a sua origem ou natureza, inclusive os gravados com ônus real, qualquer que seja a data da sua constituição, segundo dispõe o Código Tributário Nacional, em seu artigo 184:

> " Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou cláusula, exetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis".

De sorte que estão sujeitos à execução fiscal todos os bens da massa falida, mesmo os dados em penhor, hipoteca, etc., porque tais ônus valem entre particulares, mas não podem ser opostos à Fazenda Pública (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 24, p. 100; Diário da Justiça da União, n.º 44, p. 1107; ALIOMAR BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro, p. 536). Ainda que tais gravames sejam anteriores à existência do crédito tributário, incide a norma mencionada, devido a sua amplitude.

Apenas os bens ou rendas impenhoráveis são excetuados.

> " O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho" (art. 186, CTN).

> " São encargos da massa falida, pagáveis preferencialmente a quaisquer outros e às dívidas da massa, os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência" (art. 188, CTN).

As normas legais são claras: os créditos tributários preferem a quaisquer outros, salvo os trabalhistas. Estes, entretanto, não são pagos integralmente, antes dos tributários, em caso de falência; pagam-se os salários, férias etc., na totalidade, e 1/3 das indenizações (Decreto Lei n.º 192/67).

Em decorrência do que dispõe o Código Tributário Nacional, os créditos tributários devem ser pagos antes dos demais encargos da massa (Revista dos Tribunais, v. 440, p. 181, PONTES DE MIRANDA, Comentários, v. XV, p. 39, 2.ª edição). Aliás, o STF, mesmo antes do CTN, já tinha esse entendimento (Revista Forense, v. 155, p. 180). Em sentido contrário, JOSÉ DA SILVA PACHECO, entendendo que os outros encargos devem ser pagos antes dos créditos tributários (Falência e Concordata, v. II, p. 421, n.º 361, X). Mas não tem razão, pois o CTN expressamente determina o pagamento dos créditos tributários antes dos outros encargos (art. 188).

Mesmo que se quisesse considerar o crédito tributário no mesmo nível de preferência dos demais encargos, ainda assim deveria ser pago antes. E o fundamento está na lei de falências e no CTN: pela Lei de falências, art. 124, não havendo dinheiro suficiente para o pagamento de todos os encargos, deverá ser feito um rateio na classe; pelo CTN, art. 187, o crédito tributário não se submete a concurso de preferência, salvo entre pessoas de direito público. Ora, não se sujeitando o crédito tributário a rateio, evidentemente deve ser pago antes dos outros encargos.

Não se diga que o pagamento do crédito tributário antes dos demais encargos importaria em locupletamento da Fazenda com o trabalho do síndico, peritos, etc., que trabalhariam sem receber seus honorários. A lei de falências prevê — art. 75 — o encerramento da falência quando o síndico verifica que os bens são insuficientes para as despesas. De modo que o síndico, verificando que os bens serão absorvidos pelos créditos tributários, deverá comunicar o fato ao juiz da falência, evitando despesas inúteis.

É irrelevante, ademais, a distinção entre crédito tributário anterior ou posterior à falência: em qualquer situação a preferência do crédito tributário é quase absoluta, só cedendo diante dos créditos trabalhistas.

No mesmo artigo 188, parágrafo único, prevê o CTN a reserva de bens na falência, bem como a remessa das partes ao processo competente, quando contestado o crédito tributário.

A hipótese aplica-se quando a Fazenda Pública, ao invés de ajuizar o executivo fiscal, simplesmente se habilita na falência. Nesse caso haverá a reserva de bens, se contestado o crédito tributário, porque, se a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal, nesta a falida se defenderá, depois de penhorados os bens que garantam o juízo.

6. Estabelece o Código Tributário Nacional, art. 187, parágrafo único, que os créditos da União preferem aos dos Estados, Distrito Federal e Territórios, e os destes aos dos Municípios.

Tal disposição foi revogada pela Emenda Constitucional n.º 1, art. 9.º, que proíbe tais preferências:

> " À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: I — Criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra a outra".

A Constituição de 1969, no particular, inovou em relação às anteriores, que apenas proibiam o estabelecimento de preferências entre os Estados ou Municípios, isto é, a proibição era de estabelecer preferências entre pessoas de direito público interno do mesmo nível hierárquico (Estados contra Estados; Municípios contra Municípios).

A Constituição de 1969 não admite que a União possa estabelecer qualquer preferência dela contra os Estados ou Municípios. Em conseqüência, em caso de concurso de créditos entre a União, Estados ou Municípios, impõe-se o rateio, sem privilégio ou preferência para qualquer dessas entidades. (EVANDRO RAMOS LOUREIRO, Revista da Consultoria-Geral do Estado do RGS, v. 5, p. 53/70).

O próprio Ministro ALIOMAR BALEEIRO, na última edição de seu "Direito Tributário Brasileiro", ao comentar o dispositivo, considera-o de discutível constitucionalidade.

7. O síndico da falência tem obrigação de diligenciar para que os créditos tributários não sejam preteridos. Se forem pagos outros credores, em prejuízo do Erário, responde o síndico solidariamente pelo pagamento, quando a massa falida não mais tiver

condições de efetuar o pagamento (art. 134, v. CTN). Inclusive, responde pelo pagamento da correção monetária (art. 134, parágrafo único).

O síndico não se eximirá da responsabilidade, sob a alegação de que cumpriu determinações do juiz da falência (WALTER ÁLVARES, Direito Falimentar, v. 2, p. 461).

(*) Palestra proferida no 1.º Seminário de Execução Fiscal, realizado em Porto Alegre, de 5 a 10 de novembro de 1973.

ENFOQUE SISTÊMICO DA ATIVIDADE JURÍDICA DOS ESTADOS

Ana Maria Landell de Moura (*)
Clarita Galbinski (**)

A partir da edição do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, o setor público brasileiro passa por um processo de renovação, face aos princípios informadores de uma estrutura orgânica compatível com as necessidades e objetivos do Estado moderno.

Estando a Política de Desenvolvimento Nacional afeta grandemente à Administração Pública e, em especial, ao Poder Executivo, instrumento operacional das decisões do Estado e que, direta ou indiretamente, deve propiciar condições que impulsionem esse desenvolvimento, imperiosa se torna a articulação conveniente dessas estruturas e sua compatibilização com as do setor privado, para que todos os elementos constitutivos da equação econômica nacional participem integrados num só objetivo e ao fim último do Estado, a consecução do bem-estar social.

Dessa forma, a filosofia administrativa inserta no regramento normativo citado consubstancia uma nova concepção organizacional, fundamentada em um relacionamento que sobrepaira o nível hierárquico, deslocando-se, de um fluxo de comunicação simplesmente vertical entre órgãos superiores e subordinados. para um entrelaçamento de atividades integradas por uma coordenação-geral, com vistas à normação, execução e controle da ação estatal, objetivando o atendimento das metas e princípios gerais de Governo.

Deslocou-se a ênfase da Administração Pública da hierarquia para a coordenação, passando o problema estrutural a ser

(*) Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.
(**) Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

visualizado dentro do plano que lhe é próprio, meio e instrumento de ação e de políticas. Atribui-se prioridade à normação sobre a execução, à atividade sobre o organismo que a executa.

Esta nova forma de administrar, por via de uma ampla comunicação entre órgãos e agentes do serviço público, oportunizou à Administração — através da institucionalização dos sistemas — um instrumento integrador de atividades com aproveitamento racional de recursos humanos e financeiros à disposição do Estado.

Nesse sentido, propiciam os sistemas a articulação de ações e responsabilidades, dentro de uma só diretriz no exercício de uma atividade estatal definida, o que é essencial para a conquista de uma coordenação que, além de promover economicidade, de somar esforços na área pública com a de outras esferas, evita, de vez, paralelismos e concorre para a desburocratização progressiva da máquina estatal.

Por se tratar de um encontro de Procuradores, reunindo representantes de diversos Estados brasileiros, que já têm adequado à nova ordem administrativa muitas de suas estruturas tradicionais, pretende o presente trabalho sugerir uma sistematização para a atividade jurídica do setor público, voltada a um mesmo objetivo mas carenciada, ainda, de uma coordenação-geral.

A prestação dos serviços jurídicos nos demais Estados da Federação — defesa judicial e assistência jurídica — vem sendo atribuída a órgãos de natureza diversificada. De outra parte, a ausência de uma orientação uniforme no tratamento de temas jurídicos comuns, abordados através dos órgãos que realizam esse serviço especializado na esfera da Administração Direta, se pode evidenciar, mesmo concentrados em organismo único, devido à falta de relacionamento funcional que articule convenientemente as diversas unidades que integram a estrutura hierárquica tradicional. Em ambas as hipóteses não existem condições de padronização e acompanhamento da execução normativa dessa atividade em seu sentido global.

Outra particularidade a anotar é a que se refere à realização da matéria jurídica estatal por entidades que compõem a Administração Indireta e que revelam, ainda, mais, a carência de uma orientação geral e de afinidade com as políticas governamentais sob cuja égide são instituídas e mantidas.

A descentralização institucionalizada do serviço do Estado, através de organismos dotados de gestão administrativa e financeira próprias e, eventualmente, com personalidade jurídica de

direito privado, não deve compreender o afastamento das diretrizes gerais dirigidas às ações comuns do ente público.

Tão significativo pareceu este entendimento, que o Governo Federal, ao dispor sobre a Reforma Administrativa da União, inseriu o instituto da **supervisão,** como forma jurídica de controle e de adequação desses serviços descentralizados aos planos e programas do setor público.

Dentro da sistemática administrativa ainda vigente em alguns Estados brasileiros, outro aspecto a enfocar diz respeito ao nível hierárquico em que se situam os órgãos que executam a prestação jurídica estatal. Geralmente com subordinação direta a Secretarias de Governo, dificultam, às Administrações — que continuam a concentrar a competência basicamente no princípio da hierarquia, no simples relacionamento vertical, mantido entre órgãos superiores e subordinados —, o estabelecimento de ação normativa dirigida a outras unidades não abrangidas na esfera de comunicação.

Antes, porém, de adentrar no projeto específico de sugestão de um modelo sistêmico para a atividade jurídica estatal, cumpre precisar em termos gerais, sua estrutura básica e seus objetivos a fim de que possa melhor ser explicitada sua funcionalidade.

Considerando que, em qualquer Administração mais ou menos complexa, existem dois níveis, o de direção geral e o de execução, e que o primeiro, presume-se, deva ser normativo, de orientação, fixador de critérios; o segundo, casuístico, sempre em contato com os fatos e diretamente vinculado à execução, à organização, o método sistêmico se apresenta como a forma mais eficiente de coordenação dos diferentes níveis estruturais e de inter-relacionamento de ações, responsabilidades e atividades. No entanto, para que sejam alcançados esses fins e atingidos aqueles níveis administrativos, necessária se faz a existência de estrutura central, apta a promover interação entre os diversos órgãos que executam setorialmente parcela da atividade sistematizada.

Assim, a coordenação do sistema — **central do sistema** — deverá compor-se de estrutura funcional que lhe permita atingir os objetivos gerais da ação sistematizada, cumprindo-lhe identificar alternativas, com vistas ao traçado de diretrizes que estabeleçam orientação normativa e formas de supervisão para os órgãos integrados.

Relacionados por meio de fluxos de comunicação dirigidos à interação de atividades e não considerando a subordinação orgânica e hierárquica sob a qual se acham institucionalmente locali-

zados, os **órgãos integrados** caracterizam-se, conforme a intensidade de sua participação e vínculo com a atividade sistematizada em:

a) **órgãos operacionais,** incumbidos da execução, no âmbito da Administração Direta e Indireta, da atividade sistematizada;
b) **órgãos de apoio operacional,** os que em razão de suas atribuições específicas, na esfera da Administração Pública do Estado, emprestam apoio permanente ou eventual à atividade sistematizada;
c) **órgãos de intercâmbio,** entidades de outras esferas que não as do setor público estadual, que venham a coparticipar da ação sistematizada de forma institucional;
d) **agente setorial,** incumbido da coordenação executiva da ação sistematizada na área de competência do Gabinete do Governador e das Secretarias com seus respectivos órgãos vinculados e subordinados.

Destacam-se desde logo, dentro da estrutura descrita, dois níveis de atuação: o nível horizontal, composto de órgãos que, exercendo parcela da atividade sistematizada, integram a Administração Direta e Indireta do Estado, e o nível vertical, composto de órgãos localizados em outras esferas, como a municipal e a federal.

No nível horizontal, estariam situados os órgãos normativos de coordenação e articulação e os órgãos integrados da esfera estadual, enquanto, no nível vertical, os órgãos de outros setores de competência aderentes ao sistema mediante convênios, protocolos e demais modalidades de obrigação.

O relacionamento dos órgãos componentes do sistema será apenas **funcional,** guardando cada um deles sua estrutura orgânica própria e os níveis internos de hierarquia aos organismos sob os quais se acham vinculados.

Dessa forma, um modelo organizacional para a atividade jurídica do Estado do Rio Grande do Sul teria por objeto dar uma perspectiva de interação do mecanismo sistêmico entre os diversos organismos executores da prestação jurídica do setor público, bem como demonstrar que à maior eficiência dos serviços corresponderá um menor custo operacional, compreendidas, neste conceito, a rapidez e segurança das decisões administrativas.

Assim, uma análise direta do procedimento jurídico do Estado leva à constatação de que o mesmo tem sua eficácia de ação reduzida em decorrência da localização de três ordens de problemas:

1 — problemas ligados com o planejamento e implantação de programas e projetos específicos dessa área;
2 — falta de comando central na atividade jurídica preventiva do Estado;
3 — insuficiência de recursos humanos e financeiros.

A inexistência de um planejamento global para a atividade jurídica traz, como conseqüência, a não-elaboração e execução de projetos e programas específicos. A insuficiência da infra-estrutura dificulta a alocação conveniente de recursos humanos e financeiros, tolhendo a prestação jurídica estatal em sua integralidade.

De outro lado, a falta de coordenação central da atividade jurídica preventiva propicia o aumento da atuação judicial da administração. A ação preventiva deve ser objetivo prioritário da prestação jurídica do Estado, tornando mais seguras as decisões administrativas e oportunizando custos menos onerosos para a Fazenda Pública.

A partir do levantamento dos problemas básicos assinalados e buscando a dinamização do procedimento jurídico do Estado, se impõe o estabelecimento de definição administrativa com vistas ao acionamento racional dessa atividade. Propõe-se para tanto:

1 — Institucionalização do Sistema de Assistência Jurídica e Defesa Judicial.
2 — Definição dos objetivos operacionais, requisitos e procedimentos para implantação do Sistema.
3 — Organização de um subsistema de informações específicas para a atividade jurídica.
4 — Ordenação em orçamento-programa dos recursos que envolvem o Sistema.

O Estado do Rio Grande do Sul já tem constitucionalmente reunida toda a atividade jurídica na Consultoria-Geral do Estado, órgão integrante do Gabinete do Governador, o que a caracteriza como entidade máxima consultiva e defensiva do Estado. Está dotado, também, com provimento legal próprio, que instituiu a atividade jurídica em sistema e situou o órgão central na Consultoria-Geral do Estado — **Decreto n. 19.801, de 8 de agosto de 1969** — bem como com diploma disciplinador da atividade sistêmica — **Decreto n.º 20.818, de 26 de dezembro de 1970.**

As Secretarias do Governo Estadual, todas adequadas à nova ordem administrativa, contêm em suas estruturas — **unidades de assessoria jurídica** —, todas previstas com o mesmo nível hie-

rárquico e localizadas, nos diplomas legais de reorganização, como **agentes setoriais do Sistema de Assistência Jurídica e Defesa Judicial do Estado.**

As Secretarias do Governo e a Consultoria-Geral, embora organicamente já reformuladas, continuam, ainda, atuando setorialmente na atividade jurídica, dada a falta de estruturação de um sistema que integre sob uma diretriz geral todo o procedimento jurídico do Estado.

Necessária se faz a implementação de mecanismos de coordenação nessa área, para que a Administração, definidos os procedimentos adequados, passe a uma ação eficiente também com relação a essa atividade de infra-estrutura básica, possibilitando, assim, ao Estado, a realização plena de suas metas.

Para este fim, propõe-se a seguinte estrutura:

I — Órgão de Coordenação Central

Central do Sistema, situada na Consultoria-Geral do Estado, tendo como chefe o Consultor-Geral e composta por um representante do Gabinete do Governador, representantes das respectivas Secretarias de Governo e pelo dirigente da Comissão de Integração, com as seguintes funções:

a) formular as diretrizes básicas da política de assistência jurídica do Estado;
b) coordenar a atividade jurídica da administração estadual;
c) coordenar a elaboração, implantação, o controle e avaliação dos planos e programas de atividade jurídica;
d) supervisionar a elaboração de projetos de lei e decretos de interesse da Administração Pública Estadual;
e) estabelecer os procedimentos técnicos orçamentários e administrativos necessários à realização da atividade sistematizada;
f) estabelecer fluxos permanentes de informação entre os órgãos integrantes do sistema;
g) estabelecer, através de recomendações e súmulas, orientação normativa aos órgãos integrados no sistema;
h) promover estudos e pesquisas, bem como a realização de convênios, contratos ou acordos com entidades públicas ou privadas, estaduais ou extra-estaduais, com vistas ao melhor desempenho da ação sistematizada;
i) orientar as funções da Comissão de Coordenação.

II — Órgão de Integração

Comissão de Coordenação, órgão de integração do sistema, terá seu dirigente designado pelo Chefe da Central do Sistema, dentre consultores jurídicos ou advogados de ofício do Quadro da Consultoria-Geral do Estado e integrada, ainda, por outros membros designados pelo órgão central, em número a ser definido e também componentes do mesmo Quadro, à qual incumbirá:

a) promover a articulação das unidades participantes do sistema e de outras esferas de intercâmbio através de fluxos permanentes de comunicação;
b) supervisionar, a nível técnico, a atividade sistematizada;
c) elaborar programas e projetos específicos, pesquisas e estudos, com vistas ao aprimoramento dos serviços jurídicos;
d) acompanhar a implantação e exercer o controle e avaliação dos programas e projetos elaborados;
e) promover a implantação do subsistema de informações.

III — Órgãos Integrados

1 — **Agente Setorial,** incumbido da coordenação executiva da ação sistematizada na área de competência do Gabinete do Governador, das Secretarias e, através destas, nas respectivas entidades subordinadas e vinculadas por intermédio dos Coordenadores das Unidades de Assessoria Jurídica dos órgãos citados.

2 — **Órgãos Operacionais,** incumbidos da execução, no âmbito da Administração Direta e Indireta, da ação sistematizada, através as Unidades de Assistência Jurídica, Defesa Judicial e Assistência Judiciária da Consultoria-Geral e de Unidades de Assessoria Jurídica do Gabinete do Governador, das Secretarias e dos órgãos subordinados e vinculados.

3 — **Órgãos de Apoio Operacional,** aqueles que, em razão de suas atribuições específicas, na esfera da Administração Pública do Estado, venham a emprestar apoio, permanente ou eventual, à atividade sistematizada.

4 — **Órgãos de Intercâmbio,** entidades de outras esferas que não as do setor público estadual, que venham a coparticipar da ação sistematizada de forma institucional.

A instância vertical, onde se situam os órgãos de intercâmbio — pois não se vinculam diretamente à Administração do Estado — reveste-se de importância vital ao funcionamento do sistema, porque nela se concentram organismos federais e munici-

pais que dinamizam e complementam a atividade sistematizada através de interação constante de informações e de infra-estrutura de apoio.

O acesso às mais variadas fontes de informação, em especial, às de origem legislativa e judiciária, constitui-se em suporte técnico de significativa relevância para o acionamento e alimentação contínua do sistema.

Desta forma, o modelo organizacional proposto para a atividade jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, ainda que suscinto, pretendeu acentuar, preponderantemente, a funcionalidade dessa técnica administrativa utilizada já em larga escala pelo Governo Federal, com subsídio para os trabalhos de elaboração sistêmica da atividade jurídica nos demais Estados.

Face ao exposto e buscando a elevação do nível de atuação do Estado no setor jurídico, recomenda-se como proposições ao V CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO:

I — Implantação em sistema da atividade jurídica dos Estados, preferencialmente, atendendo a um modelo uniforme.

II — Concentração da atividade jurídica da Administração Direta em órgão único, vinculado ao Chefe do Poder Executivo.

III — Unificação nacional da nomenclatura e hierarquia dos diversos órgãos prestadores da atividade jurídica nos Estados.

IV — Estabelecimento de Súmulas Administrativas objetivando a orientação sistemática e uniforme de temas jurídicos comuns e de interesse dos órgãos participantes do setor público do Estado.

(*) Tese apresentada ao V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, levado a efeito na cidade de Caxias do Sul — RS., nos dias 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 1973.

EMPRESA PÚBLICA, ORDEM JURÍDICA E CONDICIONAMENTO POLÍTICO

José Hugo Castro Ramos (*)

Introdução: Características, definição. Modos de gestão e comportamento financeiro. Criação e extinção. Tutela e Controle. Aspectos políticos.

O presente estudo pretende privilegiar a inserção das empresas públicas no sistema jurídico, sem perder de vista o indispensável enfoque interdisciplinar que a matéria impõe.

O próprio objeto, as empresas públicas, constitui um fenômeno recente que deriva da conjugação de uma série de fatores econômicos e sócio-políticos, os quais se manifestaram historicamente de forma variada em diversos países.

Daí as imprecisões e insuficiências conceituais que têm dominado o assunto e que se refletem tanto na doutrina jurídica quanto na análise sociológica.

A evolução do Estado moderno quebrou a ortodoxia tradicional, fazendo com que ele enveredasse por novos caminhos, à busca de novos métodos, que melhor lhe permitissem cumprir suas funções.

Foi este processo que o Prof. FRANCO SOBRINHO registrou:

"O progresso da Administração tem sido rápido porque não opera ela com elementos equívocos: acelerada pela dinâmica social, pela massificação e tecnização, obriga os governos a considerá-la

(*) Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul, bolsista na Sorbonne.

como instrumento lógico-econômico que não pode expressar-se senão através de um comportamento operacional prático e fundado na pressão da realidade.

O encontro da Administração com a Economia e a Sociologia, transforma-se num encontro de **trabalho administrativo** por onde os preceitos pragmáticos assumem visualização investigatória do contexto social ou de conhecimento científico da estrutura das instituições." (1)

O reconhecimento de uma situação nova e mais complexa apresenta o desafio de encarar a realidade das empresas públicas em seus diversos aspectos formais e nas suas múltiplas conseqüências, uma vez que seu aparecimento permanece envolvido num desconhecimento considerável das causas e dos efeitos.

Os problemas que as empresas públicas colocam são de natureza variada, como bem apanha VENÂNCIO FILHO:

"Há problemas de ciência política, tendo em vista o papel que essas empresas desempenham no campo da organização político-administrativa do Estado; há problemas de sociologia, na medida em que essas empresas representam instrumentos de transformação social, e se encontram ligadas a uma tarefa de modernização da sociedade. E há, ainda, problemas econômicos, considerando o papel que a instituição exerce na vida econômica do país e no processo de formação de poupança e na criação de novos investimentos." (2)

Essas constatações, que têm validade geral, tornam-se mais agudas quando se trata de compreender a evolução das instituições econômico-jurídicas em sociedades novas como as da América Latina.

Foi o que conduziu às duras críticas de um técnico do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID):

"Otra caracteristica de las sociedades latinoamericanas que opera como um factor limitante frente a la accion de sus instituciones es la rigidez y obsolescencia de sus ordenamientos juridicos. Resulta curioso observar como el papel del derecho y de los juristas en el proceso de desarollo ha sido subestimado en sociedades que poseen una tradicion legalista tan fuerte como las latinoamericanas. Numerosas iniciativas encaminadas a promover importantes cambios economicos o sociales no han podido traducirse en realidades por falta de instrumentos juridicos adequados o han tropezado con la existencia de disposiciones excesivamente engorrosas o arcaicas." (3)

Reconhecendo que há fundamento nessas observações, será mais construtivo tomá-las antes como uma advertência do que como uma condenação.

No setor específico que nos propusemos analisar é preciso bem ver que muitas das dificuldades brotam do fato de que a intervenção estatal na organização econômica assume, crescentemente, modalidades originais.

Aqui reside um dos elementos fundamentais para o bom entendimento da questão: a natureza da intervenção do Estado no domínio econômico, e a evolução que este processo sofreu nas últimas décadas.

É de justiça assinalar que não se trata de uma particularidade latinoamericana, mas de um problema que repercute em muitos países, tendo merecido uma especial atenção no contexto europeu, razão pela qual procuraremos, sempre que possível, estabelecer o paralelo com o que se passa na França e na Itália, para tomar um parâmetro concreto, significativo e razoavelmente documentado.

Não pretendemos fazer aqui a análise do Estado. Contentamo-nos em constatar as variações sofridas pela sua interferência no campo da economia nacional.

Essa interferência sempre existiu, desde a consolidação do Estado Nacional. Mesmo no período liberal ela estava presente, pois uma das atitudes mais importantes do Estado era "deixar fazer" (laissez faire, laissez passer). A função do Poder Público, num regime liberal, de garantir a ordem jurídica estabelecida (regime da propriedade, livre contratação das relações de trabalho, sistema de preços segundo as leis do mercado) era e continua sendo essencial.

(1) Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — "Organização e Mecânica Administrativa das Empresas Públicas" — Revista de Direito Administrativo, Vol. 104, abril/junho 1971, Rio de Janeiro, pág. 63.

(2) Alberto Venâncio Filho — "A Intervenção do Estado no Domínio Econômico", Fundação Getúlio Vargas — Rio de Janeiro — 1968 — pág. 405.

(3) Luciano Tomassini — "Aspectos Institucionales del Desarollo Latinoamericano" — Rev. Latinoamericana de Ciencia Poltica — Dez. 1970 — Santiago — pág. 513.

Trata-se de uma interferência quase que passiva, indireta, mas não por isso menos importante.

Posteriormente, a evolução do sistema econômico pela profunda e crescente diferenciação do processo industrial, a ocorrência de fatores externos (Guerras Mundiais, a Grande Crise de 1929), e a irrupção de movimentos sociais fazem com que a intervenção do Estado se faça direta, ativa.

É assim que o Estado, na maioria dos países, assume o controle dos serviços públicos deficitários (ferrovias, navegação marítima, comunicações) e, numa segunda etapa marcada pela Grande Crise de 1929 e, sobretudo, pela 2a. Guerra Mundial, multiplica suas agências econômicas destinadas a preencher as mais diversas finalidades.

Estamos, então, em presença da generalização do intervencionismo, reconhecida pelos autores de diferentes correntes doutrinárias.

BILAC PINTO, em célebre conferência pronunciada em 1952, na Fundação Getúlio Vargas, já explanava:

"Apesar dos clamores levantados, o aumento das dimensões do Estado é um fato de caráter histórico universal, visto que ocorre em todos os países do mundo.

... À proporção que ao Estado foram sendo atribuídas, por consenso geral, novas tarefas e encargos, o seu próprio conceito foi sofrendo um processo evolutivo que viria culminar nas formas contemporâneas, em que se vê investido de amplos poderes de intervenção na ordem econômica e no domínio social, a fim de poder assegurar a prosperidade e o bem-estar coletivo." (4)

Na literatura européia contemporânea Giuseppe PETRILLI, Presidente do "Istituto per la Recostruzione Industriale", retoma o tema:

"La prise en charge par l'Etat d'activités de production ou d'échange que l'on voudrait réservées aux entreprises privées, apparaît comme un épisode d'une évolution qui a conduit l'Etat moderne à sortir de sa "neutralité" économique, à répondre à

(4) Bilac Pinto — "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas" — Rev. de Dir. Admin. — Vol. 32, pág. 1.

des besoins nouveaux, à créer des instruments d'intervention susceptibles d'influencer l'environnement, l'évolution économique." (5)

Igualmente, Marcello COLITTI escreve no mesmo sentido:

"La creazione d'imprese publiche ha portato ad un'estensione importante dell' intervento dello Stato nell' economia ed ha constitutito un fattore di rilievo nello sviluppo delle instituzioni. Negli ultimi dieci-quindici anni lo sviluppo dell'area publica nei paesi europei é avvenuto principalmente per opera delle imprese publiche, cui sono stati affidati compiti importanti nell'economia. Esse sono state spesso considerate come le protagoniste principali della politica di sviluppo economica e anche di quella di programmazione." (6)

O consenso existente entre os autores sobre a extensão e a tendência crescente do intervencionismo governamental não se repete no que concerne às causas que conduziram ao aumento das agências econômicas públicas, e as modalidades que estas assumiram.

No fundo a causa principal é a proteção do que se convencionou chamar o "interesse público" ou "interesse geral".

Essa categoria assume, contudo, representações muito cambiantes no tempo e no espaço. Há uma evolução nos conceitos e na abrangência da expressão "interesse público".

Inicialmente restrito às necessidades de garantia da ordem e prestação de serviços públicos básicos como transporte e comunicações, o "interesse público" abrange, hoje, atividades complexas como o desenvolvimento industrial ou a pesquisa nuclear.

Em virtude dessa evolução na base da intervenção estatal, a classificação das causas recebeu inúmeras formulações.

Não reproduziremos o elenco de causas díspares; tentaremos, ao invés, agrupá-las segundo um critério uniforme.

Em resumo, deparamos com duas grandes séries causais:

1) **Intervenção conservadora** — dá-se, especialmente, por intermédio da recepção pelo Estado de serviços deficitários ou

(6) Marcello Colitti — "Le Grandi Imprese e lo Stato" — Einaudi — Torino, 1972, pág. 114.

(5) Giuseppe Petrilli — "Lo Stato Imprenditore" — Trad. Francesa — Ed. Robert Laffont — Paris — 1971 — pág. 31.

de baixa rentabilidade, e pelo financiamento privilegiado do setor privado. Acima de tudo, mantém-se a situação vigente "socializando os prejuízos".

2) **Intervenção modernizadora** — busca suprir as insuficiências da iniciativa privada, e toma a dianteira dos grandes projetos, em volume de capital de risco, essenciais ao processo de transformação estrutural. O objetivo é um padrão mais diversificado de estrutura sócio-econômica.

Deve-se compreender que esta divisão é, altamente esquemática e atinge mais os princípios orientadores do que, propriamente, a institucionalização da intervenção pública.

Dessa maneira, uma intervenção modernizadora pode transformar-se em intervenção conservadora. Por exemplo, a criação de uma grande siderúrgica introduz uma inovação importante, no sentido modernizador. Porém, se ela passa a funcionar com preços de venda negativos, simplesmente subsidiando os consumidores privados, a interferência do Poder Público torna-se, nitidamente, conservadora.

Idêntico argumento vale em sentido inverso. Uma intervenção conservadora pode converter-se em impulso modernizador. Poderia dar-se o exemplo de uma empresa de navegação marítima deficitária incorporada ao patrimônio público e que, através de um esforço de recuperação financeira, reequipamento e inovação tecnológica passa a atuar como propulsor econômico.

Outro exemplo seria o de um Banco estatal. Sua atuação em termos de financiamento de empresas privadas a juros reais muito baixos ou negativos (conforme aconteceu até bem pouco tempo com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — BNDE, no Brasil) configura uma intervenção conservadora. A mesma entidade, trabalhando com juros reais positivos capazes de manter seu nível de capital e propiciar sua expansão, indica uma intervenção modernizadora.

A linha de demarcação entre modernizadora e conservadora encontra-se no respeito à racionalidade com que devem ser administrados os bens das empresas públicas, no uso de instrumentos dinâmicos de ação econômica, e na prioridade à mudança e à construção de uma nova ordem.

A intervenção modernizadora significa uma transformação estrutural que tanto pode beneficiar grupos sociais circunscritos ou estender-se de uma forma mais abrangente.

A prevalência de uma ou outra dessas conseqüências depende de uma constelação de fatores políticos que merecem ser discutidos mais adiante.

No que diz respeito às modalidades de ingerência econômica direta do Estado, deparamos com uma multiplicidade de formas.

Entre a empresa privada e os departamentos administrativos do Governo, separação praticamente estanque do período anterior, apareceu uma gradação de instituições intermediárias.

Estas instituições receberam várias denominações: Autarquias, Estabelecimentos Públicos, Escritórios Nacionais, Sociedades Nacionais, Sociedades Estatais, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Entramos, aqui, no terreno da natureza jurídica das novas unidades econômicas estatais.

O objetivo central perseguido é a construção de novas instituições jurídicas, intermediárias entre o Direito Comercial e o Direito Administrativo, flexíveis, combinando as exigências de gestão empresarial com as finalidades de interesse público consignadas na planificação nacional ou na política econômica.

A experiência francesa, extremamente marcada pela influência do Direito Público, foi a responsável pelo maior número de instituições.

A partir das autarquias (régies ou établissements publics administratifs) surgiram outros organismos de personalidade jurídica de Direito Público como os "Offices Nationaux" e os "Etablissements publics industriels et commerciales".

Uma tal proliferação não facilitou o trabalho da doutrina, confusa entre entidades tão similares, inclusive com o que ocorreu em relação a uma grande indústria (Usinas Reunault) erigida em "Régie" quando sua estrutura efetiva não corresponde a esse tipo, mas sim ao de empresa pública.

A noção de "Estabelecimento Público", em particular, tem suscitado um crescente consenso crítico, como relatam AUBY e DUCOS-ADER:

"La notion d'établissement public est une des plus controversées du droit administratif. Aucun texte d'ensemble, sinon sur des points accessoires (loi du 13 juillet 1925 sur la création des établissements publics nationaux; décret-loi du 25/10/1935 sur le contrôle des établissements publics) ne leur est consacré; le législateur s'est borné à qualifier de cette manière les organismes les plus divers.

Certains auteurs (Cullmann, Révue d'économie contemporaine, 1944 . 16) ont pu même nier l'existence d'une notion générale et estimer qu'il s'agissait de situations impossibles de ramener à l'unité." (7)

Paralelamente, desenvolveram-se fórmulas jurídicas mais vinculadas ao direito privado, tais como as sociedades estatais ou empresas públicas (sinônimos) e as sociedades de economia mista.

A expressão "empresa pública" vem ganhando terreno, progressivamente. Que vem a ser uma empresa pública?

As dificuldades não faltam para bem caracterizá-la. Sendo um fenômeno, relativamente, atual do mundo econômico-jurídico, consolidada após a 2a. Guerra Mundial, não estranha que tenha provocado os problemas de compreensão evocados por AUBY e DUCOS-ADER:

"L'expression "Entreprise publique" procède, avant tout, d'un effort d'unité et de simplification.

Elle est employée dans le langage courant, tantôt dans un sens restreint et se rapporte aux entreprises issues des nationalisations, et tantôt dans un sens large et comprend l'ensemble de l'activité industrielle et commerciale de l'Etat qui est dotée d'un statut autonome." (8)

Em síntese, poder-se-ia dizer que a empresa pública é a pessoa jurídica de direito privado cujo capital é detido em exclusividade pelo Poder Público, criada para o desempenho de atividade industrial ou comercial.

Alguns autores tendem a incluir na categoria das "empresas públicas" as sociedades de economia mista, onde o capital acionário se reparte entre o Estado e particulares:

"Une entreprise publique est un patrimoine public personalisé affecté à une tâche économique.

Ce double aspect de patrimoine public et d'organisme économique est à l'origine de tous les problèmes que posent les rapports des entreprises publiques et de l'Etat.

Il apparaît en effet que ni les institutions traditionelles du droit privé parce qu'il s'agit de patrimoines nationaux ni les institutions classiques du droit public parce qu'il s'agit d'organismes économiques, ne peuvent servir de cadre à leurs rapports avec la puissance publique.

Organismes nouveaux, leur originalité impose aux Etats la recherche d'institutions et de méthodes nouvelles." (9)

O ilustre Conselheiro do Tribunal de Contas francês filia-se, pois, a uma visão mais geral identificando os elementos principais da definição: missão econômica, capital totalmente ou majoritariamente público e natureza privada da empresa.

Mais larga, ainda, é a conceituação proposta por FRANÇOIS MARSAL, em obra recentemente publicada:

"L'entreprise publique est une unité de production visant a satisfaire l'interêt général dans le cadre d'une économie de marché, l'Etat étant proprietaire partiellement ou totalement de son capital; le gouvernement contrôlant en outre sa gestion, celle-ci comportant un ensemble de contraintes souvent étrangères aux exigences du marché, que ce soit dans le domaine de ses résultats financiers ou dans celui de l'exercice de son pouvoir économique." (10)

No Direito Italiano venceu uma solução mais simples e engenhosa, hoje consagrada internacionalmente como uma das soluções mais felizes.

Após uma primeira fase de criação de autarquias para observação dos serviços e demais atividades econômicas encampadas pelo Estado, o Governo Italiano lançou, em 1933, o Instituto para a Reconstrução Industrial (IRI), entidade financeira de direito público destinada a apoiar a recuperação e crescimento do setor industrial.

A intenção inicial era de que o IRI teria uma existência temporária, extinguindo-se após o cumprimento de sua missão de "salvamento" e apoio ao setor industrial em crise. Os acontecimentos históricos provocariam uma orientação diferente. Em 1937 ele é convertido em instrumento de uma política de industrialização voltada para a Guerra que se aproximava, e, após o término do Conflito Mundial, foi o principal meio de recuperação de uma economia derrotada e arrasada. Nos últimos 20 anos,

(7) J. M. Auby e R. Ducos-Ader — "Grands Services Publics et Entreprises Nationales" — P. U. F. — Paris — 1969 — pág. 136.
(8) J. M. Auby e R. Ducos-Ader — op. cit., pág. 77.
(9) André G. Delion — "L'Etat et les Entreprises Publiques" — Paris — Sirey — 1959 — pág. 17.
(10) Prédéric François-Marsal — "Le Déperissement des Entreprises Publiques" — Calman-Lévy — Paris — 1973 — pág. 15.

pode-se dizer que o Instituto foi o motor do grande crescimento italiano, cujas taxas estão entre as mais altas da Europa.

Na sua condição de grande "holding" financeiro o IRI partiu para uma descentralização executiva, empregando cinco grandes sociedades financeiras setoriais (Società Finanziaria Telefonica per Azioni — STET, 1933; FINMARE, 1936; FINSIDER, 1937; FINMECANICA, 1948; FINCANTIERI, 1959), que, a seu turno, desdobram-se em numerosas empresas industriais e comerciais privadas.

Além do controle, através das "finanziere", o IRI detém o domínio acionário de grandes empresas isoladas como a "Radio-Televisione Italiana — RAI", a ALITALIA, a Italstrade (construção e exploração de rodovias) e três bancos comerciais.

As empresas funcionam como mecanismos de "privatização" e dinamização dos investimentos públicos.

Do mesmo modo, foram organizados dois outros Institutos Públicos (holdings): o Ente Nazionale Idrocarburi — ENI, em 1953, para administrar o setor de petróleo e hidrocarbonetos, e o Ente Nazionale de Energia Elétrica — ENEL, em 1962, para dirigir a indústria de energia elétrica.

Assim, enquanto na França encontramos unidades econômicas independentes assumindo formas jurídicas diferentes (Renault — autarquia; Electricité de France — EDF e Gaz de France — GDF — estabelecimentos públicos industriais; Société Nationale de Chemins de Fer — SNCF — sociedade de economia mista etc. ...), a originalidade da experiência italiana consiste na relativa coordenação e no fato de que alguns institutos públicos equivalentes a autarquias comandam um conjunto de empresas públicas e sociedades de economia mista.

No Brasil também se acha presente uma evolução das autarquias em direção às entidades paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) para execução de tarefas econômicas.

A distinção entre os dois tipos jurídicos pode ser extraída da lição do Prof. Hely Lopes MEIRELLES:

"Importa distinguir, também, autarquia de entidade paraestatal. Autarquia é pessoa jurídica de direito público, com função pública típica; entidade paraestatal é pessoa jurídica de direito privado, com função pública atípica, delegada, permitida ou autorizada pelo Estado. A autarquia integra o organismo estatal, a entidade paraestatal se justapõe ao Estado, sem com ele identificar-se. Aquela é intra-estatal; esta é extra-estatal. A autarquia está no Estado; o ente paraestatal se situa fora do Estado, ao lado do Estado, paralelamente ao Estado, como o indica o próprio étimo da palavra paraestatal. Isto explica porque os privilégios administrativos (não os políticos) do Estado se transmitem natural e institucionalmente às autarquias, sem beneficiar as entidades paraestatais, senão quando lhe são atribuídos por lei especial. E, por fim, assinale-se esta diferença: a personalidade da autarquia, por ser de direito público, nasce com a lei que a instituiu independentemente de registro; a personalidade do ente paraestatal, por ser de direito privado, nasce com o registro de seu estatuto elaborado segundo a lei que autoriza sua criação." (11)

A tendência de passagem é nítida e se reforça à luz de recentes transformações jurídicas de alguns dos principais organismos econômicos públicos.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — BNDE, Instituído pela Lei n.º 1.-28, de 1952, na qualidade de autarquia federal, foi transformado em empresa pública pela Lei n.º 5.662, de 21/6/1971.

O Banco Nacional da Habitação — BNH, igualmente autarquia da União criada pela Lei n.º 4.380, de agosto de 1964, foi convertido em empresa pública no ano de 1970.

As Caixas Econômicas Federais, antigas autarquias, foram unificadas e convertidas numa empresa pública pelo Decreto-Lei n.º 759, de 12/8/1969.

Muitas das empresas criadas num período mais recente já assumiram, praticamente, a modalidade de empresa pública, como se pode ver em relação à ELETROBRÁS, COSIPA e EMBRATEL, nas quais a participação governamental, em fins de 1971, era de 99,8%, 99,5%, e 97,8%, respectivamente, sem falar na multiplicação das sociedades de economia mista, que muitos autores entendem, ao nosso ver com razão, uma espécie do gênero empresa pública.

Justifica-se a aproximação das sociedades de economia mista às empresas públicas na medida em que o Governo conserve o controle acionário. Embora isso ocorra até com menos da metade das ações, ante a pulverização das demais, como se observa em algumas empresas do IRI e com a Volkswagen alemã (20% pertence ao Governo Federal Alemão, 20% ao "Laender" — Governo Regional da Baixa Saxônia, o resto está disseminado entre particulares), a experiência brasileira tem consagrado a deten-

(11) Hely Lopes Meirelles — "Autarquias e Entidades Paraestatais", "in" Frank Sherwood, "Empresas Públicas — Textos Selecionados" — Fund. Getúlio Vargas — Rio de Janeiro — 1964 — pág. 68.

ção de, pelo menos, 51% das ações, o que é exigido, diversas vezes, na própria lei de criação das sociedades.

A Lei de Reforma Administrativa, Dec-Lei n.º 200, de .... 25/2/1967, trouxe uma contribuição conceitual ao definir as formas institucionais:

"Art. 5.º — Para os fins desta lei considera-se:

II — Empresa Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III — Sociedade de Economia Mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da administração indireta".

A comparação dos dois tipos revela a extrema semelhança de fins, de natureza jurídica e de modos de organização, a única diferença estando em que, na empresa pública, o capital é totalmente do Poder Público enquanto que, na sociedade de economia mista, essa participação oficial é apenas majoritária.

Em ambos os casos, todavia, o controle é governamental.

As características externas e internas das empresas públicas, por outro lado, foram perfeitamente classificadas por BILAC PINTO, há 20 anos:

"As características externas da empresa pública podem ser assim resumidas:

1) adota a forma das empresas comerciais comuns (sociedade por ações, sociedade de responsabilidade limitada) ou recebe do legislador estruturação específica;

2) a propriedade e a direção são, exclusivamente, governamentais;

3) tem personalidade jurídica de direito privado.

Dessas características externas decorrem as internas, que são as que tornam a empresa pública um instrumento apto e eficaz para a execução dos encargos econômicos, industriais ou comerciais do Estado.

Ao adotar, para as empresas públicas, as técnicas e os processos das empresas privadas, o Estado incorporou a esse novo órgão de suas atividades todas as vantagens da administração particular, dentre as quais devemos destacar, como mais relevantes:

a) completa autonomia técnica e administrativa;
b) capitalização inicial;
c) possibilidade de recorrer a empréstimos bancários;
d) possibilidade de reter lucros para ampliar o capital de giro e constituir reservas;
e) liberdade, em matéria de despesas;
f) flexibilidade e rapidez de ação;
g) capacidade para acionar e ser acionada;
h) regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas." (12)

Na literatura especializada européia, DRAGO apresenta as características externas das empresas públicas francesas de maneira, sensivelmente, equivalente:

"E assim podemos definir "empresa pública" pela referência a três elementos:

a) propriedade pública do capital,
b) sujeição ao direito privado e
c) sua relativa dependência da autoridade pública, e o controle exercido por esta sobre a empresa." (13)

Do cotejamento dessas noções, aliás retomadas em muitos trabalhos posteriores, depreende-se o progressivo acordo entre diferentes autores acerca das características básicas.

Pode-se ajuntar que também no direito alemão proliferaram as "Offentlichen Unternehmung" (empresas públicas), da mesma maneira que as "Gemischwirtschaftlichen" (sociedades de economia mista).

O ponto em que se pode discordar de BILAC PINTO, é a sua idéia de que há uma tendência inexorável ao declínio das sociedades de economia mista, paralelamente ao surgimento das "modernas empresas públicas".

---

(12) Bilac Pinto — Op. cit., págs. 14-15.
(13) Roland Drago — "Public Enterprise in France", in W. Friedman e J. F. Garner, "Government Entreprise — A Comparative Study" — London — 1970

Se é bem verdade que as empresas se consolidam no Estado contemporâneo, não é menos certo que as sociedades de economia mista continuam desempenhando um papel muito importante, e até prioritário, conforme o ramo onde se instalam e os condicionamentos políticos que envolvem sua fundação, como veremos mais tarde.

O que convém avançar, desde já, é o caráter instrumental, tanto da empresa pública como da sociedade de economia mista.

A autonomia e a maleabilidade que lhes pertence por natureza, a mobilidade, a presteza de decisão, o convívio com o mercado, a sensibilidade ao lucro como signo de boa gestão e fonte de autofinanciamento, a concorrência com as empresas privadas, tudo isso convertem-nas em aparatos poderosos de realização da política governamental e da planificação nacional.

São esses os motivos que conduzem a colocar o capital público em um ambiente "privado", de negócios, a fim de auferir o dinamismo que a tecnologia avançada de gestão permite realizar. Os resultados são incorporados ao patrimônio coletivo, assegurada a boa administração dos recursos nacionais, ao mesmo tempo em que se concretizam missões de interesse geral.

É, ainda, a maneira de subtrair os organismos econômicos do Estado às exigências de um burocratismo paralizante, e de renovar as estruturas do Estado, descentralizando-as, na linha dos ditames elementares de uma racional divisão social do trabalho.

Nessas condições, as empresas do Estado chegam a provar que, sendo tão ou mais eficientes que as empresas privadas, têm maiores possibilidades de realizar fins de interesse comum, conservando o controle público de ramos estratégicos para o desenvolvimento nacional.

Modos de Gestão e Comportamento Financeiro

O problema da gestão das empresas públicas deriva, justamente, do choque desses dois termos, aparentemente contraditórios, que são "empresa" e "pública".

É difícil a coexistência entre os requisitos de gestão privada de uma empresa, e as exigências de interesse geral implícitas na origem pública da totalidade ou maioria do capital.

As empresas públicas foram constituídas para serem instrumentos ágeis e flexíveis, por isso adotaram estrutura semelhante àquela das empresas privadas.

Cabe, porém, ao Poder Público assegurar-se de que os recursos financeiros que pertencem à coletividade serão bem geridos, e que serão obedecidas as diretrizes gerais dos programas de desenvolvimento.

Na qualidade mesmo de único ou principal acionista, fica-lhe garantido o direito de indicar os dirigentes e estruturar a administração.

Examinaremos, sucintamente, a estrutura administrativa e os tipos de direção encontrados em algumas das principais entidades do gênero no Brasil.

Sobressai a divisão em dois grandes grupos:

1) A direção da sociedade acha-se repartida entre um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva. Aplica-se, em geral, às empresas públicas "stricto sensu" ou equivalentes, e algumas sociedades de economia mista encarregadas de monopólio ou função, economicamente, estratégica.

O Estatuto da ELETROBRÁS, aprovado pelo Decreto n.º .. 55.835, de 12.3.1965, por exemplo, prevê:

"Art. 12 — A Sociedade será dirigida por um Conselho de Administração com funções deliberativas, e uma Diretoria Executiva.

Art. 14 — O Conselho de Administração da ELETROBRÁS, constituir-se-á:

a) de um Presidente nomeado pelo Presidente da República e demissível "ad nutum";

b) de três a cinco Diretores, conforme fixação em decreto, pelo Presidente da República, eleitos pela Assembléia Geral, com mandato de três anos;

c) de dois a quatro Conselheiros, conforme fixação em decreto, pelo Presidente da República, eleitos pela Assembléia Geral, com mandato de três anos;

d) de dois Conselheiros, com mandato de três anos, sendo um eleito pelos acionistas pessoas jurídicas de direito público interno, exceto a União, e outro pelos acionistas pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Art. 15 — A Diretoria Executiva da ELETROBRÁS compor-se-á do Presidente e dos Diretores."

O mesmo ocorre com a prescrição feita pelo Estatuto da PETROBRÁS, aprovado pelo Decreto n.º 65.690, de 12/11/1969:

"Art. 22 — A Sociedade será dirigida por um Conselho de Administração, com funções deliberativas, e uma Diretoria Executiva.

Art. 23 — O Conselho de Administração compor-se-á de doze membros, no máximo, os quais serão nomeados ou eleitos da seguinte forma:

I — um Presidente nomeado pelo Presidente da República e demissível "ad nutum" com direito de veto sobre as decisões do próprio Conselho e da Diretoria Executiva;

II — três a seis Diretores nomeados pelo Presidente da República, com mandato de três anos;

III — Conselheiros eleitos pelas pessoas jurídicas de direito público, com exceção da União, em número máximo de três e com mandato de três anos;

IV — Conselheiros eleitos pelas pessoas físicas e jurídicas de direito privado, em número máximo de dois e com mandato de três anos.

Art. 24 — A Diretoria Executiva compor-se-á do Presidente e dos Diretores nomeados pelo Presidente da República."

Uma variante desse modelo é apresentada pela estruturação da Cia. Siderúrgica Paulista — COSIPA. Em lugar do Conselho de Administração, há um Conselho Consultivo composto por: um Presidente (será o Presidente do BNDE, principal acionista), um Vice-Presidente (será o Diretor-Presidente da Cia.) e cinco Conselheiros (o Presidente do Banco do Brasil, um Representante do Ministério da Fazenda, um Representante do Setor de Mineração, um Representante do Setor de Carvão, um Representante do Ministério do Planejamento).

Com ele coexiste, como nos exemplos anteriores, uma Diretoria Executiva formada por um Diretor-Presidente e seis Diretores.

2) O segundo tipo, mais comum em relação às numerosas sociedades de economia mista, mostra a direção da empresa confiada, somente, a uma Diretoria Executiva.

É o que dispõe o Estatuto do Banco do Brasil S. A.:

"Art. 10 — O Banco será administrado por uma Diretoria composta dos seguintes membros, todos brasileiros natos:

1 — Nomeados e exoneráveis pelo Presidente da República:

a) Presidente;
b) Diretor da Carteira de Comércio Exterior.

2 — Eleitos pela Assembléia Geral de Acionistas:

a) um Diretor-Administrativo, escolhido dentre os funcionários do Banco, do serviço ativo ou aposentados;

b) nove Diretores, sendo um para a Carteira de Câmbio, um para a Carteira do Pessoal e sete para as Carteiras de Crédito Geral e de Crédito Rural, observada distribuição que, por proposta do Presidente, for aprovada pela Diretoria.

Art. 11 — Os Diretores eleitos terão mandato de quatro anos, permitida a reeleição. O mandato terminará no dia em que se realizar a Assembléia Geral Ordinária."

O Estatuto da Cia. Siderúrgica Nacional determina, igualmente:

"Art. 10 — A Cia. será administrada e gerida por uma Diretoria composta dos seguintes membros:

a) Presidente, que será nomeado ou demitido, livremente, pelo Presidente da República.

b) Sete Diretores eleitos pela Assembléia Geral pelo prazo de quatro anos, podendo ser reeleitos e que, por deliberação da Diretoria, exercerão os cargos de Vice-Presidente, Diretor Industrial, Diretor de Obras, Diretor de Matérias-Primas e Provisões, Diretor Comercial, Diretor Tesoureiro e Diretor de Pessoal e Seviços Sociais."

Em sentido análogo estipulam as normas reguladoras da grande empresa estatal de mineração, a Cia. Vale do Rio Doce.

Há um traço comum entre as empresas de ambos os grupos. É a indicação sistemática do principal dirigente, o Presidente da Sociedade, na condição de cargo de confiança do Presidente da República.

Outro traço comum entre os dois tipos de organização da direção é a presença de um órgão complementar, o Conselho Fiscal.

Normalmente composto de três a seis membros efetivos e respectivos suplentes, eleitos anualmente pela Assembléia Geral, a sua constituição oferece, por vezes, algumas particularidades quanto às fontes de recrutamento entre diferentes grupos de acionistas chamados a representar-se.

É o que consta, "verbi gratia", no Estatuto da PETROBRÁS:

Art. 68 — O Conselho Fiscal compõe-se de cinco membros, brasileiros natos, acionistas ou não, domiciliados no país, sendo um eleito pela União, um pelas pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, e três pelas demais pessoas jurídicas de direito público; neste caso, cada grupo de acionistas que representar um terço dos votos poderá eleger, separadamente, um membro.

Art. 69 — O mandato dos membros do Conselho Fiscal é de três anos, permitida a reeleição".

Ou, ainda, no Estatuto da ELETROBRÁS:

"Art. 29 — O Conselho (Fiscal) será constituído de cinco membros efetivos e cinco suplentes, com mandato de um ano, todos brasileiros, acionistas ou não, eleitos pela Assembléia Geral.

§ único — Na composição do Conselho Fiscal, um membro efetivo e seu suplente serão eleitos pelos titulares de ações preferenciais, sendo que para uma das outras vagas a Assembléia Geral elegerá candidatos cujos nomes, em lista tríplice, serão fornecidos, respectivamente, pelo Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Conselho Federal de Economistas Profissionais e, sucessivamente, uma em cada ano, pela Confederação Nacional da Indústria e Confederação Nacional do Comércio."

A importância do Banco do Brasil na distribuição do crédito é, certamente, a responsável pela presença, necessariamente, de um integrante do Conselho Fiscal, e seu suplente, representantes do Tesouro Nacional (Est. art. 27, § único).

Pelo que se explanou até agora, é visível a preponderância teórica e prática da Diretoria sobre os demais órgãos de administração. A existência de um Conselho de Administração não chega a ofuscar-lhe a liderança, dado que o Presidente e os Diretores são integrantes do Conselho, constituindo, em geral, a maioria dos participantes. O Presidente chega a deter, ao menos no caso da PETROBRÁS, o direito de veto sobre a Diretoria e o Conselho.

Além disso, o exercício de responsabilidades executivas diretas, o contato diário com a empresa, as reuniões semanais da Diretoria dão a esta um conhecimento e um domínio dos negócios da empresa impossível de ser alcançado pelos Conselhos Administrativos ou Conselhos Fiscais que se reúnem, mensalmente, para examinar as agendas preparadas, antes, pela Diretoria.

Não resta dúvida de que a competência legal e estatutária dos Conselhos de Administração é mais ampla que as atribuições da Diretoria. Seus encargos são mais importantes e extensos, seu papel aparece dominante.

Uma comprovação concreta e sintética dessa última afirmação pode ser extraída do texto estatutário da ELETROBRÁS:

"Art. 19 — Compete ao Conselho de Administração a fixação de diretrizes fundamentais de administração, por iniciativa de seus membros, ou a eles propostas, para fins de exame e deliberação, pela Diretoria Executiva, bem como o controle superior da Sociedade, pela fiscalização da observância das diretrizes por ele fixadas, acompanhamento da execução dos programas aprovados e verificação dos resultados obtidos."

Esta posição todo-poderosa é bastante ilusória. As decisões não podem ser tomadas no vazio. Elas dependem de planos, programas, levantamentos, que são fornecidos pela Diretoria Executiva.

Tendo em conta que a indicação dos componentes dos Conselhos de Administração, não Diretores, deve recair sobre pessoas de "reconhecida experiência técnica, econômico-financeira ou administrativa", conduz à conclusão de que o objetivo central desses Conselhos é o de formar uma pequena Assembléia de gestão, onde a Diretoria pode recorrer ao conselho de especialistas e representantes de setores conexos.

O Conselho Fiscal, por sua vez, tem atribuições muito limitadas. Na Maioria dos estatutos ele é consagrado a exercer as funções fixadas na Lei das Sociedades por Ações, ou seja, o exame da correção das contas, a verificação dos registros contábeis. Essa função está enfraquecida, mesmo nas sociedades privadas, sendo um dos pontos da Lei Comercial que necessita de urgente reforma.

A tendência parece ser a de substituir os Conselhos Fiscais por pareceres de auditorias especializadas. Registre-se que a maioria absoluta dos relatórios de empresas públicas tem empregado esse sistema.

Confirmada a concentração de responsabilidades no âmbito da Diretoria Executiva, é uma conseqüência lógica alinhar-se

com todos os que expuseram o aforisma consagrado: a eficiência da gestão das empresas públicas dependerá, em grande parte, da escolha de dirigentes capazes.

Trata-se, em realidade, de selecionar quadros habilitados e dinâmicos. Ainda aqui, o exame dos relatórios assinala a predominância de técnicos na direção executiva.

Distingue-se o contingente de engenheiros e economistas, o que parece indicar a preocupação de impor uma orientação, dominantemente, técnica aos negócios.

Nota-se igualmente o caráter centralizado das grandes empresas públicas federais, conquanto haja departamentos regionais importantes em alguns casos; a ELETROBRÁS possui um cargo de Diretoria para a Integração Regional, e o Banco do Brasil organizou certos cargos de Direção dentro dum critério de regionalização.

Vista a situação brasileira, a comparação com a experiência de outros países é rica em ensinamentos.

Na França, a pluralidade de formas jurídicas foi acompanhada por uma pluralidade de estruturas de gestão:

"L'organisation des entreprises publiques varie d'une entreprise à l'autre, selon la categorie à laquelle appartienne l'entreprise, selon l'importance de l'entreprise, selon le rôle qu'y joue l'Etat et aussi selon l'époque à laquelle elle a eté crée.

On peut, cependant, formuler deux observations:

1.° — Dans la plupart des cas, la gestion de l'entreprise publique a eté confiée à **plusieurs organes.** Le pouvoir a eté ainsi partagé entre une autorité délibérante, le conseil d'administration, et une autorité exécutive, le président-directeur général ...

2.° — D'autre part, l'entreprise publique esta presque toujours de type unitaire et centralisé." (14)

A composição dos Conselhos de Administração, na França, obedeceu ao critério da "representação de interesses" como remédio contra o perigo do "estatismo", terminando no sistema da gestão tri-partite (Estado, pessoal usuários). Era uma tentativa de reforma social via democratização dos grandes estabelecimentos produtivos.

Critério bastante vago, a representação de interesses revelou-se de difícil aplicação. Como representar os "usuários"? ou as "personalidades competentes" na sugestão quadri-partite?

(14) J. M. Auby e D. R. Ducos-Ader — op. cit., pág. 265.

O transcorrer dessa experiência francesa é marcado por uma certa decepção quanto ao controle político inculcado ao modelo, e por um reforçamento considerável da representação do Estado nos Conselhos de Administração.

A idéia original, no entanto, era generosa e baseava-se num postulado social: o desejo de alargamento da participação na direção dos empreendimentos nacionais, conferindo voz aos trabalhadores e a outros grupos sociais interessados.

A falha talvez tenha residido na escolha de um instrumento inadequado, e no seu uso conflitante com a missão principal outorgada por lei.

De toda maneira, houve um esvaziamento dos Conselhos de Administração em favor dos técnicos da direção, como registra Bernard CHENOT ("Les Entreprises Nationalisées" — P. U. F. — Paris — 4a. ed. — 1967 — pág. 108).

As exigências técnicas e administrativas, secundadas pelas orientações políticas que se impuseram, após o período da "Liberation", predominaram sobre os projetos originalmente concebidos.

Na Itália, o Estatuto do IRI previu assim:

"Art. 5.° — A organização administrativa do Instituto é constituída por:

a) o Presidente,
b) o Vice-Presidente;
c) o Conselho de Administração;
d) o Comitê de Presidência.

Art. 8.° — O Conselho de Administração é composto:

a) do Presidente; b) do Vice-Presidente; c) de três especialistas em matéria financeira e industrial nomeados pelo Ministro das Participações Estatais; d) do Contador-Geral do Estado; e) do Diretor-Geral do Tesouro; f) do Diretor-Geral do Ministério das Participações; g) do Diretor-Geral da Indústria; h) de um representante do Ministério de Correios e Telégrafos; i) de um Diretor-Geral da Marinha Mercante; j) do Diretor-Geral do Emprego no Ministério do Trabalho e Previdência Social; k) de um Diretor-Geral do Ministério da Defesa; 1) de um representante do Ministério do Planejamento.

. . . . . .

Art. 10 — O Comitê de Presidência é formado pelo Presidente, Vice-Presidente e os três especialistas (art. 8-c)."

A extensão das atividades do IRI, e sua posição dominante, verdadeira superestrutura do investimento público, reclamou uma representação dos diversos organismos governamentais interessados, que se dedicam a exercer uma fiscalização "técnica".

Ao nível das empresas componentes, situadas na base da "pirâmide" que é o setor público italiano, há organização administrativa e liberdade de ação semelhantes às das empresas privadas:

"O poder político não intervém ao nível da empresa. Os compromissos entre missões públicas e rentabilidade das empresas (investimentos, localização etc. ...) efetuam-se ao nível do Instituto, em concentração com o poder político.

A escolha dos dirigentes das empresas escapa a esse poder. De mesmo, a autonomia do dirigente da empresa face ao Instituto é uma regra, fora da qual não se lhe poderia exigir uma gestão econômica de sua empresa." (15)

Muito se tem falado sobre a circunstância de que as novas instituições, as empresas públicas, desligadas do interesse privado tradicional, isto é, da perseguição exclusiva do lucro, da realização do maior benefício apropriável possível, desinteressaria os seus dirigentes de conduzi-las a bom termo.

Tal raciocínio apoia-se, certamente, na crença de que o lucro é o único ou, pelo menos, o principal móvel válido e eficaz da atividade econômica, o que parece, sem dúvida, exagerado.

É inegável que o lucro é o coração de um sistema econômico específico — o capitalista — e que em si mesmo, independentemente do tipo de sistema econômico, constitui um razoável indicador da boa gestão empresarial, e nessa condição é aplicável a outras formas de organização da economia.

Deve-se considerar, porém, a interferência de outros fatores estimulantes da ação dos dirigentes das empresas públicas:

1) O objetivo maior das empresas públicas que dirigem é a realização do interesse coletivo; muitas delas exercem função estratégica de desenvolvimento, colaborando para a transformação sócio-econômica e a melhora do nível de vida de enormes massas de população; outras exercem a administração de serviços essenciais à vida da nação.

É preciso não minimizar esse estímulo, ele é importante. Em países novos como os da América Latina esse "mister de serviço público" é capaz de motivar largas camadas de jovens técnicos, sensíveis às dificuldades do seu povo e às exigências de mudança social.

2) Há um aspecto de prestígio, não negligenciável, nos cargos de direção das empresas públicas. Em geral são empresas de grande porte, implicam numa grande especialização e capacidade dos encarregados das chefias superiores e médias, e exercem uma grande influência no andamento do setor privado.

3) É possível estabelecer estímulos financeiros em relação aos "empresários públicos", interessando-os, diretamente, nos resultados positivos. Isso pode ser feito por intermédio de gratificações especiais ou de participação nos lucros obtidos.

Algumas dentre as grandes empresas públicas brasileiras têm-se valido desse recurso. Assim a Cia. Siderúrgica Nacional e o Banco do Brasil prevêm a participação dos Presidentes e Diretores em até 0,1% e 0,5%, respectivamente, dos lucros líquidos do exercício, obedecido o limite fixado pela Assembléia Geral. Os estatutos da PETROBRÁS e da ELETROBRÁS autorizam a Assembléia Geral a estipular gratificação ou percentagem dos lucros destinadas aos administradores, desde que os dividendos sejam de 6% ou mais.

Ante o grande volume dos negócios dessas empresas, e a manutenção de um nível razoável de rentabilidade, esses prêmios podem atingir uma importância significativa. Essa medida incentiva o recrutamento e a permanência da melhor "capacidade gerencial", fator de produção tão raro e necessário quanto o capital, nos países subdesenvolvidos.

Em lugar de ver essa decisão como um privilégio, convém antes fazer um exame de conjunto, dada a inserção das empresas públicas numa economia que é "mista", mas onde prevalecem as empresas privadas.

Estabelece-se, então, uma concorrência que as sociedades do Estado devem estar preparadas a enfrentar em todos os setores: na obtenção de matérias-primas, nos equipamentos, na absorção de tecnologias, na contratação de mão-de-obra.

A respeito deste último tópico, a contratação de mão-de-obra, a legislação das empresas públicas tirou as conseqüências lógicas do instrumento que criou. Estando as novas entidades no campo do direito privado é este que se deve aplicar ao pessoal.

Temos, pois, que os empregados regem-se, totalmente, pelas leis trabalhistas em vigor (Consolidação das Leis do Trabalho e normas complementares), não se aplicando o estatuto dos funcionários nem outros regulamentos intermediários.

Esse procedimento, unitário e coerente, fez com que se eliminassem problemas surgidos de eventuais estatutos particulares de

(15) Giuseppe Petrilli — Op. cit., pág. 78.

pessoal. Na França, embora a lei exclua os empregados das empresas públicas do rol de funcionários, mandando aplicar as convenções coletivas de trabalho e demais normas juslaboralistas, persistem estatutos específicos que mais dificultam do que auxiliam a atender os interesses da empresa e dos trabalhadores.

Por outro lado, o tratamento do pessoal, em correspondência com o que se verifica no setor privado, contribui para a equiparação de condições e métodos que se almeja quando se prega para as empresas públicas idênticos critérios de racionalidade e eficiência.

Isso é bem claro ao estudar-se o sistema das empresas públicas italianas, onde o princípio de "economicitá" (da rentabilidade) tornou-se um pressuposto consagrado.

A realização desse princípio, por sua vez, leva-nos ao problema do equilíbrio financeiro como norma de ação.

A idéia de equilíbrio financeiro, representada pela convicção de que as empresas públicas devem obter receitas capazes de, ao menos, cobrir as despesas, e se possível atingirem um "superavit" desejável, parece impor-se por si só, desde que estas instituições foram erigidas para funcionar como as símiles privadas.

Estabelecido um capital público inicial, sua sugestão deve ser rentável; não se admitiria a contribuição estatal sob a forma de subvenções ou auxílios, salvo no caso de dotação suplementar de capital para expandir a empresa e cobrir pesados investimentos requeridos pela política econômica.

A colocação de bens e serviços no mercado deve levar em conta o preço de custo e a indispensável formação de reservas ao serem fixados os preços de venda.

Não se admitiria, portanto, a compressão dos preços e tarifas públicos, ainda que se possa invocar razões relevantes, excepto que haja compensações adequadas.

É normal que as autoridades exijam da empresa pública uma redução dos custos, feita pela via de uma melhora administrativa e aumento da produtividade. Não seria economicamente lógico, entretanto, reclamar uma compressão tarifária derivada de outros motivos.

Os princípios de bom-senso expostos nos parágrafos anteriores são, todavia, freqüente e internacionalmente quebrados, sobretudo nos setores de transporte, energia e comunicações.

A causa deve-se a que não são apenas os fatores econômicos que intervêm, mas há pesados interesses sociais e influências políticas em jogo, provocando o congelamento das tarifas públicas.

No transporte ferroviário de passageiros ou nas comunicações postais, por exemplo, razões de interesse social são invocadas para manter baixos, e pois acessíveis ao maior n.º possível de pessoas,

os preços desses serviços essenciais a toda a coletividade. Esses ponderáveis motivos desaparecem quando o problema se transfere para o âmbito do transporte rodoviário de passageiros, lucrativo e em mãos de empresas privadas.

Simultaneamente são exercidas pressões para que se mantenham baixas as tarifas do transporte ferroviário de mercadorias, invocando-se razões de desenvolvimento econômico. No mesmo sentido, reclamam-se preços especiais para o fornecimento de energia elétrica às indústrias.

Energia e transporte baratos são impulsionadores poderosos da atividade econômica, porém, quando tais serviços são oferecidos abaixo do seu custo, na realidade está-se subvencionando o lucro das empresas privadas à custa dos contribuintes, e prejudicando o bom funcionamento das empresas que pertencem à coletividade.

As leis de constituição e os estatutos das companhias estatais deveriam protegê-las, expressamente, desses inconvenientes.

O equilíbrio financeiro choca-se com outras dificuldades expressivas. Em relação à França, a questão foi bem enunciada:

"Deux séries de facteurs spécifiques ont concouru à l'agravation du désequilibre financier qui atteint la plupart des grandes entreprises nationales: les premiers tiennent à la structure même de ces entreprises et, spécialement, à l'importance du personnel qu'elles emploient; les seconds sont extérieurs à ces entreprises et doivent être recherchés dans l'évolution économique et technique des secteurs dans lesquels elles fonctionnent." (16)

"Mutatis mutandis", suas conclusões aplicam-se, "grosso modo", à situação brasileira.

O esforço de redução dos custos operacionais das empresas públicas de transporte no Brasil, para tomar uma situação concreta, teve que enfrentar o problema de uma massa de empregados, freqüentemente excessiva, porque as empresas públicas desse ramo tinham sido usadas como um dos meios de resolver a crise sistemática de insuficiente oferta de trabalho.

O corte de parte desse contingente só pode ser feito em condições políticas excepcionais, com repercussões sociais mal conhecidas mas, provavelmente, sérias.

(16) Bernard Castagnede — "L'équilibre financier des entreprises publiques", Armand Colin — Paris — 1971 — pág. 26.

Ainda aqui, a experiência italiana é cheia de lições a tirar. Quando o Governo deseja salvaguardar o nível de emprego, ele encarrega o IRI de manter a mão-de-obra, normalmente através da criação de uma outra empresa ou reconversão da empresa em dificuldades, e reforça a dotação de capital do Instituto para compensar a carga que lhe foi exigida.

O que se passou com a "Fincantieri" é exemplar de como se pode corrigir antigos erros. Tendo recebido estaleiros navais à beira da falência, o IRI recuperou-os, expandiu-os (renovando a frota italiana e exportando para a Organização do Tratado do Atlântico Norte — OTAN) e, finalmente, reconverteu-os quando a oferta tornou-se superdimensionada.

Outra das dificuldades intervenientes e que tendem a provocar desequilíbrio financeiro é a evolução setorial que afeta algumas das grandes empresas públicas.

O transporte ferroviário sofre uma concorrência cada vez mais intensa. Em relação aos passageiros, o transporte aéreo e rodoviário ganham terreno. Em relação às mercadorias, o transporte fluvial, os oleodutos e, sobretudo, a rodovia atraem antigos clientes das ferrovias.

Reconheçamos, em favor do transporte rodoviário, que a derrota crescente ante o transporte rodoviário advém de uma política de investimentos que lhe é, largamente, desfavorável. Um exame sumário das estatísticas oficiais de transporte revela que os investimentos maiores do setor foram dirigidos, preferentemente, para as rodovias.

Ora, enquanto as empresas ferroviárias (estatais) têm de arcar com pesadas aplicações financeiras para manutenção e modernização da via permanente, as empresas rodoviárias (privadas) recebem uma infraestrutura grátis, pois a construção da rodovia é paga pelo Governo.

É fácil alegar-se que a rodovia serve não apenas o transporte coletivo, de passageiros e cargas, mas atende igualmente o tráfego de automóveis particulares, favorecendo, inclusive, a indústria automobilística (estrangeira).

O argumento é correto, mas não altera o exame anterior. Apenas estende a discussão, levando a colocar em dúvida a racionalidade da política de transporte em seu todo, que não é ocasião de debater por ora.

A concorrência com as empresas privadas é aguda, mas há, também, concorrência entre empresas públicas, como se dá entre as comunicações postais (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — EBCT) e as comunicações telefônicas (EMBRATEL, CTB etc. ...). Nesta segunda hipótese, as autoridades podem ar-

bitrar, mais facilmente, conforme as necessidades e disponibilidades, vantagens econômicas etc. ..., desde que exista coordenação adequada.

Outra causa que pode concorrer para o desequilíbrio financeiro, é a utilização das empresas públicas para correção da conjuntura econômica, ou como instrumento de política antiinflacionária. O bloqueio de tarifas visa, então, a combater a alta de preços. Pode, ainda, haver pressões para compra de equipamentos ou matéria-prima de um ramo em crise.

A experiência francesa mostrou que essa política é desastrosa para as empresas públicas e, altamente, incerta no que tange à luta contra a inflação. A redução ou estagnação do custo de insumos do setor público, se não forem repercutidos pelo setor privado no preço final dos produtos (o que é dificilmente controlável), transforma-se em mero subsídio do setor privado. Admitindo-se que a repercussão se faça, rigorosamente, uma possível elevação centesimal da taxa de lucro viria a eliminar o efeito antiinflacionário pretendido.

Como vimos, uma grande parte dos riscos e da incitação ao desequilíbrio financeiro deriva da intervenção do Estado em suas empresas, influenciando o preço de venda dos bens e serviços.

Forçoso é reconhecer que o Estado tem esse direito, tanto mais que ele é o detentor do capital e responsável pelos riscos, que a finalidade das empresas públicas não é, prioritariamente, o lucro e que razões de grande importância social podem justificar, trasitoriamente, a intervenção.

A contrapartida indispensável consiste em avaliar, o mais precisamente possível, o custo do esforço imposto às empresas públicas, e compensá-las com dotações específicas de capital ou subvenções "ad hoc".

A conclusão unânime dos especialistas é a de que mais vale o Estado subsidiar, diretamente, os benefícios conferidos a grupos sociais carentes, por imposições de justiça social, do que reclamar das empresas públicas que ofereçam essas vantagens, indiscriminadamente, pela contenção artificial de tarifas.

Até aqui falamos de interferências negativas ou bloqueadoras.

Há, contudo, interferências positivas, em que se procura expandir as empresas para atender o alargamento do mercado, ou para transformá-lo e modernizá-lo, dinamizando-o. É um procedimento muito mais fácil e sadio, desde que providenciados os capitais necessários e o acesso ao financiamento.

Criação e Extinção

As empresas públicas são, geralmente, criadas por lei, ou pelos diplomas equivalentes com força legislativa.

A manifestação do Poder Legislativo tem o caráter de uma autorização. Incumbe ao Poder Executivo, que quase sempre toma a iniciativa de encaminhar o projeto, concretizar a decisão tomando todas as providências necessárias (inclusive regulamentares), para que a empresa entre em funcionamento.

Assim, no Brasil, várias dessas sociedades foram constituídas por documentos legislativos diferentes, consoante as circunstâncias.

1) O BNDE, o Banco do Nordeste do Brasil — BNB, o Banco da Amazônia — BASA, a PETROBRÁS, ELETROBRÁS, EMBRATEL, foram constituídos por leis comuns.
2) A Cia. Brasileira de Alimentos — COBAL, e a Cia. Brasileira de Armazenagem — CIBRAZEM, surgiram através de Leis Delegadas, quando o Legislativo outorgou, extraordinariamente, poderes ao Executivo para que procedesse à criação dessas empresas.
3) A Cia. Siderúrgica Nacional, a Cia. Vale do Rio Doce, as Centrais Hidroelétricas do São Francisco, a Cia. Brasileira de Tecnologia Nuclear, a Empresa Brasileira de Aeronáutica — EMBRAER, a Central de Medicamentos, foram criadas por Decreto-Lei, em períodos excepcionais.

Ao Poder Executivo cabe baixar os Estatutos que regerão as sociedades e inscrevê-las no Registro de Comércio, tal como procedem os iniciadores de um empreendimento privado.

Os Estatutos, normalmente, são aprovados e tornados obrigatórios mediante a publicação de Decreto do Executivo. Pode ocorrer, porém, que a elaboração dos mesmos seja consolidada em Assembléia Geral.

As formas de instituição das empresas públicas dão-se, alternativamente, pela criação "ex nihilo" (a partir do nada), pela aquisição do controle acionário (mediante compra, doação ou herança), ou pela encampação (mediante desapropriação das ações, com ou sem indenização).

A última forma foi bastante usada na França, após a última Guerra, e recebeu o nome de "nacionalização". As Usinas Renault, por exemplo, primeiro produtor francês de veículos, foram "nacionalizadas" sem indenização, em virtude de sua ação colaboracionista com o inimigo durante a ocupação nazista.

A lei de criação e os estatutos das empresas públicas permitem, ocasionalmente, que sejam criadas empresas subsidiárias, diretamente. É a base do fenômeno de "reprodução" das empresas públicas. Supõe-se que as subsidiárias sejam destinadas a atuar em setores complementares, ou que assumam uma tarefa específica do objetivo da empresa-mãe.

A PETROBRÁS fez uma divisão do trabalho, atribuindo a subsidiárias funções especiais de distribuição, transporte, exploração internacional, em relação ao petróleo, e a petroquímica.

A Usina Siderúrgica de Minas Gerais — USIMINAS — criou uma subsidiária para produção de estruturas metálicas, função eminentemente complementar.

A complementaridade e especialização, contudo, não são obrigatórias, e seria impossível delimitá-las. Por isso, certas empresas instituíram subsidiárias só indiretamente ligadas ao seu objetivo próprio, como a Cia. Siderúrgica Nacional e a Cia. Vale do Rio Doce.

Depois de constituídas, as empresas são administradas pelos orgãos dirigentes, Conselho Fiscal e Assembléia Geral, tais quais empresas privadas.

As Assembléias Gerais ficam afetadas pela condição do Estado como único ou principal acionista, reduzindo-se a uma mera formalidade. A função ordinária principal de nomear os dirigentes lhes é retirada e transferida à Presidência da República.

O exame dos estatutos de algumas das mais importantes empresas públicas demonstra que as Assembléias Gerais foram relegadas a um plano secundário. Limitam-se a deliberar sobre o Balanço e o parecer do Conselho Fiscal, a preencher umas poucas vagas de Direção delegadas pela Chefia do Executivo, a fixar honorários e remunerações.

A duração das empresas públicas é por tempo indeterminado, mas podem extinguir-se por razões de Estado.

A extinção faz-se, ordinariamente, da mesma maneira que a criação: por lei, ou por decisão da Direção da empresa-mãe, quando se trata de subsidiária, com ratificação da Assembléia Geral.

Acontecimento muito raro, a extinção pode dar-se em razão da incorporação a outra empresa pública, pela transferência do controle acionário a particulares (Fábrica Nacional de Motores — FNM), ou pela liquidação.

De outra parte, vem-se estabelecendo, gradualmente, um consenso entre os doutrinadores no sentido de que as empresas públicas não são atingidas por liquidações judiciárias forçadas, como a falência. A jurisprudência francesa acorre nessa direção.

Da mesma forma, os conflitos em que elas são parte, direta ou indiretamente, foram retiradas pela Constituição Federal (art. 119) da jurisdição ordinária e entregues à competência da Justiça Federal.

É a influência do Direito Administrativo a responsável por esse envolvimento, e vem comprovar a postura intermediária das empresas públicas entre o direito privado e o direito público, pelas suas origens e finalidades.

A evolução original dessas instituições prenuncia a evolução do Estado moderno, como já o apercebia BILAC PINTO, THEMISTOCLES CAVALCANTI, DRAGO e DELION, há mais de quinze anos.

Tutela e Controle

A condição de proprietário confere ao Estado o direito de estabelecer uma tutela e exercer um controle sobre suas empresas.

A natureza das empresas públicas, do seu lado, requer flexibilidade e autonomia, capacidade de decidir rapidamente, e às vezes em sigilo.

Conciliar estes dois postulados é o segredo do êxito. Entre o estatismo e a autonomia completa flutua um meio-termo difícil de ser encontrado mas essencial à consolidação do setor público como mecanismo real de desenvolvimento, na sua acepção mais ampla.

O Dec-Lei 200 firmou a primeira norma de tutela:

"Art. 4.º —

§ 1.º — As entidades compreendidas na Administração indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade."

A tutela é ampla e implica num controle, como se pode ver no mesmo diploma da Reforma Administrativa:

"Art. 26 — No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I — A realização dos objetivos fixados nos atos de constiuição da entidade.

II — A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III — A eficiência administrativa.

IV — A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade."

O parágrafo único do art. 26 especifica as medidas para o exercício da supervisão ministerial, como o recebimento sistemático de relatórios, balanços etc. ..., a aprovação anual do orçamento-programa, a aprovação das contas, a realização de auditoria e avaliação periódica do rendimento e produtividade, entre outras.

As determinações referidas completam a legislação anterior sobre a matéria, especialmente o Decreto n.º 41.427, de ..... 25/4/1957, que criou a "Comissão de Defesa dos Capitais Nacionais — CODECAN" como órgão de controle e defesa dos interesses da União nas empresas públicas.

Mais tarde, as Leis 4.400, de 31/8/1964 e 4.904, de .... 17/12/1965, excluíram a ELETROBRÁS, PETROBRÁS e Cia. Vale do Rio Doce, passando-as para o controle do Ministério de Minas e Energia, pela participação do Ministro ou um seu representante nas Assembléias Gerais, fórmula incorporada aos estatutos.

Em 1967 houve nova alteração:

"O Dec-Lei n.º 147, de 3/2/1967 alterou a composição da CODECAN, reduzindo de dois para um a representação de técnicos de economia e finanças e de agentes fiscais do Imposto de Renda, e acrescentando um representante de cada um dos Ministérios a que se vinculam as entidades sob controle da Comissão e um representante do Banco Central do Brasil." (17)

A tutela e o controle ficaram, pois organizados da seguinte forma:

a) Exame das contas pelo Conselho Fiscal e Auditores;
b) Supervisão ministerial;
c) Fiscalização da CODECAN, exceto para as empresas subordinadas ao Ministério de Minas e Energia.

Algumas das companhias públicas enviam os dados financeiros do exercício aos Tribunais de Contas. O estatuto da PETROBRÁS, entre outras, fixa essa obrigação no art. 55, XIV.

---

(17) Alberto Venâncio Filho — Op. cit., pág. 449.

A exigência, contudo, não é geral, o que tem causado o protesto de muitos administrativistas ante o princípio consagrado de que quem gere dinheiros públicos deve prestar contas de sua gestão. Os órgãos normalmente encarregados dessa verificação são os Tribunais de Contas, com uma tradição de capacidade e independência que garante um bom exame da correção e legitimidade das contas.

A extensão do problema levou os Tribunais de Contas do País, reunidos em congresso, a solicitar sugestões de uma comissão de juristas.

Duas orientações consolidaram-se no interior da Comissão, consoante divulgou a imprensa (Estado de São Paulo, edições de 12/7 e 15/7), dando lugar a duas proposições: a do Prof. Hely Lopes Mierelles e a do Ministro Lira Filho.

1) O Prof. H. L. Meirelles apresentou ante-projeto de lei tornando coercitiva a prestação anual de contas da gestão financeira ao Tribunal de Contas da União, Estado ou Município a cuja esfera pertençam as empresas públicas ou sociedades de economia mista, apontando as medidas necessárias para corrigir possíveis irregularidades, e estabelecendo outras disposições.

O princípio central é correto, a fiscalização de contas determinada inscreve-se na melhor orientação do Direito Administrativo.

Há, todavia, dispositivos extremamente criticáveis, tais como os artigos 4.º, 6.º e 8.º, assim formulados no anteprojeto:

"Art. 4.º — Todo contrato de valor superior a 5.000 salários mínimos ou a um milésimo do capital realizado da entidade fica sujeito a concorrência, na forma da legislação em vigor, podendo esta ser dispensada quando houver urgência na sua realização ou ocorrer outro motivo de interesse estatutário, previamente justificado pela Diretoria e constante de ata cujo resumo será publicado no órgão oficial, antes da contratação direta.

Art. 6.º — Todos os atos e contratos das entidades regidas por esta Lei, realizados com ou sem licitação, são considerados documentos públicos, passíveis de certificação ou fornecimento de cópias ou xerocópias autenticadas a qualquer requerente para defesa de direito, mediante o pagamento das despesas de sua expedição.

Art. 8.º — Esta Lei não se aplica às sociedades ou empresas federais que explorem atividades que constituam monopólio da União, ou realizem obras, serviços, compras ou atividades consideradas, por decreto, de interesse da segurança nacional."

Nos artigos 4.º e 6.º deparamos com erro gravíssimo que fere, frontalmente, a própria essência das empresas públicas.

Impor a concorrência pública para os contratos efetuados, sejam de grande vulto ou não, e a divulgação completa dos seus negócios, equivale a desnaturar as empresas públicas, a renegar sua origem e objetivos, a reduzi-las ou reconvertê-las em meros departamentos administrativos burocratizados, estagnantes, desprotegidos da concorrência privada, desviados da sua missão.

As normas em apreço são inadmissíveis e indicam uma contradição absoluta. Esses dispositivos não chegam a estabelecer um controle das empresas do Estado, eles a destroem, atacando seu fundamento: a autonomia.

O art. 8.º, ao contrário, institui uma isenção, dificilmente justificável. Monopólios ou não, as empresas públicas têm o mesmo fim último: a realização do interesse coletivo ou público. Ora, a hierarquização do interesse público, em relação aos objetivos das diferentes empresas, é, praticamente, impossível.

A PETROBRÁS detém um monopólio legal, a ELETROBRÁS não. No entanto, ambas desempenham uma função, igualmente estratégica, no mesmo terreno, o energético.

O interesse da segurança nacional, doutra parte, liga-se tanto às companhias siderúrgicas quanto à Central de Medicamentos, à Cia. Brasileira de Alimentos ou à EMBRAER.

Estendendo esse raciocínio, rigorosamente lógico, chegaríamos a subtrair da aplicação dessa futura lei quase todas as empresas públicas e sociedades de economia mista.

2) A proposição do Ministro Lira Filho não foi, infelizmente, transcrita. O lacônico comentário diz tratar-se de projeto visando a criar uma "Auditoria Geral" para fiscalização das empresas públicas e sociedades mistas, com "status" de ministério, tendo sido criticado pelo Prof. Meirelles, que o julgou "órgão excessivamente complexo e dispendioso".

Tenha-se em conta, enfim, que as empresas públicas não existem como simples unidades isoladas, elas pesam em setores importantes, e formam um conjunto que coloca problemas de coordenação. Tutela, controle e coordenação são inseparáveis.

Firmamos convicção sobre a indispensabilidade da autonomia de gestão. Simultaneamente, impõe-se respeitar o interesse público.

A definição do interesse público é incorporada pela política econômica à planificação nacional. Desenhados os grandes objetivos, as empresas públicas devem cumpri-los na sua área, com inteira liberdade de ação.

Administradores habilitados e planos globais bem concebidos devem permitir a realização dos objetivos visados.

A não-ocorrência dessa situação implica:

a) Os planos foram mal elaborados, ou foram abalados por causas externas intervenientes (crise internacional, por exemplo).

b) A gestão das empresas estatais foi deficiente.

No primeiro caso, os planos devem ser corrigidos. O ideal seria a existência de mecanismos flexíveis e automáticos que, periodicamente, revisassem os planos.

No segundo caso, a gestão deficiente deve ser eliminada, a direção deve ser substituída, a menos que esta prove que lhe foram sonegados os meios (capital, crédito, matérias-primas etc. ...) de cumprir sua tarefa.

Disso se deduz o critério que propomos para avaliação do desempenho das empresas públicas: a eficácia dos resultados.

Os resultados positivos, geralmente, se traduzem pelo lucro. Podem, porém, ser apreciados a partir de objetivos concretos e precisos, claramente inscritos na planificação e transmitidos à direção da empresa. É desejável que a direção tenha sido ouvida na fase de elaboração dos planos. O diálogo entre empresários públicos e planificadores é precioso.

A coordenação, pois, transcende a supervisão ministerial, diante de um quadro de planificação nacional. Os ministérios asseguram a coordenação intra-setorial mas não garantem a coordenação intersetorial.

A presente constatação revela a falta de um órgão superior encarregado da coordenação geral das empresas públicas.

As comparações, quanto aos itens examinados, são sugestivas.

Na França, o caráter autoritário e, altamente centralizador da Administração fez-se sentir na maneira como se organizou a tutela e o controle das empresas do Estado.

Os mecanismos sufocantes do controle francês atuam de uma dupla maneira: "a priori" e "a posteriori".

— "A priori", sem contar o poder governamental de nomear os dirigentes e aprovar programas de investimentos e conexos, intervêm, ainda, os executores da tutela técnica e da tutela financeira.

A tutela técnica é exercida pelos "Comissaires du Gouvernement", representando o Ministro em cuja jurisdição insere-se a empresa pública. Visam mais a manter informado o ministério do que adequar programas e projetos.

A tutela financeira dá-se pela mediação dos "Contrôleurs d'Etat", altos funcionários do Ministério das Finanças, que visam a fazer respeitar os princípios da política financeira vigente.

— "A posteriori" intervêm os "Comissaires aux Comptes", o "Comité Central d'Enquête sur le Coût et le Rendement des Services Publics", a "Inspection de Finances", o "Controle du Parlement" (o Parlamento tem o direito de ser informado e de emitir juízo sobre o funcionamento das empresas públicas) e, acima de tudo, a "Comission de Verification des Comptes des Entreprises Publiques".

A Comissão de Verificação de Contas das Empresas Públicas apura a veracidade e correção dos dados financeiros e faz, igualmente, uma análise de gestão, apontando erros c inconveniências, sugerindo modificações etc. ...

A descrição dos diferentes controles é genérica e sucinta, havendo variações de uma empresa para outra. No setor chamado "de concorrência" (fabricação de automóveis, construções aeronáuticas, química etc....), onde, geralmente, a capitalização é autofinanciada e há lucros, a tutela é mais leve. No setor "de serviço público" (energia, transporte, etc. ...) o controle é pesado e rigoroso.

Tornou-se, praticamente, aceito por todos os analistas que o excesso de órgãos e formas de tutela não facilitou o controle e muito dificultou o desenvolvimento das empresas públicas francesas.

A coordenação é, também, um ponto falho do setor público francês, dada a ausência de um órgão unitário que harmonize as atividades das empresas públicas "lato sensu". Apesar do esforço feito nos últimos anos (mecanismos de consulta, reunião periódica dos Diretores, etc. ...), não foi sanada essa lacuna institucional.

A legislação italiana mostrou, quanto ao controle e tutela, o mesmo espírito prático e maleável que orientou a edificação de todo o sistema de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Tendo em vista que o IRI coordena a maior parte do setor público empresarial italiano, será proveitoso estudar o modo como se faz o controle de sua atuação.

O Decreto Legislativo de 12/2/1948 (Gazzeta Ufficiale n.º 50), que aprovou o novo estatuto do IRI, determinou no seu art. 14 que haveria um "Colégio de Comissários das Contas" formado por um Presidente, escolhido na Administração Pública entre cargos não inferiores a Diretor-Geral, e por representantes da Assistência Jurídica do Estado, do Ministério das Participações Estatais, do Ministério do Tesouro, da Contabilidade-Geral.

O mandato é de três anos e o controle exercido incide sobre a gestão contábil, administrativa e financeira, sobre a veracidade dos balanços e das emissões de obrigações. Os Comissários assistem às reuniões do Conselho de Administração e podem, sempre, verificar os livros e peças justificativas da escrita.

Mais tarde, a Lei de 21/3/1958, n.º 259, acompanhada de dois Decretos do Executivo, datados de 11/3/1961 e 8/3/1965, instituíram o controle do Tribunal de Contas sobre o Instituto de Reconstrução Industrial, por intermédio da presença de um magistrado da Corte de Contas, nomeado pelo Presidente da mesma, e encarregado de assistir às sessões dos órgãos administrativos e de fiscalização. Deve, ainda, o IRI encaminhar seus balanços e previsão de despesas.

Os problemas de coordenação do setor público italiano foram resolvidos pela organização de um novo ministério, o Ministério das Participações Estatais.

A Lei de 22/12/1956 dispôs que o novo ministério ficava encarregado da administração global das empresas públicas, respeitadas a autonomia e rentabilidade das mesmas.

Na prática o ministério interfere pouco, só o fazendo quando há dúvidas ou opções a arbitrar entre os Institutos e as Financeiras.

A coordenação da atividade do Ministério das Participações Estatais com os outros ministérios interessados fica a cargo de um Comitê Permanente, compreendendo os Ministros das Participações, do Balanço e Planejamento, do Tesouro, da Indústria e Comércio e do Trabalho. Compete ao Comitê examinar, anualmente, o resultado em cada setor.

A estrutura do Ministério das Participações ficou integrada pelos Serviços de: Inspeção, Assuntos Administrativos e de Pessoal, e Assuntos Econômicos.

A fim de evitar uma organização muito pesada e burocratizante, o art. 7.º dispõe que o n.º de cargos funcionais não exceda a 100.

Completou-se, dessarte, a estrutura piramidal em quatro níveis da economia pública na Itália: Ministério das Participações (coordenador e árbitro dos Institutos), Institutos (IRI, ENI e ENEL), Financeiras e Empresas.

As comparações reforçam nossa convicção. As empresas públicas só poderão cumprir suas finalidades dentro de um sistema de controle leve "a posteriori", que privilegie os resultados e não a simples obediência de rotinas e formalidades regulamentares.

O empresário público deve prestar contas do dinheiro que emprega, mas deve ter a liberdade de negociar tão agilmente como seu colega da empresa privada, e deve ser preparado para isso.

Essa liberdade inclui a possibilidade de erro, o que é uma contingência humana; a recuperação far-se-á dentro do andamento normal das atividades. Essa liberdade não inclui, entretanto, o poder de descumprir ou bloquear a aplicação dos planos nacionais. As normas gerais da programação nacional para o desenvolvimento são a bússola do gerente público.

John K. GALBRAITH, em artigo publicado no Indian Journal of Public Administration, e reproduzido pela Fundação Getúlio Vargas, insiste na imprescindibilidade de autonomia da empresa, mesmo sujeita a erros esporádicos. Cita o exemplo de uma sociedade privada americana que desenvolveu um projeto de automóvel que foi um fracasso total.

Fosse essa empresa estatal, diz Galbraith, e as críticas seriam as mais duras. Nomear-se-ia uma comissão técnica que passaria a fiscalizar modelos e decisões provocando, ao final, atrasos que seriam muito mais onerosos que o erro inicial.

Quanto à coordenação, permanece um ponto falho no Brasil.

Diversas alternativas são possíveis:

1) Criação de um Comitê Interministerial, sob a presidência do Ministro do Planejamento, com atribuições de harmonizar e racionalizar os programas de investimento das empresas públicas.

2) Instituição de um ministério, à semelhança da experiência italiana, que fiscalizaria e regeria os empreendimentos públicos.

3) Organização de uma Assessoria, diretamente vinculada à Presidência da República, para informar do andamento dos entes públicos e sugerir a orientação geral a ser tomada.

Qualquer que seja a opção, o sucesso da iniciativa dependerá do respeito aos princípios fundamentais antes analisados.

Aspectos Políticos

A presença das empresas públicas acende, por si só, um debate que logo se torna político.

É sabido que muitas delas foram criadas na perspectiva de instauração de um regime socialista, em circunstâncias políticas difíceis como na experiência do "Front Populaire" e da "Liberation" na França, ou do pós guerra na Itália, nas nações da América Latina e em alguns países da Ásia, particularmente a Índia.

Hoje, quase três décadas mais tarde, constata-se que em nenhum desses países instalou-se um governo socialista ou socializante, com exceção do Chile.

As empresas públicas não só ficaram, independentemente da orientação vigorante, mas até se desenvolveram, espetacularmente, coexistindo com as empresas privadas em regimes que foram chamados de "economias mistas" mas que são, predominantemente, capitalistas.

Isso prova à saciedade que as empresas públicas são instrumentos econômico-políticos, e, como tais, empregáveis tanto num regime capitalista como num regime socialista, num sistema democrático ou num sistema totalitário, para o desenvolvimento ou para a guerra.

A distinção depende dos fins que forem, politicamente, dados. Na Itália, tendo sido criadas por um regime fascista, foram aproveitadas, com êxito, pelos governos democráticos do após-guerra.

Nesse particular, é interessante a observação de MEYNAUD, para a França: " Praticamente, a título algum, as nacionalizações constituíram um meio de reforma social, como o haviam desejado alguns cuja ambição e esperança se desfizeram ante o sólido muro das estruturas sociais.

... Seria prova de grande ingenuidade atribuir aos simples fato da transferência para o setor público de uma parte do mecanismo de produção, dentro de um campo que permanece estritamente capitalista, a virtude de transformar profundamente a ordem social. A hipótese mais plausível, no caso, é a de que o capitalismo aceita a reforma sem ser por ela fundamentalmente incomodado. A nacionalização só poderia vir a fomentar a transformação se ela agisse em combinação com outras medidas que a enquadram e que a sustêm, tais como: acesso geral e efetivo de todas as classes ao ensino superior; taxação alta das rendas elevadas e das heranças; ..." (18)

(18) Jean Meynaud — "Aspectos Atuais da Empresa Pública na França" — Fundação Getúlio Vargas — Rio de Janeiro — 1957 — págs. 78 e 81.

Realmente, só a utilização sistemática das empresas públicas como elementos de reforma, **na moldura de um amplo processo de reestruturação social,** poderia levar a considerá-las fator de socialização.

O que vai definir a orientação a seguir são os fatores políticos dominantes. A decisão sempre é política. Após a decisão política é que entra em jogo o instrumento jurídico-econômico: a ação das empresas públicas.

Os riscos que as empresas públicas correm derivam, igualmente, em grande parte, dos aspectos políticos. O bloqueio de tarifas na França, ou o salvamento de empresas privadas à beira da falência na Itália, refletem uma decisão política conservadora imposta às companhias públicas por exigências partidárias ou pressões de grupos econômicos.

Mesmo assim, apesar de instrumental, a empresa pública não é totalmente neutra, do ponto-de-vista político, pois é, no mais das vezes, um fator de democratização.

Há, em primeiro lugar, uma apropriação coletiva em ramos fundamentais da produção. Isso implica uma participação social maior, se bem que indireta, no sistema econômico. Aumenta o significado desse fato quando se sabe que, em muitos casos, a alternativa é limitada: empresa estrangeira ou empresa estatal. O controle nacional de certas iniciativas é vital para um desenvolvimento, tanto quanto possível, autônomo.

Em segundo lugar, as empresas públicas tendem a estender-se do terciário para o secundário, do setor de serviços para a área industrial. Verdadeiras cunhas do desenvolvimento, as grandes empresas industriais são veículos de inovações, tanto tecnológicas quanto sócio-culturais, provocando deslocamentos demográficos, urbanização, diversificação dos papéis, modificação das relações sociais. Esses fatores facilitam uma maior abertura social.

Além do mais, a expansão e diversificação das empresas públicas é um fenômeno quase tão extenso quanto o crescimento das "firmas multinacionais", agindo a primeira tendência como compensação à segunda.

É cada vez mais difícil estabelecer o limite aconselhável entre setor público e setor privado. Mesmo que se chegasse a definir um ponto de equilíbrio atual, conforme as condições dos diferentes países, ele logo seria superado pela evolução vertiginosa da economia mundial, e pelas mudanças sociais cada vez mais rápidas.

A oposição público x privado perde, então, muito da sua atualidade. A discussão desloca-se para novas questões estratégi-

cas: a formulação de políticas de desenvolvimento, o controle da absorção de tecnologia, o aprimoramento da participação social.

Por fim, note-se a extraordinária importância das empresas públicas não só no "empuxe" dado ao desenvolvimento, mas também no esforço de equilibrar o processo.

É o problema do desenvolvimento regional, de diminuir a separação entre as regiões econômica e socialmente atrasadas e aquelas adiantadas.

Se cotejarmos o esforço de desenvolvimento em prol do nordeste brasileiro, calcado sobre generosos incentivos ao setor privado, inclusive estrangeiro, com o programa do Governo Democrata-Cristão italiano para as regiões meridionais atrasadas (Mezzogiorno), calcado nas empresas públicas do IRI, não resta dúvida do maior benefício nacional da intervenção italiana.

No processo do desenvolvimento do nordeste brasileiro, por sua vez, ficará marcada a importância decisiva de certos empreendimentos das empresas públicas.

Empregadas para o desenvolvimento nacional ou regional, as empresas públicas são instrumentos valiosíssimos, cujas potencialidades não foram, ainda, plenamente, aproveitadas.

O FATO GERADOR DO ICM

José Maria Rosa Tesheiner (*)

O objetivo do presente estudo é a determinação do conceito de **operações relativas à circulação de mercadorias**, na Constituição (Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/69, art. 23) e na legislação complementar (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68).

Circulação é movimento, ou série de movimentos, do produtor (ou industrial) ao consumidor (ou usuário final). A circulação se perfaz num único movimento quando, por exemplo, produtor efetua venda direta a consumidor. Havendo intermediação, há série de movimentos, como na seqüência "produtor-atacadista-varejista-consumidor".

Num primeiro sentido, **operação de circulação** é cada uma das etapas do movimento circulatório. Quando produtor efetua venda direta a consumidor, há uma única operação de circulação. Na seqüência "produtor-atacadista-varejista-consumidor", há três. Se atravessa fronteira, a operação recebe o nome de **importação**, ou de **exportação**.

Num segundo sentido, operação de circulação é a causa da circulação, a energia ou impulso que produz o movimento. "Operação é a ação de uma potência ou de uma faculdade de que resulta certo efeito." (FREIRE, Laudelino, **Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**, 3. ed., Rio, José Olympio, 1957, v. 4.º). É o ato jurídico que determina o início, ou a continuação, do movimento circulatório. Cada operação tem a sua causa.

Distintos atos jurídicos são os instrumentos (papéis) que os documentam. O instrumento não é senão uma das formas do ato jurídico. Outra forma é a oral.

O imposto que hoje incide sobre o movimento de circulação de mercadorias incidia, outrora, sobre algumas das causas desse

---

(*) Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador da Unidade de Defesa Judicial da Consultoria-Geral do Estado. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRGS.

movimento (compra-e-venda, consignação) e, antes ainda, sobre certos instrumentos **(duplicatas de fatura, contas assinadas)**, que documentavam a venda mercantil (SOUSA, Rubens Gomes de. Parecer. **Revista de Direito** Administrativo, Rio, 90: 428, out./dez. 67).

Começou-se, pois, tributando algumas das formas de venda mercantil. Para que recaísse o tributo sobre todas as suas formas, abandonou-se a forma, passando-se a tributar a própria venda mercantil. Acrescentou-se a consignação. O tributo passou a incidir sobre certos atos jurídicos. Para recair sobre quaisquer atos jurídicos, passou-se a tributar o efeito, isto é, cada uma das etapas do movimento circulatório. Partiu-se da forma do ato passou-se pelo ato mesmo e chegou-se ao efeito do ato.

No plano constitucional, **operação de circulação** pode indiferentemente ser tomada no sentido de **cada uma das etapas do movimento circulatório**; ou de **ato que determina o início, ou a continuação, desse movimento**, porque tanto faz admitir-se a tributação do efeito, quanto admitir-se a tributação da causa, qualquer que seja.

Ter-se-á, com isso, chegado até ao fato econômico, abstraindo-se completamente da causa jurídica da circulação? Não, porque cada uma das etapas do movimento circulatório é visionada pelo Direito como efeito jurídico de um ato jurídico. Quem pensa que se chegou até ao fato econômico da circulação, raciocina como quem vê satélite em órbita terrestre, e não vê que ele continua preso à Terra. Em certas hipóteses, quem não vê a causa, não vê o efeito, como na transmissão da propriedade de mercadoria que não circula pelo estabelecimento do transmitente (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 1.º).

Fora do plano constitucional, é preferível afirmar-se a incidência sobre a causa da circulação, a fim de explicar a não-incidência sobre certas causas da circulação, como o furto, que inegavelmente determina movimento de circulação; e a venda, efetuada posteriormente ao vencimento do contrato de financiamento, pelo credor fiduciário, em razão do inadimplemento do devedor (Lei 5.589, de 3/7/70, art. 5.º).

Circulação é movimento. Compreendemos o que é movimento, porque podemos pensar o contrário: o não-movimento. Automóvel andando... automóvel parado. Movimento e ausência de movimento são conceitos relativos. De nossas casas, não apenas afirmamos que **estão** imóveis. Dizemos que **são** imóveis — e imóveis por natureza —. Entretanto, sabemos que elas estão circulando em torno do Sol, a 30 quilômetros por segundo...

Sobe aos céus, à frente de rubras labaredas, um fulgurante satélite. Em seu giro, sobrevoa mares e continentes, montanhas e planícies. A determinada velocidade, porém, já não circula. Mantém-se imóvel. E, na pracinha ajardinada, já não o perdem de vista os olhos cegos da estátua que, estendendo o braço direito, para ele aponta, com o dedo indicador. O imóvel se movimenta... O que se movimenta permanece imóvel...

Movimento implica nas idéias de espaço e de tempo. Na fotografia, está imóvel o pássaro em vôo, porque excluiu-se o tempo. Vê: no quadro-negro da noite, estão imóveis todas as estrelas do céu, porque a distância apaga todas as distâncias. De algo, só podemos afirmar que se movimenta, ou que está em repouso, havendo ponto de referência. Por isso é que posso afirmar que estou imóvel, eu, que viajo pela espiral da Via-Láctea a 120 quilômetros por segundo!

Também o conceito de circulação de mercadorias implica nas idéias de espaço e de tempo, mas o espaço aqui considerado não é o da Física, mas o social, porque o ponto de partida é um homem, o ponto de chegada é um homem, e é um homem cada uma das estações em que descansam as mercadorias.

Um homem? Digo mal. Pode não ser um homem. O ponto representa uma unidade e somos nós que determinamos o que é que deve ser considerado uma unidade. No plano jurídico, cabe às normas jurídicas essa determinação. Ora, o Direito não vê os homens, vê a máscara atrás da qual se escondem: a pessoa. Vários homens atrás de uma só máscara, — eis aí a pessoa jurídica!

O bem que circula vai de uma para outra pessoa. É essencial, portanto, a existência do **outro**. Se não há relação interpessoal, não há circulação. Assim, não há circulação quando alguém consome o que produziu. Entretanto, há circulação quando os sócios consomem o que a sociedade produziu, porque as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros. O imposto pode incidir nas saídas de mercadorias de estabelecimento de produtor para estabelecimento de cooperativa de que faça parte (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 4.º, IX), porque produtor e cooperativa são pessoas distintas.

Se um estabelecimento consome o que foi produzido por outro estabelecimento do mesmo contribuinte, há ou não circulação, conforme se considere ou não cada estabelecimento uma pessoa. Tudo depende, portanto, da interpretação que se dê à norma complementar: "Os Estados poderão considerar como contribuinte autônomo cada estabelecimento comercial, industrial ou produtor, permanente ou temporário, do contribuinte..." (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 6.º, § 2.º). O Supremo Tribunal

Federal tem afirmado a não-incidência (RE 74.852-SP, D. J. U., 10/11/72, p. 7.733; RE 74.363-SP, D. J. U., 21/12/72, p. 8.779).

No plano constitucional, para que haja operação de circulação, é necessário e suficiente que haja alteração subjetiva, quanto à propriedade ou à posse da mercadoria.

No plano da legislação complementar, de regra, exige-se mais: um deslocamento físico da mercadoria (saída, entrada, fornecimento). Assim, ocorrendo venda de um estabelecimento, o imposto não incide sobre as mercadorias que nele se encontram, porque não ocorre **saída**.

Excepcionalmente, a transmissão da propriedade é fato gerador do tributo, independentemente de qualquer deslocamento físico:

a) nas hipóteses de alienação de mercadoria que não transita pelo estabelecimento do alienante (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 1.º). Há **intermediação**, embora a mercadoria passe ao largo do estabelecimento do intermediário (alienante). Exemplos: importador aliena mercadoria que ainda se encontra depositada no porto; comerciante adquire e vende mercadoria depositada em armazém-geral; comerciante revende mercadoria adquirida de produtor, determinando-lhe que entregue diretamente àquele a quem revendeu;

b) nas hipóteses de alienação de mercadoria que o contribuinte remetera para armazém-geral (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 2.º, II). O tributo incide no momento da entrega do **conhecimento de depósito**, nada importando que a mercadoria permaneça na posse imediata do armazém-geral e nele venha a perecer.

Quando mercadoria é remetida para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado, a saída considera-se ocorrida no lugar do estabelecimento remetente, no momento da transmissão da propriedade da mercadoria (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 2.º, **in fine**). Aí, porém, há **saída**, porque é pela **tradição** que se adquire a propriedade de coisa móvel (Cód. Civil, art. 620). Reputa-se ocorrida a segunda saída no lugar da primeira, eis aí a significação dessa norma. Há diferença em relação à mercadoria depositada em armazém-geral, porque o conhecimento de depósito é título representativo. Quem tem a propriedade do conhecimento de depósito tem a propriedade da mercadoria (V. PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 1956, t. 15, p. 415).

A legislação complementar geralmente exige o deslocamento físico da mercadoria, para a incidência do tributo, porque ele é

um sinal visível de movimento circulatório. Todavia, assim como — sem ele — pode haver operação de circulação, assim também — com ele — pode não haver. É sempre essencial que haja alteração subjetiva quanto à propriedade ou à posse da mercadoria. Mais ainda: nem toda alteração da posse implica em operação de circulação. Para que haja operação de circulação, é necessária a transmissão da posse **plena**.

O imposto incide sobre a transmissão da posse imediata, visível pelo deslocamento físico da mercadoria, se já ocorreu, ou está a ocorrer, também a transmissão da posse mediata. Incide sobre a transmissão da posse mediata, se houve antes a entrega da posse imediata.

Façamos a aplicação desses princípios, levando em conta que a transmissão da posse implica na **transformação** de uma situação jurídica inicial numa nova situação jurídica, em decorrência de fato jurídico.

1. Se não se transmite a posse, não há circulação. Por isso, o imposto não incide na entrega de mercadorias a empregado do contribuinte. "Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas (Cód. Civil, art. 487). A eventual autonomia dos veículos utilizados pelo contribuinte no comércio ambulante (Decreto-Lei n.º 406, de .. 31/12/68, art. 6.º, § 2.º, **in fine**) não justifica a exigência do tributo sobre as saídas para o veículo, se as mercadorias retornam ao estabelecimento de origem, deixando clara a inexistência de qualquer operação de circulação.

2. Havendo transmissão da posse plena, por efeito de um único fato jurídico, o tributo incide, haja ou não a transmissão da propriedade. (Transmissão simultânea das duas posses, mediata e imediata, isto é, da posse plena)

a) O contrato de compra e venda não é fato gerador do tributo, porque não transmite a propriedade nem a posse da coisa móvel vendida. O imposto incide sobre o ato-fato da tradição, de que resulta a nova situação jurídica: o adquirente torna-se dono e possuidor pleno da mercadoria.

b) O mesmo ocorre na doação.

c) Na venda com reserva de domínio, o vendedor conserva a propriedade da mercadoria. Isso, porém, é irrelevante. O comprador adquire a posse plena e, por isso, o imposto incide sobre o ato-fato da tradição.

"O nome, moderno e não romano, de pactum reservati dominii, corresponde ao negócio jurídico pelo qual, na compra e venda, o vendedor se reserva o domínio, entregando ao comprador a posse livre e exclusiva." (PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2.ª ed., Rio, Forense, 1959, t. 5.º, p. 315)

d) O furto determina igual transformação. Entretanto, o imposto não incide, porque não há **tradição** (entrega-tomada). A saída é promovida pelo adquirente da posse, e não pelo transmitente.

2. Se há mera transmissão da posse imediata, conservando o transmitente a posse mediata, o imposto não incide. É o que ocorre nos casos de locação (STF, RE 72.412-SP, D. J. U., ... 19/5/72, p. 3.133), comodato (STF, RE 70.538-GB, D. J. U. .. 1/10/71, p. 5.309; RE 72.283-SP, D. J. U., 14/4/72, p. 2.174), depósito, usufruto, penhor, e também quando se subtrai a coisa ao executado, por efeito de penhora.

2.1. Havendo, posteriormente, a transmissão da posse mediata (tradição **brevi manu**), o imposto incide. (O imposto incide sobre a transmissão da posse mediata, se houve antes a entrega da posse imediata) É o que ocorre quando locatário, comodatário, depositário, usufrutuário ou credor pignoratício adquire a propriedade da coisa.

Vai-se generalizando, entre nós, o instituto do **leasing**, "através do qual, em linhas gerais, uma empresa financeira adquire determinado equipamento já destinado a certo usuário, e com este realiza um contrato de locação dequele bem, em que figura opção de renovação do contrato ou de compra por parte do usuário, pelo preço residual (preço de compra da financeira com os acréscimos de juros, despesas e lucro, deduzido o valor das prestações pagas a título de locação).

A venda do equipamento, do fabricante à empresa **leasing**, estará normalmente sujeita ao imposto, mas não assim a locação". (BROCKSTEDT, Fernando. **O ICM**, Porto Alegre, 1972, p. 89)

Também incide o imposto quando o Estado entrega ao arrematante a posse plena do bem arrematado, perdendo o executado a posse mediata que detivera até então.

3. Se há mera transmissão da posse mediata, conservando o transmitente a posse imediata, o imposto não incide. É o que ocorre quando o executado se transforma em depositário da coisa penhorada. Conserva a posse imediata (a título de depósito), adquirindo o Estado a posse mediata. É também o que ocorre nas vendas com cláusula **constitnti:** o vendedor continua com a posse imediata da coisa vendida, a título de locatário, por exemplo. Na alienação fiduciária em garantia, o fiduciante, pelo constituto possessório, se torna depositário do bem alienado. Há transmissão da posse mediata. O imposto não incide.

"A espécie do art. 66 e dos §§ 1.º-10 da Lei número 4.728 é com transferência da posse própria mediata". (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 1966, t. 52, p. 343)

3.1. Havendo, posteriormente, a transmissão da posse imediata, o imposto incide. (O imposto incide sobre a transmissão da posse imediata, se já ocorreu a transmissão da posse mediata) Exemplos: a coisa penhorada, em poder do executado-depositário, é entregue ao arrematante; o vendedor transformado em locatário (cláusula **constituti**), finda a locação entrega ao comprador a coisa. Na alienação fiduciária em garantia, o inadimplemento do fiduciante leva-o a perder a posse imediata. O imposto incidiria, não houvesse expressa disposição legal, excluindo a incidência (Lei 5.589, de 3/7/70, art. 5.º).

Esclarecido o que é **operação de circulação**, resta-nos examinar o conceito de **mercadoria.**

No Direito Comercial, mercadoria é geralmente tomada no sentido de **coisa adquirida** (pelo comerciante) **para revender**, sendo, pois, relevante a intenção do adquirente.

Com tal conceito de mercadoria, falar-se em circulação de mercadorias é tão absurdo quanto falar-se em círculo quadrado. Se há circulação (movimento produtor-consumidor), o que circula não pode nunca ser mercadoria.

Efetivamente, se imaginamos a venda direta, do produtor ao consumidor, há circulação, mas não há mercadoria, porque o consumidor não adquire para revender. Se imaginamos a série de movimentos "produtor-atacadista-varejista-consumidor", também não podemos afirmar que aquilo que circula é mercadoria, porque é mercadoria a coisa adquirida pelo atacadista; é mercadoria a coisa adquirida pelo varejista; mas não é mercadoria a coisa adquirida pelo consumidor. Donde o dilema: se dizemos **circulação**, incluimos o movimento final (varejista-consumidor), afas-

tando a idéia de mercadoria; se dizemos **mercadoria**, excluímos o movimento final, afastando a idéia de circulação.

> "O conceito de **direito comercial** ou **direito mercantil**, como o de mercadoria e o de mercancia, correspondeu a momento histórico, que passou, sem que os juristas estivessem à altura de adaptar o sistema jurídico às novas circunstâncias da vida."
> (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 1956, t. 15, p. 381)

Na verdade, mesmo no Direito Comercial, não é unívoco o conceito de mercadoria. Nem sempre se fala em mercadoria no sentido de coisa adquirida para revender. O artigo 638 do **Code de Commerce** francês fornece um argumento decisivo:

> "Ne seront point de la compétence de tribunaux de commerce (...) les actions intentées contre un commerçant, pour payement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier."

Se comerciante adquire mercadoria, não para seu uso particular, mas para usá-la em seu comércio, a ação é comercial, nada importando que se destine ou não à revenda. (LYON-CAEN, Ch. & RENAULT, L.. **Traité de Droit Commercial**, 2.ª ed., Paris, Pichon, t. 1.º, p. 149)

Tal aquisição reputa-se **ato de comércio**, por conexão. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, São Paulo, Saraiva. 1971, p. 43)

Esta é, pois, a primeira observação a se fazer: nada importa a intenção do adquirente.

A segunda é, de que não se trata, aqui, de determinar o conceito de mercadoria **referido aos atos de comércio**, tal como no Direito Comercial. Trata-se de determinar o conceito de mercadoria **referido às operações de circulação**, que tanto podem ser praticadas por comerciantes, como por industriais e produtores (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, II), inclusive cooperativas, sociedades de fins não-econômicos e órgãos da administração pública (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 6.º, § 1.º).

Sendo circulação o movimento do produtor ao **consumidor**, aquilo que circula somente pode ser coisa **consumível**. São consumíveis os bens **móveis**, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, **sendo também considerados tais os destinados à alienação** (Cód. Civil, art. 51).

Não são, portanto, mercadorias, os bens **imóveis**. A incidência, aí, é do imposto de transmissão (Emenda Constitucional n. 1, art. 23, I). Móveis são os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia (Cód. Civil, art. 47).

São mercadorias os bens móveis destinados à alienação. Não se atende, aí, à intenção do adquirente. Apenas se enuncia o termo da circulação. A coisa consumida, como o vinho e a cerveja bebidos na festa, já não pode circular. Vestidos, livros e tapetes, em poder do usuário final (consumidor, **lato sensu**), já não circulam. Podem, porém, ser repostos em circulação, se ele deci de aliená-los.

A afirmação de que os bens adquiridos para o ativo fixo não são mercadorias, porque não se destinam à alienação (STF, Ag. 54.044-SP, D. J. U. 7/3/72, p. 1.019), é verdadeira quanto ao presente e falsa quanto ao passado. Tais bens não são mercadorias, porque já não circulam. São bens que já se encontram em poder do usuário final, não se destinando a serem vendidos, no futuro. Foram mercadorias, porque foram destinados à alienação, tanto que foram adquiridos. A intenção do consumidor ou usuário final não projeta seus efeitos para trás. Se isso ocorresse, não seria nunca tributável a operação de alienação ao consumidor e o tributo não incidiria sobre a circulação, que é movimento do produtor ao consumidor. O imposto pode incidir sobre os bens destinados ao ativo fixo, porque eles conservam a sua qualidade de móveis, enquanto não forem imobilizados (Cód. Civil, art. 49).

Porque a idéia de circulação implica na de transmissão da propriedade ou da posse, é claro que não são mercadorias as coisas fora de comércio, isto é, as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis (Cód. Civil, art. 69). "Ser extra-comércio apenas significa não poder ser objeto de transmissão, salvo lei especial." (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 1954, t. 2.º, p. 172)

Nada se oporia a que o **trabalho** fosse considerado mercadoria, porque tem um valor de troca e, às vezes, também um preço de mercado (BATTISTA, Michele. Merce. **Il Digesto Italiano**, Torino, Torinese, 1904-11, v. 15, parte segunda, p. 40, n.º 6). Em nossa Constituição, porém, o trabalho não é mercadoria. Tampouco são mercadorias os **serviços**, sobre os quais incide o imposto de igual nome (Emenda Constitucional n. 1, art. 24, II). Tampouco são mercadorias os demais bens incorpóreos, como direitos e ações, propriedade intelectual e industrial, fundo de comércio, bem como as energias.

"As energias (luz, calor, força, frio. som e semelhantes) não são corpóreas, no sentido de coisa corpórea (tal como a concebiam os séculos passados); a eletricidade mesma não é tida por corpórea, inclusive a que se guarda no acumulador." (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi. 1954, t. 2.º, p. 144)

Somente coisas **corpóreas** são mercadorias.

Não são mercadorias o dinheiro (moeda presente) e os títulos de crédito (moeda futura).

No princípio, não havia palavras para distinguir mercadoria e preço, porque predominava a troca. "Cada um, segundo as necessidades do momento e das circunstâncias, trocava o que lhe era inútil pelo que necessitava, pois acontecia ter a gente em excesso o que a outrem fazia falta. Como, porém, nem sempre coincidia possuísse um exatamente o por outro desejado e, reciprocamente, pudesse o primeiro oferecer o que estivesse o segundo disposto a aceitar, escolheu-se matéria cujo valor legal e perpétuo obviasse as dificuldades da troca **in natura**, pela igualdade de quantidade. Esta matéria, marcada de cunho público, tirou seu uso e poder, não tanto da sua substância, quanto da sua quantidade. Desde então já não se chamaram mais **mercadorias** ambas as coisas, mas uma somente: a outra passou a chamar-se **preço**.

. . . . . .

Do mesmo modo por que as contingências da ordem econômica ensejaram a moeda presente — a pecúnia ou o dinheiro, contribuiram para que se batesse a moeda futura — o título de crédito, a funcionar com aquela, sua subsidiária e parceira, em busca do mesmo objetivo e no desempenho de idêntico papel financeiro." (FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial**, 5.ª ed., São Paulo, Max Limonad, v. 1.º, t. 1.º, p. 12-4)

Em contraposição às coisas móveis corpóreas com valor intrínseco, denominam-se títulos de crédito os documentos representativos de um valor, que são também coisas móveis corpóreas, mas não constituem mercadorias. (CUCURELLA, Gabriel Avilés & AVILÉS, José Posi de. **Derecho Mercantil**, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1959, p. 357-8)

Excetuados, pois, o dinheiro e os títulos de crédito, são mercadorias os bens móveis corpóreos, visionados não estatisticamente, mas em movimento do produtor ao consumidor.

São mercadorias os lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos. Aí, é a incidência do imposto único que exclui a incidência do ICM (Emenda Constitucional n. 1, art. 21 VIII).

Por igual razão, não incide o ICM sobre os minerais enumerados em Lei (Emenda Constitucional n. 1, art. 21, IX). Incide, porém sobre os minerais industrializados (ERE 69.825-RS, D. J. U., 30/3/73, p. 1.921), tais como **tijolos** e **telhas** (STF RE .... 74.361-AM, D. J. U. 21/12/72, p. 8.779; RE 74.110-PR, D. J. U., 23/2/73, p. 901; RE 75.559-RS, D. J. U., p. 1.704; RE 75.880-RS, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393; RE 75.806-SC e 75.812-PR, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393), **mármore** (STF, RE 75.201-PE, D. J. U., .. 11/12/72, p. 8.402) e **granito beneficiados** (STF, RE 69.825-RS, D. J. U., 10/3/72, p. 1.142), **cal virgem ou hidratada** (STF, RE 75.867-SP, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393; RE 75.878-RS, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393; RE 75.366-PR, D. J. U., 4/5/73, p. 2.911).

DJALMA VILELA nega a incidência do tributo na arrematação judicial: a) porque bem penhorado é bem inalienável; b) porque a arrematação é ato de direito público; e c) porque se trata de ato praticado pelo juiz, que não é nem produtor, nem industrial, nem comerciante (VILELA, Djalma de Souza. O ICM nas Arrematações Judiciais e nas Falências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, **57**(390)-58-62, abr. 68).

Não tem razão. A penhora não torna inalienável o bem. Fosse assim, como poderia o juiz aliená-lo? Aliás, a alienação de bem penhorado, ainda que pelo próprio executado, constitui negócio jurídico existente e **válido**. A alienação apenas não pode ser oposta ao exeqüente. Trata-se, pois, de mera **ineficácia**. Tampouco exclui a incidência a natureza pública do ato. Se o vendedor se recusa a entregar a coisa vendida, pode o comprador pedir ao juiz a execução específica, que se efetivará mediante a busca e apreensão da coisa devida (Cód. Proc. Civil, art. 992), seguindo-se o ato satisfativo da entrega. Seria absurdo que a Lei exigisse o imposto, no caso de cumprimento espontâneo da obrigação, e não o exigisse do vendedor inadimplente! Também é irrelevante que a tradição se efetue por ato do juiz, porque, na execução, o juiz adimple em lugar do executado.

O mesmo ocorre na falência.

Porque o imposto somente incide sobre as operações de circulação de mercadorias promovidas por produtores, industriais e comerciantes (Emenda Constitucional n. 1, art. 23, II), o estudo do fato gerador do ICM deve ser completado com o do sujeito passivo da obrigação tributária, o que ficará para outra oportunidade.

(*) Tese apresentada ao V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado na cidade de Caxias do Sul - RS., nos dias 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 1973.

PARECERES

PARECER N.º 2329/CGE

VEREADOR não pode ocupar cargo em comissão de Oficial de Gabinete do Prefeito, por ser demissível "ad nutum"; se o fizer, perde o mandato.

O Presidente da Câmara de Vereadores de Esteio solicita o pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado sobre a possibilidade de vereador assumir cargo em comissão de Oficial de Gabinete do Prefeito Municipal, sem perder o mandato.

Na hipótese de impossibilidade legal, sendo comprovada a nomeação e a posse, indaga como deveria proceder para declarar extinto o mandato.

É o relatório, passamos a examinar a consulta.

2. É da natureza jurídica do cargo em comissão o "nutum" de quem nomeia seu titular. Trata-se de investidura precária, porque, se o detentor do cargo em comissão vem carecer da confiança do administrador, pode de imediato ser dispensado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

> "O afastamento de servidor de cargo em comissão não está condicionado a qualquer motivo." (Revista de Direito Administrativo, n.º 108, abril/junho 1972, p. 180)

Doutrina, igualmente, CRETELLA JÚNIOR, in "Curso de Direito Administrativo", ed. Forense, Rio, 3.ª ed., 1971, p. 368:

> "Pode a administração entender que um determinado cargo isolado deva ser provido por pessoa estranha aos quadros administrativos ou por funcionário público, e por tempo determinado ou indeterminado.

São os chamados **cargos em comissão,** recebendo o nome de **comissionados** os funcionários ocupantes de tais cargos.
Caracterizam-se os **cargos em comissão** por serem de **confiança** e por poderem seus titulares ser demissíveis "ad nutum". (...)"

3. Pela Constituição Estadual de 1970, o **vereador não pode,** desde a posse, **ocupar cargo público de que seja demissível "ad nutum"** (art. 153, II, letra **c**), **sob pena de perda do mandato** declarada pela Câmara, mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de representação documentada de partido político (art. 153, § 1.º).

Extingue-se o mandato de vereador, e assim será declarado pelo Presidente da Câmara, quando "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**" (art. 8.º, n.º IV, do Decreto-Lei n.º 201, de 27/2/1967).

O impedimento, na espécie, é o exercício do cargo em comissão de Oficial de Gabinete do Prefeito Municipal, tipificado no art. 153, II, letra **c**, da Constituição Estadual.

4. Esta Consultoria-Geral do Estado já se pronunciou em matéria idêntica no Parecer n.º 1171/UAJ, de 4 de fevereiro de 1971, de nossa lavra:

> "Vereador não pode ocupar cargo em comissão de Chefe do Gabinete do Prefeito, que não é pasta municipal, sob pena de perder o mandato."

A única exceção permitida pelo texto constitucional do Rio Grande do Sul é a que se refere à pasta de secretaria municipal:

> "Não perderá o mandato o Vereador que vier a ocupar cargo de Secretário Municipal ou Diretoria equivalente, desde que se afaste do exercício da vereança." (art. 153, § 2.º, da Constituição Estadual)

Assim, fica respondida a primeira parte da indagação do consulente: fora da hipótese acima mencionada, o vereador que ocupe cargo público de que seja demissível "ad nutum", perde o mandato.

5. Por último, o consulente indaga como proceder, diante desta conclusão.

As normas jurídicas que revelam cassação ou extinção de mandato têm conteúdo penal, sendo, por conseguinte, disposições de ordem pública, diante das quais a autoridade tem o dever jurídico de fazê-las incidir, sob pena de ser ela mesma, a autoridade, punida se se omitir nas providências legais.

Pelo Decreto-Lei n.º 201/67 (art. 8.º, § 2.º) **se o Presidente da Câmara de Vereadores se omite nas providências para declarar extinto o mandato,** poderá vir a ser condenado nas custas do processo judicial (quando houver), nos honorários advocatícios do autor da ação, e será destituído automaticamente do cargo da Mesa, tornando-se impedido para nova investidura durante toda a legislatura. Na omissão do Presidente da Câmara, estabelece o Decreto-Lei n.º 201 que poderão requerer a declaração de extinção do mandato, **por via judicial,** o suplente do Vereador ou o Prefeito Municipal.

A Constituição do Estado, por sua vez, outorga legitimidade a qualquer membro da Câmara Municipal, ou ao partido político, para denunciar, fundamentalmente, a infração descrita no art. 153.

6. O processo é o regulamentado no Decreto-Lei n.º 201, art. 8.º, § 1.º:

> "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."

Nos casos, entretanto, em que o impedimento for superveniente, ou seja, ocorrer após a posse no mandato, deverá, a teor do disposto na alínea final, do item IV, do Decreto-Lei n.º 201/67, ser concedido prazo, pela Câmara, uma vez que não há lei fixando outro, ao interessado, para desincompatibilização.

Não ocorrendo essa, em prazo determinado pela Câmara, o Presidente procederá conforme o disposto no artigo 8.º, § 1.º, antes transcrito, ou seja, comunicará ao Plenário, fará constar em ata a declaração da extinção do mandato e convocará imediatamente o respectivo suplente.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 12 de abril de 1973.

Armando Henrique Dias Cabral
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2381/CGE

DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREA DE TERRA PARA A INSTALAÇÃO DE DISTRITO INDUSTRIAL.
A declaração de utilidade pública deve ser feita, de regra, por decreto do Poder Executivo, nele convindo a especificação do caso visado, sendo dispensável a prolação de lei ratificando-o.
Desapropriação parcial. Possibilidade de não implicar em impedimento de destinação do bem ao fim previsto.
Doação dos bens expropriados.
Admissibilidade quando se enquadrar na destinação prometida.
Alienação do bem declarado de utilidade pública. Efeitos.

Consulta, o Senhor Prefeito Municipal de Osório, acerca de lei editada por aquele Município, versando sobre desapropriação de área para implantação de um Distrito Industrial.

2. Pede-se o exame das normas contidas no provimento legal e, em especial, das seguintes questões:

1.º) Poderá a desapropriação processar-se parcialmente, isto é, conforme a possibilidade de instalação das indústrias, ou deverá abranger, de uma só vez, o todo declarado de utilidade pública?
2.º) Feita a desapropriação, poderão as áreas ser doadas aos interessados?
3.º) Tendo havido alienação posterior à declaração de utilidade pública, quais os efeitos desse ato de transmissão e como deverá proceder o Município?

3. A lei em causa, sob o n.º 1.365, de 20 de junho do corrente ano, declara, no art. 1.º, de utilidade pública para fins de implantação do mencionado Distrito Industrial do Município, uma gleba com 170 hectares, situada nos subúrbios da cidade, à margem da BR-101, dividida em três áreas descritas nas letras **a, b** e **c** do dispositivo. No art. 2.º, nomeia os respectivos proprietários e, no 3.º, dispõe no sentido das providências a serem tomadas pelo Executivo Municipal para a efetivação da desapropriação. Refere a ementa que a lei ratifica decreto daquele Executivo, de n.º 15/72.

4. O processo foi-nos distribuído e encaminhado para exame e parecer.
É o relatório.

5. "Mediante declaração de utilidade pública," — diz o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que regula a desapropriação por utilidade pública — "todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios". Essa declaração, também chamada de desapropriação ou expropriatória, é essencial à desapropriação, pois, como ensina PONTES DE MIRANDA (Trat. de Dir. Priv., Borsoi, Rio, 1965, tomo XIV, p. 150), "A desapropriação, para ser acorde com a Constituição, tem de ter fundamento em **necessidade pública**, ou em **utilidade pública**, ou em **interesse social**". Sem ela, não se poderá falar nesse ato jurídico de direito público; outro poderá caracterizar-se; não, porém, a desapropriação, que tem características próprias, destacando-se por seus efeitos, principalmente no que concerne a que, não sendo preço o que se paga ao desapropriado, mas indenização, que passa a fazer as vezes do direito expropriado, todos os ônus e gravames incidentes sobre este, nela, ficam subrogados. O expropriante não corre, assim, nenhum risco, mesmo o proveniente de eventual vício de aquisição do direito.

6. O mesmo Decreto-Lei n.º 3.365/41 estatui, no art. 6.º, que a declaração de utilidade pública se faça por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito, isto é, conforme a entidade política expropriante seja a União, Estado Federado, Território, Distrito Federal ou Município, respectivamente. De regra, portanto, ao Chefe do Executivo — federal, estadual, territorial, municipal ou do Distrito Federal — é que cabe a expedição do ato formal declaratório. Em caso de omissão deste, pode a iniciativa ser tomada pelo Legislativo, consoante se dispõe no mesmo diploma legal, art. 8.º, **in verbis**: "O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo praticar os atos necessários à sua efetivação". Trata-se, aí, de declaração formulada pelo próprio Legislativo, que supre omissão do Executivo. Sendo, nesse caso, ato de sua competência exclusiva, isto é, ato para a prática do qual o Legislativo necessita do concurso do Executivo, deve revestir-se da forma de **decreto legislativo**. A declaração da necessidade pública, ou da utilidade pública, feita pelo Legislativo na forma prevista nesse art. 8.º não se confunde com a **autorização legislativa** a que se refere o § 2.º do art. 2.º do mesmo Decreto-Lei, ao tratar da desapropriação de bens públicos. Esse parágrafo impõe, em qualquer caso, a prévia autorização legislativa

para a desapropriação de bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Dita autorização há de estar contida **em lei** emanada da entidade que vai expropriar. É mera **autorização legal**, pressuposto necessário do ato declaratório, quando o direito visado é relativo a bem de domínio público.

7. É de notar, portanto, que, na espécie, a prolação de lei ratificando decreto do Executivo Municipal, que fez idêntica declaração — Decreto n.º 15/72, mencionado na ementa da Lei n.º 1.365/73 —, era dispensável, não correspondendo à boa técnica. A lei contém declaração redundante, desnecessária, pois o decreto ratificado, cujo texto não veio para o expediente, bastava, por si, para o preenchimento do requisito essencial à desapropriação pretendida.

8. Disso, no entanto, nenhum prejuízo advirá para o Município interessado, cujo Executivo terá de providenciar na efetivação da desapropriação, promovendo-a por acordo com os proprietários ou ajuizando a competente ação expropriatória contra os que não o aceitarem, tudo dentro do prazo preclusivo de cinco anos, estabelecido no art. 10 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, sob pena de não poder desapropriar os bens com fundamento na declaração de utilidade pública havida, tampouco declará-los assim pelo prazo de um ano. É o que se diz nesse dispositivo: "art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se, mediante acordo, ou intentar-se judicialmente dentro de cinco anos contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração". Dentro desse prazo de cinco anos, o Executivo Municipal poderá realizar os acordos que forem aceitos e intentar a ação, se for o caso, sem o prejuízo da caducidade aí prescrita. Observe-se, porém, que o qüinqüênio para esse efeito começou a fluir, **in casu**, do Decreto n.º 15/72, não da Lei n.º .. 1.365/73, com que se relaciona a consulta.

9. O aspecto seguinte a examinar concerne ao caso de utilidade pública ocorrente na espécie e à sua capitulação no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 3.365/41. A lei municipal sob exame, que, ao que se presume, reproduz o texto do Decreto n.º 15/72, alude a "implantação de um Distrito Industrial do Município", não mencionando o dispositivo do Decreto Lei n.º 3.365/41 em que está previsto o correspondente caso de utilidade pública.

10. Tratando-se de desapropriação para a implantação de um "Distrito Industrial", o que se pretende é promover loteamento de área para sua melhor utilização econômica, hipótese de utilidade pública prevista, de modo expresso, na letra **i** do art. 5.º do referido Decreto-Lei. Importa a criação de área industrial, ou de distrito industrial, como é evidente, na realização de todas as obras de infra-estrutura necessárias — arruamentos e vias de acesso, instalações de água e esgoto, de eletricidade com potência adequada, de telecomunicações, e outras —, com a divisão da gleba em quadras e lotes onde haverá a instalação dos estabelecimentos fabris. Caracteriza, pois, um dos casos de loteamento, configurando, também, a finalidade "melhor aproveitamento econômico" da gleba ou terreno. A utilidade pública está no desenvolvimento econômico local.

11. A questão apresenta-se-nos relevante ao considerarmos o dissídio jurisprudencial e doutrinário suscitado pela natureza da enunciação dos casos de utilidade pública feita pelo art. 5.º do Decreto-Lei n.º 3.365/41, tida ora por **taxativa** ou **exaustiva** (para a qual os casos não expressamente previstos estariam excluídos das hipóteses de utilidade pública relevantes), ora por **exemplificativa** (enunciação não abrangente de todos os casos verificáveis e admissíveis). No excelente e prático trabalho de SÉRGIO FERRAZ, Procurador do Estado da Guanabara, — "Desapropriação. Indicação de Doutrina e Jurisprudência", Rio, 1970, —, vemos ser grande o número de juristas que se colocam na primeira posição, à qual se filiou acórdão do Tribunal de Justiça do nosso Estado, na apelação cível n.º 4.748, de 20.7.48, **in** Rev. do Dir. Adm., vol. 17, p. 115 (veja-se p. 30 do cit. opúsc.). Assim, conquanto, no mesmo trabalho (p. 31), encontramos referência à decisão de uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal (Rec. Extr. n.º 10.330, de 20.7.48, **in** Rev. do Dir. Adm., vol. 21, p. 144), repelindo a necessidade de haver a declaração específica, no decreto, da utilidade visada, as divergências existentes tanto num como noutro ponto estão a recomendar se use, na espécie, dessa especificação, ou seja, a de que a gleba a ser expropriada será objeto de loteamento para a instalação do Distrito Industrial do Município, devendo os lotes ser alienados às empresas interessadas, por título oneroso ou gratuito. Essa especificação poderá fazer-se por simples decreto do Executivo Municipal, ratificando o primeiro e contendo a explicitação.

12. Indaga-se, no primeiro quesito, se a desapropriação visada poderá processar-se em partes, gradativamente, conforme a possibilidade de instalação das indústrias interessadas. A pergunta comporta resposta positiva.

13. Estabelece-se, no invocado art. 10 do Decreto-Lei n.º .... 3.365/41, o prazo de cinco anos para que a desapropriação se efe-

tive por acordo ou, não sendo este possível, seja intentada a ação competente. À falta do acordo e do ajuizamento dessa ação, que é a expropriatória, dentro desse prazo, caduca o decreto de declaração de utilidade pública, ficando o poder expropriante impedido de desapropriar o bem com fundamento na mesma declaração e, além disso, de fazer, em relação a ele, nova declaração por um ano, a contar do término do qüinqüênio, ou seja, do momento em que se dá a caducidade. Estatuindo esses efeitos do decurso desse prazo sem as providências indicadas — desapropriação amigável ou propositura da ação, — a lei confere, simultaneamente, ao expropriante a faculdade de escolher, dentro desse prazo, o momento para a efetivação do acordo e para o ajuizamento da ação. Ao expropriante cabe a opção. O que ele não pode fazer é, estando caduco o decreto, desapropriar o bem nem declará-lo novamente de utilidade pública durante o ano seguinte ao prazo de caducidade. Afora isso, nada mais existe que o impeça de exercer o seu direito. Ora, nessa faculdade, dentro dela, está contida, também, a de promover os atos de efetivação da desapropriação por parte, isto é, — se o bem for suscetível de divisão e o empreendimento comportar execução parcelada — a efetivação gradativa da desapropriação, isso, é claro, desde que se observe o prazo qüinqüenal preclusivo. Se houve desapropriação parcial e se, depois, quanto à parte faltante, ocorreu a preclusão, quanto a essa é que o expropriante fica impedido de prosseguir na ação expropriativa. A caducidade superveniente do decreto não pode invalidar a expropriação parcial já consumada a não ser se acarreta impedimento da destinação prometida. Isso se mostra mais claro quando se trata de desapropriação de área de terra pertencente a mais de um proprietário sem ocorrência de condomínio. Cada um deles poderá livremente aceitar ou não a desapropriação por acordo. Pela recusa de um, não fica o expropriante impedido de celebrar acordo com o outro. Concluído o acordo com somente um dos proprietários e devidamente formalizado, dá-se, em tal hipótese, desapropriação parcial, isto é, da área em relação à qual se acordou. Se isso é possível, por que não o será a efetivação gradativa da desapropriação? Nada há, pois, que impeça o procedimento a que alude a pergunta. A efetivação só não será admissível se importar, como dissemos, impossibilidade de destinação do bem ao fim de utilidade declarado e a conseqüência disso será o direito à reversão, ou retrocessão, ou à reparação de perdas e danos, a favor do expropriado.

14. Quanto ao segundo quesito, em que se pergunta se as áreas desapropriadas poderão ser objeto de doação a terceiros interessados na instalação de suas indústrias no Distrito Industrial, tam-

bém, aqui, a resposta deve ser positiva. A questão diz respeito à destinação do bem expropriado. Nesse particular, o que importa é que o poder expropriante não pratique desvio de finalidade, isto é, a destinação do bem. Assim, se a doação se dá dentro do que foi previsto e prometido no ato declaratório por fazer parte, como ato-meio, do conjunto de providências programadas para a obtenção do fim colimado, não haverá lugar para argüição de desvio de finalidade.

15. Acerca da revenda, que se distingue da doação por poder consistir em comercialização dos bens e acarretar lucro com o decorrente elemento moral que o repele, são-lhe favoráveis JOÃO MENDES DA COSTA FILHO ("Propriedade, Desapropriação, Inquilinato", ps. 163/4), OLIVEIRA E CRUZ ("Da Desapropriação", p. 221), PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Consituição de 1967", tomo V, p. 418, e "Tratado de Direito Privado", tomo XIV, p. 176) e SÍLVIO PEREIRA ("O Poder de Desapropriar", ps. 73/4), a despeito de haver dois pronunciamentos recentes em sentido contrário, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Rec. Extr. 65.532, de 28.2.69, in Rev. Trim. de Jur., 48/749), e do Trib. de Alçada de São Paulo) Ap. Civ. 103.228, de 5.6.68, Rev. dos Tribs., 397/210), consoante indicações do já invocado SÉRGIO FERRAZ (obra ind., ps. 89 e 90).

16. Finalmente, no que tange ao terceiro e último quesito, referente a possibilidade de alienação, de parte do proprietário, do bem objeto de declaração de utilidade pública, é ainda SÉRGIO FERRAZ que nos dá a resposta com a indicação de pronunciamentos favoráveis (mesma obra, p. 34): AZEVEDO MARQUES, Parecer, in Rev. dos Trib. 22/171 e 262; CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1946", 1954, vol. III, p. 114; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito de Construir", p. 178; JOÃO MENDES DA COSTA FILHO, "Propriedade, Desapropriação, Inquilinato", p. 152; MIGUEL SEABRA FAGUNDES, "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", 1949, p. 68; ORLANDO GOMES, "Desapropriação das Terras de Zona Petrolífera", in Rev. For., 181/44; SOLIDONIO LEITE, "Desapropriação por Utilidade Pública", 3.ª ed., p. 52; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Rec. Extr. 52.627, de 12.12.63, Rev. do Dir. Adm. 77/244; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA GUANABARA, Ap. Civ. n.º 2.356, de 27.7.43, Rev. do Trib. 153/255; Ap. Civ. n.º 6.679, de 3.9.43, Rev. dos Trib., 146/256, Rev. For., 96/650; Ap. Civ. 5.810, de 12.4.46, Rev. For., 107/281; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Ap. Civ. 6.614, de 20.7.12, Rev. dos Trib.,

3/29; Ap. Civ. 53.594, de 27.9.51, Rev. For., 146/292; "HABEAS CORPUS", n.º 67.437, de 20.7.60, Rev. dos Trib., 304/91 (inexistência de estelionato).

17. De fato, a declaração de utilidade pública não acarreta a perda do direito do expropriado, apenas produzindo efeitos explícitos (os enunciados expressamente no texto do Decreto-Lei n.º 3.365/41) e implícitos (os que sem estar enunciados nesse diploma, resultam, de maneira reflexa, como, v. g., a primazia para promover a desapropriação, que compete a entidade política que, primeiro, fez declaração de utilidade pública; entre os efeitos implícitos, figurariam, ainda, os resultantes de interpretação a **contrario sensu** de normas do mesmo Decreto-Lei). Tanto num como noutro, não figura a perda, pelo proprietário, do direito de dispor. A alienação é, pois, admitida até o momento consumativo da perda do direito, podendo dar-se por hereditariedade, caso em que o espólio responderá pela ação competente, cabendo-lhe a percepção da indenização cabível.

18. Declarado o bem de utilidade pública e havendo a alienação dele, válida é a transmissão do direito, passando o adquirente a ser o expropriado e ficando, assim, legitimado para responder pela ação competente. É também a pessoa que fica legitimada para concluir o acordo de desapropriação com o expropriante.

19. Resta, por fim, considerar que, se trata de ato de alienação **inter vivos** de direito imobiliário, a simples escritura não gera os referidos efeitos, pois depende da respectiva transcrição no registro imobiliário competente. Referindo-se a desapropriação a direito imobiliário, legitimado passivo para a ação expropriatória é aquele em cujo nome consta o registro no ofício de imóveis correspondente no momento da propositura da lide.

20. Concluindo, resumimos:

a) havendo, na espécie, sido feita a declaração de utilidade pública sem a especificação e a capitulação legal do caso ocorrente de utilidade pública, convém, pelas divergências existentes, fazer-se o aditamento correspondente por simples decreto do Executivo Municipal;

b) a desapropriação parcial da área declarada de utilidade pública mediante efetivações por etapas conforme as possibilidades dos interessados é possível se não impedir a destinação da parte expropriada ao fim de utilidade pública visado;

c) as áreas expropriadas poderão ser objeto de doação a terceiros interessados nas instalações industriais objetivadas por constituir tal alienação em ato-meio para o alcance da utilidade pública colimada;

d) a declaração de utilidade pública não retira do proprietário o poder de dispor do bem assim declarado, podendo, assim, haver a alienação do mesmo enquanto não consumada a perda do direito pela expropriação; no caso de alienação, satisfeitas as formalidades registrárias ,o adquirente fica legitimado para responder pela ação expropriatória cabível, competindo-lhe o direito à percepção da indenização devida.

É, esse, salvo melhor juízo, o nosso parecer.

Porto Alegre, 13 de julho de 1973.

Nilo Damasceno Ferreira
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2402/CGE

PREFEITO e VICE-PREFEITO.
Viabilidade do pagamento de subsídios e verba de representação, concomitantemente, a ambos, em razão de impedimento do titular.

A Câmara Municipal de Coronel Bicaco, no intuito de aclarar dúvida concernente à remuneração do Prefeito e do Vice-Prefeito, quando em licença o primeiro para tratamento de saúde e, em conseqüência, no exercício do cargo de Prefeito o segundo, endereça a esta Consultoria-Geral a consulta abaixo transcrita, "verbis":

" Se é viável o pagamento de subsídios para o Prefeito e Vice-Prefeito, ao mesmo tempo.

Ocorre que o Prefeito deste Município encontra-se em licença para tratamento de saúde e o Vice-Prefeito está assumindo o cargo, estando ambos recebendo os referidos subsídios.

A Lei Orgânica de nosso município diz em seu art. 54 o seguinte:

" O Prefeito não perderá a remuneração quando:

I — Ausente a serviço ou missão de representação do Município.

II — Ausente para tratamento de doença, devidamente comprovada.

III — Em férias de trinta dias."

Até aqui, o relatório.

II — No diligenciar a busca dos elementos que possam informar a presente 'quaestio juris", convém à colação, de pronto, pensamos, o estatuído no art. 156, § 2.º, da Carta Política Estadual, assim redigido:

> " **Em caso de impedimento temporário do Prefeito ou de vacância do respectivo cargo, assumirá o Vice-Prefeito**, ou, se este não o fizer, o Presidente da Câmara Municipal, até a cessação do impedimento do Prefeito ou o termo do seu mandato." (grifamos)

III — Por aí já se vê, meridianamente, que licenciado o Prefeito deverá assumir, em primeiro lugar, o Vice-Prefeito que, compreende-se, há de agir jungido a toda gama de deveres, atribuições e responsabilidades inerentes à posição de chefe do Executivo Municipal.

Ora, num juizo de equivalência, por óbvio, assegurados ser-lhe-ão todos os direitos e vantagens do cargo de Prefeito, quando e enquanto nele estiver.

IV — Desse exigido enfoque da espécie, a nosso sentir, incomportável será interpretação outra com o condão de forçar conclusão diversa.

Assim, incontroverso se nos afigura que, em sendo ao Vice-Prefeito garantida, explicitamente, a substituição versada e, implicitamente, imposta a ele obrigação de cumprimento de todas as tarefas prefeiturais, dever-se-á, ainda implicitamente, assentar-se pelo seu direito ao auferimento total de remuneração atribuída ao cargo de Prefeito, ou seja, o subsídio e a verba de representação.

V — Dessa forma, já visualizado como garantido o direito de percepção de todas as vantagens pecuniárias do cargo de Prefeito, que tem o Vice, durante o exercício da substituição, resta-nos o estudo da situação remuneratória do Prefeito, no período da licença para tratamento de saúde.

VI — Nesse passo, perquirindo normas contempladoras da "specie juris", deparamo-nos, inicialmente, e. g., com aquela inserida na "Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo", que, por assaz elucidadora, muito pode contar à tese ora versada.

E, para tanto, ei-la:

> " Art. 37 — .....
> .....
>
> Parágrafo único — O Prefeito regularmente licenciado terá direito a perceber o subsídio e a verba de representação quando:
> 1. impossibilitado do exercício do cargo, por motivo de doença devidamente comprovado;"

Ai está, inequivocamente considerado, o princípio genérico de assistência equânime aplicável na administração pública, àqueles que se infortunam pela doença. Não impressionou ao legislador paulista e, certo, nem poderia obscurecer seu senso de justiça o "status" peculiar de condutor político do licenciado, mas tão-somente a sua condição igualitária de prestador de serviço público.

VII — De forma idêntica, esta Consultoria-Geral, não menos sensível à justeza do princípio, fê-lo expresso no seu "Ante-projeto de Lei Orgânica" que, em 1971, ofereceu a todos os Municípios Riograndenses. Ali, através do art. 10, § 2.º, assim foi preconizado:

> " O Prefeito, regularmente licenciado pela Câmara, terá direito a perceber seu subsídio, bem como a verba de representação, nos seguintes casos:
> I — quando em tratamento de saúde; "

E, certamente, assim pautou este Órgão, porque, numa visão de similitude de tratamento, dessa maneira é que se verifica generalizadamente cuidar de toda classe de servidores públicos, quando impossibilitados do trabalho em razão de moléstia, isto é, não serem reduzidos seus vencimentos, pois que, "in hoc casu", mais ressalta sua necessidade.

E, sem embargo de não se alçarem à categoria de funcionários públicos os Prefeitos, nem por isso se lhes pode desnaturar a condição de prestadores de serviço público e, daí, a justificativa plena da analogia estabelecida para a aplicação do princípio idêntico, constante nos estatutos dos funcionários públicos.

VIII — Após tais considerações, com o escopo de vitalizarmos o sentido da orientação esposada, dirijamo-nos à análise concreta da questão "sub examine", e, de imediato, seu deslinde emergirá da simples exegese do art. 54 da Lei Orgânica do município consulente.

Efetivamente, assim é contemplada a hipótese na predita Lei:

> " Art. 54 — O Prefeito não perderá a remuneração, quando:
> I — .....
> II — Ausente para tratamento de doença, devidamente comprovada."

Então, interpretando-se a norma aí contida, imune de controvérsia exurge o juízo de que, ao dizer o legislador local "O Prefeito não perderá a remuneração" outra afirmação não fez senão que o mesmo continuará percebendo todas as vantagens pecuniárias do cargo, porquanto o termo "remuneração" empregado, conceitualmente, é compreensivo do todo que se deve pagar a alguém.

No caso do Prefeito, portanto, a sua **remuneração** constitui-se do **subsídio** e da **verba de representação,** inquestionavelmente.

Veja-se, nesse sentido, o claro magistério de HELY LOPES MEIRELLES (**In** Direito Municipal Brasileiro, 1.ª ed., vol. II, p. 650):

> " Atribuição do Plenário da Câmara é também a fixação da **remuneração do Prefeito**..."

E, mais adiante, esclarece (opus cit. p. 653):

> " A remuneração dos cargos e funções eletivas geralmente se compõe de uma parte fixa, denominada subsídio, e outra variável, atribuída ao efetivo exercício do cargo ou função, comumente chamada ajuda de custo ou verba de representação."

IX — "Ex positis", eis o que nos parece:

a) assumindo o Vice-Prefeito, no impedimento do Prefeito por motivo de doença, fará jus à remuneração integral do cargo;

b) ao Prefeito licenciado nessas condições dever-se-á, também, pagar toda remuneração, isto é, subsídio e verba de representação.

É o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 31 de agosto de 1973.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2331/CGE

CARGO PÚBLICO. NOMEAÇÃO POR CONCURSO. INANULABILIDADE DO ATO.
Conformando-se o ato de nomeação com as leis vigentes à data de sua prática e aperfeiçoando-se o mesmo pela posse do nomeado, não cabe o seu desfazimento, para efeito de retornar o servidor à sua anterior posição funcional.

S. R. H., Regente do Ensino Primário, padrão M-1, nomeada mediante concurso público, efetiva nesse cargo, requereu, neste expediente, fosse tornada sem efeito essa mesma nomeação em face de entender que, ao tempo dela, por possuir mais de dez anos de serviço como professora do ensino primário, contratada pela Lei n.º 913, de 27 de dezembro de 1949, já fazia jus à efetivação nesta última posição funcional — professor do ensino primário — com fundamento na Lei n.º 179, de 23 de dezembro de 1947, cujo art. 1.º preceitua:

> "Art. 1.º — Os professores primários contratados do Estado, com mais de dez anos de exercício em suas funções, passam a gozar de todos os direitos e vantagens que a legislação assegura ao magistério efetivo."

Esse seu pedido, endereçado ao Senhor Secretário da Administração, mereceu despacho indeferitório sob invocação, entre outros argumentos, de que "ao aceitar a nomeação para o cargo que atualmente ocupa, a requerente revelou manifesta opção por um **status** que não mais admite efetivação por outra função" arrematando, ainda, ao seu final, ser, agora, irreversível aquele ato.

Inconformada, recorre a postulante ao Senhor Governador do Estado, sob a alegação de ser nulo, ou inócuo, o ato de nomeação, por improfícuo, eis que, à sua data, já detinha a suplicante os predicados para aquilo mesmo que objetivara através do concurso a que se submeteu, isto é, a efetivação em cargo público com todas as vantagens legais, e com privilégio de o ser, ainda, em cargo de padrão mais elevado, qual o de Professor do Ensino Primário, padrão M-2.

Iniciando dito recurso sua tramitação pela Secretaria da Educação e Cultura, e antes de merecer apreciação de parte da autoridade a que o mesmo se destinava, houve por bem o Senhor Titular da mesma Pasta de solicitar parecer à Consultoria Geral do Estado.

É o relatório.

Razão assiste, com efeito, à autoridade que, em primeira instância, indeferiu o petitório. É que, como muito bem foi dito ali, o ato de nomeação, nas condições em que se verificou, é hoje irreversível, haja vista sua conformidade com a lei e o longo tempo dele já transcorrido. Em recente parecer desta Consultoria-Geral, aprovado por Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, proclamou-se que "sem ilegalidade ou nulidade demonstrada, não se anula ato administrativo". Parecer n.º 2267, do Consultor Jurídico NEY SÁ). Faz esse pronunciamento coro com jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, firmada nos autos do Recurso Extraordinário n.º 53.468, de que foi Relator o Ministro LUIZ GALOTTI, publicada às fls. 203, do vol. 87, da "Revista de Direito Administrativo".

Em outro parecer desta Casa, também recente, de lavra do Consultor Jurídico ELMO PILLA RIBEIRO, e igualmente aprovado pelo Senhor Governador, repetiu-se orientação sediça qual a que se encontra no Parecer n.º 1966/GAJ, **verbis:**

> "Nos domínios do Direito Administrativo não é admitida, por parte do funcionário, a prática de um ato, ou o respectivo desfazimento, sob condição, mas exclusivamente à vista da respectiva conformidade com a norma legal, ficando sua razão determinante inteiramente fora do mundo jurídico."

Não é outra a situação que aqui ocorre. A requerente — como informa os autos — à época em que se submeteu a concurso, podia, independentemente dele, ao que parece, requerer sua efetivação ou nos termos da Lei n.º 913/49, isto é, mediante concurso de títulos, ou pela Lei n.º 179/47, isto é, pelo cômputo de mais de dez anos de serviço. Todavia, por uma ou por outra lei, sua efetivação seria procedida na função que então exercia, isto é, a de professor primário contratado, para a qual se aplicava o mesmo e **único** padrão de vencimentos que vigorava para o cargo de professor primário. Assim, se sua efetivação se tivesse dado com fundamento em uma dessas leis, a requerente, naquela ocasião, teria sido classificada no padrão único que então vigia para os ocupantes desse cargo. Em outras palavras, seria idêntica sua sorte, quanto a padrão, conquistado fosse tal direito tanto pelas mencionadas leis como pelo concurso.

O fato de, alguns anos após, com o advento da Lei n.º 4.937/65, terem sido os antigos professores classificados em dois padrões diferentes, conforme fosse o seu nível de formação — ginasial ou colegial —, em nada modifica a matéria em exame e nem é lícito à requerente alegar agora prejuízos, que inexistiam à data do concurso e que possivelmente continuaram inexistindo mesmo após a referida Lei n.º 4.937, desde que também não possuísse o nível colegial.

A propósito da alteração de padrões assim ocorrida, ouçamos o que foi dito no Parecer n.º 1079/UAJ, da Consultora Jurídica DILMA MACEDO MACHADO, **verbis:**

> "(...). Tendo havido, entretanto, segundo entendemos, no **decurso** da vigência da Lei 179/47, uma bifurcação da classificação do magistério primário com base no **nível** de formação do professor, determinando-se o padrão 9 para o Regente de Ensino — nível ginasial — e o padrão 11 para o Professor do Ensino Primário — nível colegial — se atentarmos, ainda, a que o art. 2.º da Lei n.º 179 determina a classificação no padrão de vencimento a que **tiver** direito não é mais possível haver efetivação a partir de 1965, somente no padrão 11, ignorando-se essa dicotomia de padrões ora vigente e plenamente consolidada no Estado.
>
> Se entendeu a administração de conceder ao professor admitido pela Lei n.º 913/49, efetivado ou não, o padrão, isto porque o nível de formação desses professores é o correspondente ao primeiro ciclo ginasial, não há como entender-se possam os mesmos obter uma efetivação em padrão superior, então com base

na Lei n.º 179/47, na plena vigência da Lei n.º 4.937/65, quando essa lei não determina expressamente a classificação no padrão correspondente a professor primário. Determina, isto sim, a efetivação e concomitante classificação no padrão de vencimento **a que tiver direito**, e esse para os professores admitidos pela Lei n.º 913/49, só poderá ser o correspondente ao nível ginasial, não apenas face o disposto no art. 65 da Lei n.º 4.937, mas também face o espírito desse diploma legal vigente e o sistema que norteia a classificação dos cargos, no quadro de pessoal do Estado. (...)"

Do exposto, resulta certo que a classificação do professor em padrão mais alto quando do advento da Lei n.º 4.937 não era produto do arbítrio, mas decorrência exclusiva do seu nível de formação.

Todavia, face à impossibilidade de aferir-se hoje essa condição, pela total irreversibilidade do ato de nomeação, que se cristalizou no tempo, graças à sua perfeição jurídica, sendo, pois inanulável, conforme as razões antes invocadas, opinamos pelo não-provimento do mesmo, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 13 de abril de 1973.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2392/CGE

PODER DE POLÍCIA. O livre ingresso de servidores estaduais às praças de esporte durante a realização de espetáculos de jogos de futebol destina-se a possibilitar o exercício pelo Estado de seu poder de polícia. Apenas os servidores em serviço e, mais, que aí, durante a realização do espetáculo, devam desempenhar suas funções, têm livre ingresso às praças de esporte por ocasião dos jogos.

Trata o presente expediente de ofício dirigido pelo Senhor Presidente da Federação Gaúcha de Futebol ao Senhor Consultor-Geral do Estado, onde aquele solicita o pronunciamento desta Consultoria-Geral acerca das pessoas que, "no exercício de suas funções, gozam, em toda a área estadual (poderes, secretarias, órgão, departamentos, corporações, serviços, etc.) o direito de livre ingresso nas praças de futebol, por ocasião da realização de jogos" (cf. ofício, fls. 2).

E, dada por suprida a competência da autoridade consulente pelo Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral, o expediente é distribuído a esta Unidade de Assistência Jurídica, para parecer.

É o relatório.

2. O livre ingresso dos servidores estaduais às praças de esporte, como, de resto, a outros locais onde se realizam diversões públicas, tem por finalidade possibilitar o exercício do poder de polícia, constitucionalmente reconhecido ao Estado, sobre tais locais e os espetáculos que nele se realizam.

Na verdade, se, é certo, a partir da Constituição de 1967, com o atribuir-se à polícia Federal competência para prover a respeito (art. 8.º, VII, c), tornou-se incontroverso pertencer à União a censura das diversões públicas, não menos certo é que tais diversões, entre as quais incluem-se os espetáculos de jogos de futebol, são suscetíveis de gerar atos outros de polícia, que não a censura, incluíveis, esses, na esfera de competência dos poderes locais.

Assim, com efeito, já se esclareceu no parecer 374/GAJ desta Consultoria-Geral, da lavra do Consultor Jurídico MANOEL ANDRÉ DA ROCHA:

> " Afora essa órbita de competência (órbita da censura), predomina, em tudo o mais, o exercício do poder de polícia local (R. T. J., vol. 11, p. 384), que em nosso Estado, no concernente a espetáculos e diversões públicas, está regulado pelo Decreto n.º 2.109, de 22 de outubro de 1946, e pelo Decreto n.º 17.499. de 17 de setembro de 1965, com plena legitimidade em tudo que não foi tornado estridente com a Constituição em vigor." (o primeiro parêntese é nosso)

No mesmo sentido, RAYMUNDO FAORO:

> " A parte exterior da diversão pública, que constituiria o espetáculo, na qual a censura não teria sentido nem pertinência, sujeita-se ao poder de polícia local. É para se compensar de sua atividade que os poderes locais (Estados e Municípios) instituem tributos, de

lídima legitimação constitucional (art. 19, II, da Constituição de 24 de janeiro). Sem dúvida, ao Estado cabe licenciar a casa de espetáculos, provendo acerca da segurança dos freqüentadores, da salubridade do espaço e ordem na representação, etc., etc. Amplas são as modalidades de fiscalização das autoridades locais, sempre que haja espetáculo, entendido como "a função ou diversão pública celebrada num teatro, num circo ou em qualquer outro edifício ou lugar em que se congregam pessoas para presenciá-la. O adjetivo "público seria supérfluo, porque todo o espetáculo é público" (BASALVIBASO, idem, p. 662,)" (Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, vol. 18, p. 239)

E, noutra passagem:

" Ora, consoante o princípio dos poderes remanescentes ou residuais, visto que ao Estado compete todo o poder não conferido à União ou ao Município (art. 13, § 1.º), a disciplina federal é alheia ao **espetáculo público** (grifo do Autor) e à fiscalização das próprias diversões públicas, em questões não pertinentes à censura. (...) O espaço vazio, coberto pelo Estado, compreende o espetáculo público e, dentro das diversões públicas, o poder de polícia estranho à censura." (op. cit. 238-9)

Ora, se assim é, se o Estado tem competência para exercer atos de polícia durante a realização de espetáculos de diversões públicas, entre os quais, como é óbvio, incluem-se os jogos de futebol, é evidente que seus agentes, se e enquanto no exercício das funções policiais do Estado e para o bom desempenho de suas atribuições, hão de ter livre ingresso aos locais onde se realizam tais espetáculos.

Cumpre, pois, preliminarmente, firmar: o livre ingresso de servidores estaduais às praças de esporte, por ocasião da realização de jogos, prende-se ao exercício pelo Estado de seu poder de polícia e, assim, só se legitima se e enquanto destinado a possibilitar o regular desempenho dessa função estatal.

3. O poder de polícia, por outro lado, que, no dizer de RUY CIRNE LIMA, é a "contraparte da justiça" (cf. Princípios de Direito Administrativo, p. 106), é definido por HELY LOPES MEIRELLES como sendo "a faculdade discricionária da Administração Pública de restringir e condicionar o uso e gozo dos direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral". (cf. Direito Administrativo Brasileiro p. 94)

Tal restrição, no entanto, como a própria definição o diz e como, de resto, acontece com os demais atos administrativos. é uma restrição finalizada pelo interesse coletivo, ou seja, uma restrição que, na lição de RUY BARBOSA, "tem por fim assegurar às pessoas a vida, a integridade, a saúde, a comodidade, a segurança e a propriedade" (**apud** HELY LOPES MEIRELLES, op. e loc. cit.), daí decorrendo que a sua legitimidade resulta do fim que ela busca colimar e, mais principalmente num regime como o nosso em que os direitos individuais são garantidos constitucionalmente, da **necessidade** de sua imposição para colimar o mencionado fim.

Leciona, a respeito, BIELSA:

" a) Siendo fundamentales los derechos y facultades que el poder de policia limita, y anteriores a las constituciones y a las leyes, que ellas en general garantizan (como la libertad personal, el patrimonio, el domicilio, etc.), la extensión de ese poder respecto de esos derechos debe ser **estrictamente limitada a las exigencias del orden público.** b) Las medidas de policía, empezando por la reglamentación, debem ser **justas y razonables**, es decir, impuestas por la **necessidad, proporcionadas a la eficácia del fin propuesto, de duración limitada a la existencia del hecho que la genera** (...) (cf. Derecho Administrativo, vol. IV, p. 29)

Também HELY LOPES MEIRELLES:

" A finalidade é requisito indissociável do direito. Não se compreende um ato jurídico que não tenha por objeto um fim lícito, legal, benéfico. No caso especial dos atos de polícia, o seu fim deve ser sempre e sempre o interesse público, ou, por outras palavras, a melhoria das condições de bem-estar geral da sociedade. Todo o ato de polícia que não vise a esse objetivo é nulo, por desvio de sua finalidade. O Poder Público não pode restringir direitos individuais, a não ser em benefício da coletividade. A proporcionalidade entre a restrição contida no ato de polícia e o benefício ge-

ral que se tem em mira constitui, também, requisito para sua validade. Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo, sem que resulte vantagem apreciável para a coletividade, seria antijurídico, injusto e iníquo." (op. cit. p. 101)

Certo, a autoridade administrativa é discricionária no exercício do poder de polícia. Isso, no entanto, apenas significa que o modo e as condições da prática do ato de polícia são confiados ao seu prudente critério (cf. HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., p. 100) e não, em absoluto, sob pena de configurar-se o abuso de poder, que pode ela praticá-lo excessiva ou desnecessariamente ou desviá-lo da finalidade pública a que deve estar vinculado.

Leciona a respeito, com a proeficência de sempre, RUY CIRNE LIMA:

> " Não sendo a força, não é, também, a polícia o arbítrio. No direito antigo, polícia significa arbítrio. "Basta serem crimes de polícia — adverte Lobão, acerca dos deveres dos Comissários do Intendente Geral da Polícia — para deverem condenar arbitrariamente". Não o comporta, ao revés, o conceito moderno de polícia: — admite-se às autoridades administrativas, nesse terreno, maior ou menor discreção: recusa-se-lhes, no entanto, todo e qualquer arbítrio. O arbítrio desconhece e desafia o direito; a discreção, ao contrário, se exerce e move dentro do direito. Ora, na administração do Estado moderno, tudo se move dentro do direito; toda a atividade administrativa se encontra vinculada a um fim impessoal tutelado pelo direito. Ainda os mesmos atos materiais da administração pública são juridicamente relevantes; a ordem jurídica protege a finalidade a que eles tendem e, por isso mesmo, lhes delega a regulamentação às ciências técnicas competentes, fora e acima do arbítrio dos agentes." (op. cit. p. 111)

No mesmo sentido, JOSÉ CRETELLA JUNIOR:

> " A faculdade de reprimir não é, entretanto, absoluta, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição. Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim

> também acontece com o poder de polícia, que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, via de regra, o poder de polícia em restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não figurar um abuso de poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesses públicos é, assim, um pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo." (Direito Administrativo Brasileiro, vol. IV, Poder de Polícia, p. 54).

Desta forma, como se vê, se é certo o poder da Administração de restringir direitos individuais através de atos de polícia, não menos certo é que esse poder só se legitima se estiver vinculado a uma finalidade de ordem pública e, mais, se, enquanto e na medida em que for **necessário** à colimação dessa finalidade, daí decorrendo, pois, que, ao exercer o poder de polícia, a autoridade administrativa deve previamente ajuizar a finalidade de ordem pública a que o ato há de vincular-se e, mais, se é ou não ele necessário, e, em caso positivo, em que medida o é, eis que, como se viu, ato de polícia sem finalidade de ordem pública ou desnecessário e excessivo não é ato de polícia mas abuso de poder.

Ora, se assim é, se o ato de polícia deve resultar de um prévio juízo da autoridade competente sobre sua necessidade (é, ou não, o ato, necessário?) e, mais, sobre a medida dessa necessidade (em que medida é, o ato, necessário?), é evidente que, sobre ser isso normal em direito administrativo, pois, como é óbvio, o servidor só tem competência para desempenhar suas atribuições se e enquanto está no exercício delas, mas, de qualquer modo, principalmente em relação aos atos de polícia, os únicos servidores habilitados a praticá-los hão de ser os que, por terem sido julgados necessários, foram designados para tal. Em duas palavras: os servidores **em serviço**.

Não quer isto dizer, no entanto, não possa o servidor policial, fora do período de serviço, praticar atos de polícia, pois, no Decreto n.º 19.998 de 1.º/12/1969, art. 407, § 2.º, dispõe-se expressamente:

" Fora do período normal de serviço, (...) ficam as autoridades e funcionários policiais permanentemente obrigados ao exercício eventual de suas funções (...) nos casos de infração penal ocorrida às suas vistas ou que lhes for desde logo anunciada, cabendo-lhes, então, dela conhecer, até a intervenção da autoridade competente."

Tal hipótese, no entanto, como é óbvio, configurando situação excepcional e deferindo competência ao servidor apenas se e enquanto não intervém a autoridade competente, ou seja, a autoridade que está no exercício de suas funções, não mais faz do que confirmar a regra de que, em princípio, os servidores habilitados a praticar atos de polícia são, única e exclusivamente, os que estão e enquanto estão **em serviço.**

Assim, certo (a) que o livre ingresso de servidores estaduais às praças de esporte por ocasião da realização de jogos de futebol destina-se a possibilitar o exercício pelo Estado de seu poder de polícia e (b) que, em princípio, os servidores habilitados a praticar atos de polícia são, única e exclusivamente, os que, no exercício do poder de polícia do Estado, estão e enquanto estão no desempenho de suas funções, chega-se à natural conclusão de que os únicos servidores estaduais que têm livre ingresso às praças de esporte por ocasião da realização de jogos são os que, no exercício do poder de polícia do Estado e em serviço, aí, durante a realização do espetáculo, devam desempenhar suas funções.

4. Tecidas estas considerações, resta, então, verificar os atos que, por se constituírem em exercício regular de seu poder de polícia e, por isso mesmo, ensejarem o livre ingresso de seus servidores às praças de esporte, são suscetíveis de serem praticados pelo Estado durante a realização de espetáculos de futebol.

Neste particular, no entanto, cabe desde logo notar a quase impossibilidade de catalogar exaustivamente os mencionados atos, eis que, como se sabe, os poderes conferidos constitucionalmente aos Estados-membros não são, em sua maioria, enumerados, mas remanescentes ou residuais (art. 13, § 1.º, da Const. Fed.), o que, por isso mesmo, torna extremamente difícil o seu relacionamento exaustivo.

De qualquer forma, certa a possibilidade de que outros, por não vedados constitucionalmente, venham a ser concretizados, a verdade é que os atos de polícia suscetíveis de serem praticados pelo Estado durante a realização de jogos de futebol são, principalmente, os que dizem com o cumprimento da legislação de proteção aos menores, a ordem e tranqüilidade durante o espetáculo e a segurança, higiene e comodidade dos locais onde esse se realiza, o que, na legislação estadual, está atribuído, respectivamente, aos juízes de direito e, por determinação desses, aos comissários de menores, à Brigada Militar, ao Departamento de Diversões Públicas e às Delegacias de Polícia, esses últimos, respectivamente, em Porto Alegre e no interior.

5. Dispõe, por outro lado, atribuindo à Brigada Militar o policiamento ostensivo fardado para manutenção da ordem, o Decreto n.º 19.676, de 30 de maio de 1969, art. 13:

" À BRIGADA MILITAR, incumbe, nos termos da legislação vigente:

I — executar o policiamento preventivo-ostensivo fardado, planejado pelos órgãos competentes, a fim de assegurar o cumprimento da lei e a manutenção da ordem pública e do exercício dos poderes competentes;
II — atuar de maneira preventiva, como força de dissuação, em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser possível a perturbação da ordem."

6. E, por sua vez, cometendo ao Departamento de Diversões Públicas da Secretaria da Segurança a polícia da segurança, higiene e comodidade dos locais onde se realizam espetáculos de diversões públicas e regulando expressamente o ingresso de servidores a estes locais para o exercício do policiamento, estabelece, em vários dispositivos, o Decreto n.º 20.637, de 31/10/1970:

" Art. 1.º. São considerados estabelecimentos de diversões públicas todas as entidades que realizem espetáculos ou propiciem divertimento de qualquer natureza, com ou sem cobrança de entradas, em lugar público ou acessível ao público.
Parágrafo único. Equiparam-se, para os efeitos deste Decreto, a lugar acessível ao público as sedes ou dependências de sociedades ou associações em geral.

Art. 2.º. O funcionamento das entidades referidas no artigo anterior depende de prévia licença do Departamento de Diversões Públicas, na área metropolitana ou das Delegacias de Polícia, no interior do Estado. São competentes para conceder licença.
I — na área metropolitana, o Diretor do Departamento de Diversões Públicas;
II — no interior do Estado, os titulares das Delegacias de Polícia.

Art. 45. Os responsáveis pelos divertimentos públicos, além das demais obrigações previstas em outros dispositivos deste Decreto, devem: (...) VI — expedir, nos dez (10) primeiros dias de cada ano, três (3) ingressos permanentes para uso:

a) do Diretor do Departamento de Diversões Públicas e dos funcionários encarregados do controle e fiscalização dos espetáculos;

b) do Delegado de Polícia, nos demais municípios do interior.

Art. 54. As autoridades e agentes incumbidos da fiscalização das diversões públicas deverão exigir a rigorosa observância de todos os preceitos legais e regulamentares vigentes, providenciando, na forma da lei, constatada qualquer infração.

Art. 66. Para o desempenho de suas atribuições, terão livre ingresso em qualquer local onde se realize espetáculo, função ou divertimento, com ou sem entrada paga, mesmo mediante convite, desde que o divertimento, a função ou o espetáculo estejam sujeitos ao controle, licenciamento ou fiscalização por parte do Departamento de Diversões Públicas:

I — na área metropolitana, os funcionários do Departamento de Diversões Públicas;
II — no interior do Estado, pelos funcionários policiais incumbidos expressamente da fiscalização."

7. Desta forma, conforme se pode verificar, enquanto o cumprimento da legislação de proteção aos menores durante a realização de jogos de futebol incumbe aos juízes de direito com jurisdição sobre menores e, por determinação desses, aos comissários de menores, e o policiamento ostensivo fardado para manutenção da ordem à Brigada Militar, a polícia da segurança, higiene e comodidade dos locais onde o espetáculo se realiza está atribuída, em Porto Alegre, ao Departamento de Diversões Públicas e, no interior, às Delegacias de Polícia, daí decorrendo, pois, que hão de ser aqueles servidores (juízes de direito com jurisdição sobre menores e comissários de menores) e os integrantes desses órgãos (Brigada Militar, Departamento de Diversões Públicas, e, no interior, Delegacias de Polícia) os que, principalmente, terão livre ingresso às praças de esporte durante a realização de jogos.

8. Cumpre, no entanto, aqui, considerar: enquanto à polícia no cumprimento da legislação de proteção aos menores, atribuída aos juízes de direito e comissários de menores, e ao policiamento para a manutenção da ordem, incumbido à Brigada Militar, não se pré-fixou o número de servidores que, normalmente, haverá de exercê-los, ficando esse aspecto confiado ao prudente critério da autoridade competente, o mesmo, no entanto, não ocorreu com o policiamento da segurança, higiene e comodidade dos locais onde o espetáculo se realiza, o qual, normalmente, há de ser exercido por três, e apenas três, servidores, no máximo.

É que, impondo-se, no art. 45, IV, do Decreto n.º 20.637/70, aos responsáveis pelos divertimentos públicos, o dever de expedir três ingressos permanentes às autoridades policiais, implicitamente afirma-se que tal policiamento há de ser exercido por esses três servidores, o que, aliás, é compreensível, pois circunscreve-se o policiamento à fiscalização do cumprimento pela entidade recreativa dos requisitos de segurança, higiene e comodidade impostos regulamentarmente (art. 54 e 55 do Decreto n.º 20.637/70).

De qualquer forma, se as circunstâncias o exigirem e segundo critério da autoridade administrativa, nada obsta que um número maior de servidores venha a exercer o policiamento, o que, no entanto, é excepcional e, como tal, só excepcionalmente poderá ocorrer. O normal, nos termos do Decreto n.º 20.637, é que o policiamento se exerça por três, e apenas três, servidores, no máximo.

Desta forma, por todo o exposto, e resumindo, ENTENDO (a) que os servidores estaduais que têm livre ingresso às praças de esporte por ocasião da realização de jogos de futebol são os que, no exercício do poder de polícia do Estado, estão em serviço e aí, durante a realização dos jogos, devam desempenhar suas funções, (b) que, certa a possibilidade de que outros, por também estarem no desempenho do poder de polícia do Estado, venham a ter livre ingresso, esses servidores são, principalmente, os juízes de direito com jurisdição sobre menores, os comissários de menores, os integrantes da Brigada Militar, do Departamento de Diversões Públicas, em Porto Alegre, e das Delegacias de Polícia, no interior, aqueles (juízes de direito, comissários de menores e integrantes da Brigada Militar) em número a ser fixado discricionariamente, de acordo com as necessidades, pela autoridade competente e esses (integrantes do Departamento de Diversões Públicas e das Delegacias de Polícia) normalmente em número de três no máximo, possível, no entanto, face às cir-

cunstâncias, segundo o juízo da autoridade competente, mas, de qualquer forma, excepcionalmente, o aumento de tal número.

É o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 20 de agosto de 1973.

Caio Martins Leal
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SR. CONSULTOR-GERAL

Porto Alegre, 21 de agosto de 1973.

Tenho a satisfação de me dirigir a Vossa Senhoria a fim de lhe remeter o anexo Parecer n.º 2392, da lavra do Consultor Jurídico CAIO MARTINS LEAL, o qual, por coincidente com o meu entendimento sobre a matéria, aprovo e adoto como pronunciamento da Consultoria Geral do Estado.

2. A Consulta formulada por Vossa Senhoria, no Ofício n.º .. 1051/73, de 7 de junho do corrente ano, diz respeito ao poder de polícia que é exercido nos campos de futebol pela Administração Pública. Deseja-se saber, em primeiro lugar, se os agentes encarregados do exercício do referido poder têm direito a livre ingresso nos campos de futebol, na oportunidade em que se realizam jogos. Depois, pergunta-se qual a legislação que dá amparo legal à mencionada entrada franca, caso seja permitida.

3. Os agentes do Estado, devendo, no exercício do poder de polícia, comparecer a todos os locais públicos ou particulares abertos à freqüência coletiva, não podem ficar sujeitos a taxas de ingresso, o que, se exigido, implicaria, sem dúvida, numa restrição ao desempenho de suas atribuições. A atividade do Poder Público, até mesmo a administrativa, está submetida às próprias condições do Estado de direito e, sabido é, à lei que comanda todas as suas ações, quer no interesse público quer no privado. Para os particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, mas à Administração Pública só é permitido agir de acordo com as suas autorizações expressas, por força do princípio da legalidade, que inspira toda atividade estatal.

HELY LOPES MEIRELLES, discorrendo, com a habitual clareza, sobre os direitos dos servidores públicos, ensina que

> " Os direitos e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse social. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é direito e o que é **dever** do agente administrativo, porque estando sujeito ao ordenamento jurídico em geral e às leis administrativas em especial, só essas normas poderão catalogar, para cada órgão, cargo, função, serviço, ou atividade executiva os direitos e deveres de quem os exerce." ("Direito Administrativo Brasileiro", 2.ª ed., p. 58)

4. O livre ingresso dos servidores públicos encarregados de exercer poder de polícia nos estádios de futebol é assegurado explicitamente pela norma jurídica consubstanciada no art. 66 do Decreto RS n.º 20.637, de 31 de outubro de 1970, **in verbis:**

> " Art. 66 — Para desempenho de suas atribuições, terão **livre ingresso** em qualquer local onde se realize espetáculo, função ou divertimento, com ou sem entrada paga, mesmo mediante convite, desde que o divertimento, a função ou o espetáculo estejam sujeitos ao controle, licenciamento ou fiscalização por parte do Departamento de Diversões Públicas:
>
> I — na área metropolitana, os funcionários do Departamento de Diversões Públicas;
>
> II — no interior do Estado, pelos funcionários policiais incumbidos expressamente da fiscalização." (grifei)

5. Seria, aliás, um contra-senso admitir que os servidores públicos, que não têm apenas o **poder**, mas, e principalmente, o **dever** de agir, estivessem obrigados a contrair despesas pessoais para poderem exercer as atribuições de seus cargos. Se assim fosse, ficaria irremediavelmente comprometida a eficiente prestação dos serviços afetos aos funcionários que exercem o poder de polícia no setor de diversões e jogos, pois tais servidores, com toda razão, haveriam de, por meio de inúmeros subterfúgios, fugir ao cumprimento de seus deveres funcionais.

Assim, com amparo na lógica e no Direito, o qual, já foi dito, nada mais é do que "a razão escrita", pode-se afirmar, sem erro, que os funcionários que comparecem aos estádios de futebol com a finalidade de ali, como representantes do Poder Público, exercerem o poder de polícia, não estão sujeitos ao pagamento de ingresso, pela razão de que a ida, ao mencionado local, constitui uma **obrigação** funcional, e não, um entretenimento. Os outros,

isto é, aqueles servidores que vão aos estádios em igualdade de condições com as outras pessoas, despidos de seus atributos de funcionário público, estão sujeitos ao pagamento da respectiva entrada, pois não possuem privilégios ou regalias, somente por serem agentes da Administração. "Todos são iguais perante a lei", estabelece a Constituição da República, no § 1.º, do seu art. 153.

Tal entendimento corresponde à lição de HELY LOPES MEIRELLES, nestes termos:

> " Mas, convém se acentue, a autoridade é prerrogativa do cargo ou da função; nunca da pessoa que os exerce. Por isso, despido da função pública ou contingentemente afastada dela para o exercício de atividade particular, o agente do poder não pode utilizar-se da autoridade, nem invocá-la ao talante de seu capricho, para superpor-se aos demais cidadãos. Os Estados democráticos, como o nosso, não reconhecem privilegios pessoais; só admitem prerrogativas funcionais.
>
> Daí o nivelador princípio do art. 141, § 1.º, da Constituição Federal que estabelece a igualdade de todos perante a Lei. Ora, se o agente do poder não está no exercício de suas funções, deixa de ser autoridade, despe-se das prerrogativas, nivelando-se aos demais cidadãos." (ob. cit., p. 59)

Assim sendo, e porque a singeleza da matéria, ao lado da sólida fundamentação do Parecer que ora envio a Vossa Senhoria, não requerem maiores considerações, dispensam-me de outras observações, sirvo-me do ensejo para apresentar-lhe protestos da mais alta consideração e estima.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 2419/CGE

VEREADOR — Convocação de suplente. Interrupção de licença para tratamento de interesses particulares. No sistema das cartas proprias, vigente no Rio Grande do Sul, os Municípios têm competência para regular essas matérias.

Pergunta o Senhor Presidente da Câmara Municipal de Erechim:

> " I — Pode a Presidência convocar suplente, no caso de licença de Vereador, para tratamento de assuntos particulares?
>
> II — O Vereador em licença pode reassumir sua cadeira, antes de expirado o prazo da licença solicitada? "

À consulta é anexado um exemplar da Lei Orgânica de Erechim, promulgada em 24 de novembro de 1972.

É o relatório.

2. As presentes questões passaram a ser suscitadas desde que a Constituição da República, de 1967, disciplinando o exercício dos mandatos dos membros das duas casas legislativas federais, estabeleceu, entre outras regras:

> " Art. 38 — Não perde o mandato o Deputado ou Senador investido na função de Ministro de Estado, Interventor Federal, Secretário de Estado ou Prefeito de Capital.
>
> § 1.º — No caso previsto neste artigo no de licença por mais de quatro meses ou de vaga, será convocado o respectivo suplente; se não houver suplente, o fato será comunicado ao Tribunal Superior Eleitoral, se faltarem mais de nove meses para o término do mandato. O congressista licenciado nos termos deste parágrafo não poderá reassumir o exercício do mandato antes de terminado o prazo da licença."

O parágrafo 1.º do art. 38 inova com relação à Carta Política de 1946, restringindo a convocação de suplente nos casos de licença e também impedindo a interrupção da licença quando superior a quatro meses, ou seja, quando ensejou a substituição do congressista titular do mandato.

Com a Emenda n.º 1 à Constituição de 1967, datada de 17 de outubro de 1969, as regras supra foram modificadas, passando a viger, em seu lugar, o seguinte texto:

> " Art. 36 — Não perderá o mandato o deputado ou senador investido na função de Ministro de Estado.
>
> § 1.º — Dar-se-á convocação de suplente apenas no caso de vaga em virtude de morte, renúncia ou investidura na função de Ministro de Estado. Não havendo suplente, só será feita a eleição do substituto em caso de vaga se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato."

Segundo esse novo texto, em caso de licenciamento, não mais se dá a convocação de suplente de membro do Poder Legislativo Federal. Por ter perdido sua razão de ser, também não mais existe a proibição, para o congressista, de interromper a licença, como constava no § 1.º do art. 38 da Constituição de 1967, na redação anterior à emenda.

3. A vigente Carta Política do Rio Grande do Sul, promulgada em 27 de janeiro de 1970, adotou as seguites normas para os membros de seu legislativo, quanto às questões em pauta:

> " Art. 20 — Não perderá o mandato o Deputado investido na função de Ministro ou Secretário de Estado, Interventor Federal ou Prefeito da Capital.
>
> Art. 21 — Dar-se-á convocação de suplente nos casos do artigo anterior, ou de vaga por morte ou renúncia."

Não é possível a convocação de suplente de Deputado estadual nos casos de licença, já que não está prevista no diploma editado por nosso Estado.

No que tange aos Vereadores, a Carta estadual silenciou no que respeita à convocação de suplente e igualmente nada dispôs com relação a licenças. Disse, no entanto, no § 2.º de seu art. 153 que:

> " Não perderá o mandato o Vereador que vier a ocupar cargo de Secretário Municipal ou Diretoria equivalente, desde que se afaste do exercício da vereança."

Deduz-se, logicamente, que o vereador afastado nessas circunstâncias será substituído pelo suplente.

Os Estados-membros têm o poder de se auto-organizar. que lhes é conferido pelo art. 13 da Constituição Federal. Nessa competência se contém o poder de regular a matéria em pauta, inclusive para os seus respectivos Municípios. Como a Carta Política do nosso Estado não disciplinou a convocação de suplente nem as licenças de vereadores, deixou aos Municípios essa tarefa em lhes outorgando o poder de elaborarem suas Leis Orgânicas (art. 143, Constituição Estadual).

O Município consulente, em sua Lei Orgânica de 1972, inseriu a mesma regra já ditada pelo § 2.º do art. 153 do diploma político estadual, rezando o art. 26 da Carta Municipal:

> " O Vereador investido no cargo de Secretário Municipal ou Diretoria equivalente não perde o mandato desde que se afaste do exercício da vereança."

E o art. 27 estabelece:

> " Nos casos do artigo anterior **e nos de licença,** legítimo impedimento e vaga por morte ou renúncia, o **Vereador será substituído pelo suplente** convocado nos termos da lei." (grifamos)

A orientação oficial desta Casa é no sentido de que cabe aos Municípios do Rio Grande do Sul disciplinar a matéria em foco, no que inexistem determinações constitucionais da República ou do Estado, em virtude do sistema das cartas próprias municipais adotado pelo Constituinte Estadual.

Esta posição, aprovada pelo Senhor Consultor-Geral do Estado, encontra-se consubstanciada, por exemplo, nos pareceres deste Órgão de n.ºs 1034-UAJ, 1043-UAJ e 1044-UAJ — todos emitidos pelo Consultor Jurídico Bartolomê Borba, em 1970 — no parecer n.º 1127-UAJ, também de 1970, de autoria da signatária do presente. O Consultor Jurídico, ADAURY PINTO FILIPPI também integrante desta Casa manifestou-se no mesmo sentido no parecer n.º 1918-CGE, de 4.10.71, aprovado pelo titular desta repartição do Estado e publicado na Revista da Consultoria-Geral, volume n.º 1, págs. 111 e segs. Um dos mais recentes pronunciamentos da Casa sobre o assunto, na mesma linha de pensamento, é o parecer n.º 2314-CGE, de 13.3.73, publicado na mesma Revista, volume n.º 5, págs. 119 e segs., da lavra do Consultor Jurídico ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL.

Entendemos que as restrições fixadas para a substituição dos membros da Câmara Federal e do Senado e as estabelecidas no diploma constitucional do nosso Estado para os Deputados não são obrigatórias para regular o funcionamento das Câmaras municipais. Estas podem adotar como regra a substituição do Vereador, sempre que houver vaga, ou impedimento do titular. Cabe ressaltar, entretanto, que no tocante à vaga de mandato de Vereador, as Cartas Próprias não podem contrariar o dispositivo do art. 4.º, parágrafo único, do Ato Institucional n.º 5, que proíbe a substituição de membros do legislativo, inclusive municipal, que tiverem seus mandatos cassados, nas circunstâncias descritas no caput do artigo, dispositivos que passamos a transcrever:

" Art. 4.º — No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos eletivos Federais, Estaduais e Municipais.

Parágrafo Único — Aos membros dos Legislativos Federal, Estaduais e Municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dado substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos."

O Ato Institucional n.º 5, de 13.12.1968, mantém sua força impositiva por ter a Emenda n.º 1, de 17.10.69, estabelecido em seu art. 182 que "continuam em vigor o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais atos posteriormente baixados."

4. Recomenda a Constituição Federal que os Estados-membros organizar-se-ão e reger-se-ão pelas constituições que adotarem, respeitados, dentre outros princípios nela estabelecidos, vários que menciona expressamente e, entre estes, " a forma de investidura nos cargos eletivos (art. 13, inciso II).

Este princípio, por ser expressamente recomendado na organização dos Estados, deve viger nos Municípios, pois que estes são parte integrante da própria organização daqueles. Não podem os Municípios esquivar-se da observância deste preceito, mesmo no caso do Rio Grande do Sul, que lhes outorgou o poder de elaborarem suas cartas próprias.

Porém a investidura nos cargos eletivos não se prende à convocação de suplente, mas sim, segundo a lição de PONTES DE MIRANDA, diz com a eleição em si, que deve ser por voto direto e secreto para os membros do Legislativo das três órbitas estatais (conf. "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969", Tomo II, págs. 312 e 313).

A investidura nos cargos eletivos não se confunde com a regulação da convocação de suplente. O suplente tem a expectativa do direito de exercer o mandato por haver se submetido às regras eleitorais.

Em nossa opinião, aplicam-se aos Municípios as disposições a eles estendidas expressamente pela Constituição Federal, Atos Institucionais e Complementares, ou pela Carta Estadual. Ressalvamos que, através desta, nos limites de sua competência exercida em harmonia com as regras de autonomia municipal asseguradas pela Lei Maior.

Afora as disposições expressas, só há simetria automática e obrigatória para a União, Estados e Municípios quanto às normas constitucionais que são da essência do regime político brasileiro.

Por isso, reza o art. 200 da Carta Federal:

" As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, **no que couber**, ao direito constitucional dos estados." (grifamos)

A normatividade do funcionamento dos órgãos legislativos pode apresentar certa variação nas três órbitas estatais. Isto porque tais órgãos diferem quanto a sua estruturação, importância e função dentro da Federação. Assim, nem todas as disposições da Carta Magna cabem nas esferas inferiores.

A maioria dos municípios tem reduzida população e, conseqüentemente, sua corporação legislativa compõe-se de poucos membros. Inadmitir-se a convocação de suplente, nas hipóteses de licenças dos Vereadores, poderia entravar o funcionamento do legislativo municipal, por falta de quorum, em certos casos. Já no âmbito estadual e federal tal efeito seria mais difícil de ocorrer.

5. Quanto ao prazo da licença para tratamento de interesses particulares e a possibilidade de sua interrupção antes do prazo da licença, deve o Município estabelecer normas a respeito. Enquanto inexistir proibição de interrupção, deve-se concluir pela sua possibilidade, porque, "in casu", o vereador beneficiado é o melhor juiz quanto à necessidade ou não de a mesma persistir.

Para melhor previsão e ordem do funcionamento do órgão legislativo, é recomendável que seja estabelecido um prazo mínimo de licença para trato de interesses particulares e também o seu prazo máximo, sem possibilidade de interrupção no decurso de prazo mínimo. Igualmente é de suma importância a fixação de um prazo mínimo de licença (em qualquer de suas hipóteses), para efeito de ensejar a convocação de suplente.

Na falta de regras objetivas quanto aos prazos aludidos, deve o plenário da Câmara deliberar sobre o caso em concreto.

6. Respondemos afirmativamente à primeira pergunta, dizendo que, com respeito a qualquer hipótese de licença não há óbice

em lei de hierarquia superior para a convocação de suplente de vereador. Pode a Câmara fixar o prazo mínimo das licenças em geral para esse fim, em sua Lei Orgânica e/ou Regimento Interno.

Quanto à segunda indigação, concluimos que, inexistindo regra legal impedindo a interrupção da licença para tratamento de interesses particulares, esta deve ser admitida, salvo no decurso do prazo mínimo ensejador de convocação de suplente e também no prazo mínimo estabelecido para esse tipo de licença. Tais prazos, enquanto inexistir regra objetiva fixada para o Município, devem ser fixados para o caso em concreto pelo plenário do Legislativo Municipal.

É o parecer.

Porto Alegre, 13 de setembro de 1973.

Renita Maria Hüllen
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SR. CONSULTOR-GERAL

Senhor Deputado,

SENHOR DEPUTADO,

Tenho a satisfação de me dirigir a Vossa Excelência a fim de lhe remeter o anexo Parecer n.º 2419, da lavra do Consultor Jurídico RENITA MARIA HÜLLEN, que aprovo e adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

2. Trata-se de saber se é legítima a convocação de suplente de vereador em caso de licença do edil, bem como se essa licença, embora concedida por prazo certo, pode ser renunciada a qualquer tempo, a fim de que o vereador licenciado reassuma o exercício de seu mandato.

3. Tanto a Constituição da República, com relação aos deputados federais e senadores (art. 36, § 1.º), quanto a Constituição do Estado, com relação aos deputados estaduais (art. 21), vedam a convocação de suplente no caso de licença do titular do mandato eletivo. Essa proibição, contudo, não se estende obrigatoriamente aos municípios, pois a Constituição Estadual, podendo disciplinar a matéria no que concerne às Câmaras Municipais, não o fez, deixando a cargo das municipalidades o tratamento deste assunto, que é, sem dúvida, de seu interesse privativo.

4. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, ao julgar a Representação n. 874, do Estado de São Paulo, manifestou-se pela constitucionalidade de regra jurídica que determine a convocação de suplente em caso de licença de vereador.

Eis, a propósito, o voto do Ministro BILAC PINTO, que, por sua clareza e precisão jurídica, merece aqui transcrito em alguns trechos, já que resolve o problema **sub examine, verbis:**

> " A Emenda Constitucional n.º 1, ao eliminar a convocação do suplente de deputado ou senador, em caso de licença do titular, teve em vista o prestígio e a boa reputação das duas Casas do Congresso Nacional, repetidamente comprometidos por práticas abusivas e fraudulentas em matéria de licenciamento de parlamentares, operação a que se vinculava, como objetivo principal, o recebimento de ajuda de custo por parte do suplente convocado.
>
> Em face da violação sistemática das normas regimentais que regulavam criteriosamente os casos de licença e de pagamento de ajuda de custo, a Constituição de 69 adotou solução radical: para eliminar as possibilidades daqueles deploráveis desvios, suprimiu a convocação dos suplentes em caso de licença dos parlamentares.
>
> Essa norma moralizadora é sem dúvida extensiva às Assembléias Legislativas, pois em relação a elas existem os mesmos motivos que determinaram a repressão da regra tradicional da convocação do suplente quando da licença do titular.
>
> No que concerne aos vereadores deve ser feita, de início, uma distinção. Os vereadores da grande maioria dos municípios brasileiros não fazem jus a qualquer remuneração. Somente a ela têm direito os vereadores das capitais e dos municípios de população superior a duzentos mil habitantes (Constituição, art. 15, § 2.º). Os limites e critérios de remuneração dos vereadores, nesses dois casos, são fixados em lei complementar, nos termos do art. 15, § 2.º, da Constituição.
>
> No que diz respeito a tais vereadores a norma permissiva ou proibitiva da convocação dos suplentes, em caso de licença dos titulares, será estabelecida na lei complementar, dada a relação existente entre o chamamento ao exercício e a respectiva remuneração.
>
> A Lei Complementar n.º 2, de 29 de novembro de 1967, que regula a remuneração dos vereadores prevista no art. 15, § 2.º da Constituição, não incluiu

qualquer norma proibitiva da convocação do suplente em caso de licença do membro da Câmara Municipal.

A bem dizer, essa lei procurou evitar abusos, em matéria de licenciamento e convocações, proibindo no art. 2.º, § 1.º o pagamento, além do subsídio, de qualquer outra vantagem pecuniária em razão do mandato, inclusive ajuda de custo, representação ou gratificações.

.....

Nos demais casos, ou seja, na grande maioria dos municípios brasileiros, em que a função de vereador é gratuita e considerada serviço público relevante (Lei Complementar n.º 2, art. 7.º) não existe motivo algum para que, licenciado um titular, não se convoque seu suplente." (**in** "Boletim Informativo do Serfhau", v. 6, n.º 54, pp. 58/9)

5. Para que ocorresse a inconstitucionalidade da convocação de suplente ora examinada, seria necessário que a Constituição do Estado, explícita ou implicitamente, tivesse estendido às Câmaras Municipais a vedação que o seu art. 21 dirige apenas aos deputados estaduais. Em Direito Constitucional, as regras imperativas ou proibitivas interpretam-se **estritamente.**

CARLOS MAXIMILIANO, em sua obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 3.ª ed., 1941, p. 270, consagra de maneira positiva e categórica:

> " As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese **estrita.** Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia."

Sendo, pois, omissa a legislação estadual com pertinência à matéria no âmbito do Município, a esta cabe, dentro de sua competência, ditar as regras que entender mais convenientes e oportunas.

6. ANTÔNIO TITO COSTA já teve oportunidade de versar o tema, fazendo-o nestes termos:

> " O preceito do art. 36, § 1.º, da Constituição Federal, não se aplica, a nosso ver, às Câmaras Municipais. Diz o referido dispositivo constitucional, das disposições gerais, do capítulo dedicado ao Poder Legislativo Federal, que a convocação de suplente de Deputado ou Senador dar-se-á "apenas no caso de vaga em virtude de morte, renúncia ou investidura na função de Ministro de Estado."
>
> Segundo entendemos, tal dispositivo não pode alcançar as Câmaras Municipais porque endereçado especificamente aos membros do Congresso Nacional: Deputados e Senadores. **Quando a Constituição pretende estender regras aos Estados e Municípios, ela o faz especificamente, como acontece, por exemplo, no capítulo dos funcionários públicos** (art. 108)." ("Boletim Informativo do Serviço Nacional dos Municípios — Ministério do Interior", n.º 28, p. 28 — grifei)

7. O fundamento jurídico que dá suporte à solução da primeira questão é o mesmo que embasa a segunda: inexistindo norma hierarquicamente superior que impeça a concessão de licença e convocação de suplente cabe à legislação local — já que matéria que interessa de perto ao Município e que, por isso, pode ser livremente disciplinada na sua Lei Orgânica ou no Regimento da própria Câmara —, dizer em que termos e condições deve cessar uma e outra. Na ausência de ordenamento municipal, deve a Câmara, em cada caso, apreciar o pedido e dispor a respeito inclusive do prazo correspondente.

Reasseguro-lhe nesta oportunidade, Senhor Deputado, o meu apreço e distinta consideração.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

A Sua Excelência, o Senhor Deputado AFFONSO DOS SANTOS TACQUES

PALÁCIO FARROUPILHA

N/CAPITAL

PARECER N.º 2427/CGE

LICENÇA-PRÊMIO.
Sua conversão em moeda corrente é possível no Município de Pinheiro Machado, porque prevista em sua Lei n.º 405, de 1971.
FÉRIAS. A conversão em pecúnia contraria a natureza do instituto.

Consulta o Senhor Prefeito de Pinheiro Machado sobre a validade, perante a Constituição, do dispositivo da Lei municipal n.º 405/71 (Estatuto dos Funcionários), assim redigido:

> " Art. 176 — A requerimento do funcionário, a Licença-prêmio, quando não gozada e não contada em dobro, será convertida em moeda corrente equivalente aos vencimentos que o mesmo perceber, podendo o pagamento ser efetuado em até 6 (seis) cotas mensais e consecutivas, a partir da conversão.
> Parágrafo único — A conversão em moeda corrente poderá ser relativa, apenas, à metade da licença-prêmio, a requerimento do servidor."

A dúvida prende-se, conforme diz o consulente, a uma publicação contida no "Boletim Informativo do SERFHAU", volume 6 n.º 56, de novembro de 1972, p. 107, publicação essa feita a título de resposta a uma consulta feita àquele órgão federal por um município, relativamente à conversão de férias ou licença-prêmio em dinheiro.

Na referida publicação, segundo transcrição feita pelo Senhor Prefeito de Pinheiro Machado, diz-se que é inconstitucional lei municipal que outorgue as vantagens em questão, por ferir o art. 13, inciso V, da Constituição de 1967. Que, por força dos mencionados dispositivos, desde 15/03/67, "não mais era da competência dos Estados e Municípios baixar normas relativas aos funcionários públicos, passando esta para a União, na qual não se permite a transferência de férias ou licença-especial não gozada em dinheiro".

É o relatório.

2. Lê-se na Constituição de 1967:

> " Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:
> .....
> V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal."

Em vista do art. 13, inciso V, supra, os Municípios devem obedecer: 1) os princípios estabelecidos para os funcionários na Seção VIII da Carta Magna (arts. 97 a 111), no que couber; 2) os limites máximos de remuneração **estabelecidos em lei federal.**

Os dispositivos da Seção VIII da Constituição de 1967 são de aplicação compulsória nos Municípios, desde a vigência desse diploma político, na medida em que os alcançam, ou seja, no que couber.

Já no que tange aos limites máximos de remuneração aos quais os Estados e Municípios terão de se ater, não foram ainda fixados em lei federal. Trata-se de uma norma programática, ou seja, sua execução depende da lei que terá de regulá-la.

Na orientação do SERFHAU trazida à colação há um equívoco, sendo levado longe demais o alcance do art. 13, inciso V da Carta Magna. Enfatizamos nós que os Estados e Municípios conservam sua competência para legislar sobre o regime jurídico (direitos, deveres e sanções) de seu funcionalismo, devendo, no entanto, respeitar as regras ditadas pela Lei Maior. Prova disso encontra-se, por exemplo, no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, onde a competência da União para legislar sobre o regime jurídico dos servidores públicos restringe-se à esfera federal (União, Território e Distrito Federal).

O que se deve pôr em evidência é que os Estados e os Municípios terão que conformar (oportunamente) sua legislação à federal no que tange à forma e condições de provimento dos cargos públicos e as condições para a aquisição de estabilidade, quando estas forem estabelecidas, segundo os incisos II e III do art. 109 da Carta Federal.

O constituinte não pretendeu eliminar a autonomia estadual e municipal na organização de seus serviços (incluída nesta a disciplina quanto ao pessoal).

3. Não se pode inferir do art. 13, inciso V, que o limite de remuneração de que ali se cogita seja relativo a cada cargo e a cada

direito individualmente considerados, por ser impraticável um sistema único aplicável nas três esferas administrativas. Mais evidente se torna esta constatação se considerarmos que até o presente não foi concluída no próprio âmbito da administração federal a implantação da paridade de vencimentos, determinada no art. 98 da Constituição, em face da dificuldade de sua concretização.

Inexiste medida padrão no nosso sistema de leis para efeito comparativo para determinar-se se há ou não extravasamento do limite de remuneração na hipótese de conversão de licença-prêmio em pecúnia. Pensamos que essa forma de conversão, sendo um substitutivo da fruição e da conversão em tempo dobrado, não amplia o direito em si e também por essa razão não poderia configurar excesso quanto ao direito correspondente na administração pública federal (licença especial prevista no art. 116 da Lei n.º 1.711 de 28/10/52), caso o mesmo devesse ser levado em conta.

Esse último argumento vale, "mutatis mutandis", em relação às férias. No entanto, como adiante será explicitado, deve-se quanto a estas ter em conta além do que foi dito, que o direito se funda em princípios de caráter higiênico, sendo a conversão em dinheiro de efeito negativo tanto para o servidor como para o próprio serviço público.

A conversão da licença-prêmio em pecúnia foi objeto de amplo estudo no **anexo** parecer n.º 1954, de 3/12/71, da lavra do Consultor Jurídico Doutor ADAURY PINTO FILIPPI, aprovado pelo titular da Consultoria-Geral do Estado, Doutor ORLANDO GIRALDI VANIN, constituindo a orientação oficial deste Órgão.

O referido trabalho conclui, em suma, pela possibilidade da conversão da licença-prêmio em dinheiro, desde que expressamente autorizada pela lei ordinária da respectiva órbita estatal (União, Estados ou Municípios), não obstante se trate de distorção de configuração original desse instituto.

4. O direito a férias anuais remuneradas para os funcionários foi erigido em garantia constitucional desde a Carta de 1934 (art. 170, inciso 10.º). O mesmo diploma, em seu art. 121, § 1.º, letra **f**, assegura idêntico direito aos trabalhadores em geral.

A atual Constituição não discrimina esse direito expressamente entre os arrolados relativamente aos funcionários na respectiva seção (seção VIII). Tampouco o fez a de 1946. Porém, o princípio consagrado no art. 157, VII, da Carta de 1946 e repetido no art. 165, VIII, do vigente diploma político estende-se aos trabalhadores públicos. E isto porque é inadimissível ilogicidade

num sistema jurídico, como, por exemplo, a de o ente estatal estar desobrigado de um dever fundamental relativo a pessoa humana imposto ao empregador privado.

Sobre as férias é oportuno lembrar as palavras do consagrado jurista THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

> " O direito às férias anuais remuneradas é uma conquista social consagrada de maneira formal pelo nosso direito positivo.
> Esta conquista tem diversos fundamentos de ordem higiênica e social.
> Os estudos realizados, principalmente nos meios médicos, têm verificado as conseqüências do trabalho ininterrupto, que acarreta a fadiga, aconselhando-se, por isso mesmo, o descanso periódico, com o afastamento completo do serviço.
> A tuberculose, a velhice precoce, as moléstias cardíacas e do sistema nervoso são as conseqüências mais freqüentes da fadiga física ou cerebral. Os efeitos do trabalho podem ser minorados pelas férias periódicas.
> O descanso do funcionário constitui, aliás, medida que favorece amplamente o serviço, pelo aumento de rendimento do trabalho individual.
> Os próprios fundamentos desta concessão do Estado em favor dos seus funcionários, transformaram, logicamente, este direito em dever, imposição obrigatória do poder público a todos os seus funcionários.
> Em virtude ainda das razões que ditaram a consagração das férias como direito do funcionário, foram as mesmas tornadas extensivas aos demais servidores, compreendidos os extranumerários.
> A legislação operária tem, aliás, hoje em dia se orientado de maneira uniforme e segura no sentido da obrigatoriedade da concessão de férias aos que trabalham."

Referindo-se à Lei federal n.º 1.711, de 28/10/52, prossegue:

> " Em relação às férias, o Estatuto consignou em seus artigos 100 e seguintes, os seguintes princípios:
>
> a) as férias são obrigatórias;
> b) as férias são por dias consecutivos;
> c) as férias conservam todas as vantagens pecuniárias dos cargos;
> d) é vedada a acumulação de férias."

("Tratado de Direito Administrativo", edição de 1956, volume IV, p. 306 e 307).

As férias são, em razão dos fundamentos que as informam, um direito-dever. O trabalhador tem o dever e o direito de fruí-las, se implementou os pressupostos legais para a aquisição do direito (condições de assiduidade). Por seu turno, o sujeito empregador (pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, ou ainda o empregador pessoa física) tem a obrigação de conceder as férias que cabem ao trabalhador.

Conquanto apresentem similitude com a licença-prêmio quanto aos efeitos, as férias, no entanto, têm caráter diverso do daquele benefício. A licença-prêmio pode ser instituída por lei como estímulo à assiduidade do funcionário, não sendo obrigatória sua criação. Contudo, uma vez prevista em lei, passa a constituir um direito do funcionário, implementados os requisitos exigidos. A conversão da licença-prêmio em dinheiro, embora também seja uma desfiguração do benefício, não apresenta a intensidade do caráter negativo que a mesma conversão reveste no caso das férias, visto que estas têm em mira mais imediatamente a recuperação do vigor físico ou mental, sendo decorrência de regra jurídica da nossa lei fundamental.

Em virtude da necessidade de descansos periódicos do trabalhador, o legislador vem cuidando para que realmente o direito de férias atinja a todas as classes.

No direito administrativo, de longa data, as férias são asseguradas aos funcionários. Posteriormente, passaram a beneficiar os extranumerários e outras categorias de trabalhadores públicos (pessoal contratado e também os condutores políticos).

As férias do trabalhador rural regem-se pela Lei n.º 4.214, de 2/03/63 (art. 43). Antes estavam disciplinadas, conforme o parágrafo único do art. 129 da CLT, pelo Capítulo IV desse diploma.

Os chamados trabalhadores "avulsos" têm suas férias disciplinadas pela Lei n.º 5.085, de 27/08/66, e Decreto n.º 61.851, de 6 /12/67, sendo que este, em seu art. 1.º se reporta aos preceitos respectivos da CLT.

Recentemente o legislador tornou expresso em lei ordinária o direito do empregado doméstico a férias, além da previdência social (Lei n.º 5.859, de 11/12/72 (art. 3.º), Decreto n.º 71.885, de 9/03/73 (art. 6.º).

Para os funcionários públicos há regras específicas sobre férias, no seu respectivo âmbito administrativo (federal, estadual ou municipal).

A lei ordinária que regula as férias dos funcionários deve garantir a fruição das mesmas anualmente, porque a Constituição assim o quer para todos os trabalhadores. No direito federal, se o funcionário deixa de gozar as férias no tempo hábil, perde-as, salvo o caso de imperiosa necessidade de serviço em que pode haver a acumulação de dois períodos (Lei n.º 1.711, de 28/10/52, art. 85). A necessidade de serviço deve ser justificada em cada caso, pelo Administrador, quando houver a transferência de férias.

Ao servidor admitido sob o regime da legislação trabalhista, cabe, quanto às férias, a disciplina legal do Capítulo IV da CLT (arts. 129 a 147) e ainda o disposto no art. 26 da Lei n.º 5.107, de 13/09/66 (Lei do FGTS) que estatui:

> " O empregado optante ou não, que for dispensado sem justa causa ou que atingir o término de contrato a prazo determinado, antes de completar 1 (um) ano de serviço na mesma empresa fará jus ao pagamento de férias, de acordo com o art. 132, letra a da CLT, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês trabalhado, considerando-se como mês completo a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias.

Nesse direito especializado, só se dá a conversão em dinheiro havendo a impossibilidade do gozo das férias, como na despedida sem justa causa, ou término do contrato a prazo determinado.

Resumindo, respondemos:

> — Não fere a Constituição a lei municipal que institui a possibilidade de converter em dinheiro licença-prêmio não gozada e não convertida em tempo dobrado, ainda que seja um desvirtuamento do instituto.
>
> — No que diz com as férias, a lei ordinária que as regule deve garantir sua **fruição**, contrariando a natureza do instituto qualquer disposição legal que autorize sua conversão em dinheiro.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 27 de setembro de 1973.

Renita Maria Hüllen
Consultora Jurídica

PARECER N.º 2420/CGE

SERVIDOR FERROVIÁRIO. REVISÃO DE PROVENTOS.
Interpretação e aplicação do art. 4.º e parágrafo único da Lei 3828/59 extensiva aos servidores ferroviários **ex-vi** do disposto na Lei 4345/62.

Solicita o Senhor Secretário da Administração, através do processo de n.º 780/72-CGE, parecer desta Consultoria-Geral sobre matéria pertinente a enquadramento e fixação de proventos do servidor público ferroviário J. C. F., que peticiona junto ao citado órgão as vantagens das Leis n.º 3.828/59 e 4.345/62.

2. Os diplomas legais apontados contemplam duas categorias de benefícios excepcionais dirigidos a servidores públicos civis, inclusive ferroviários, que, expressamente, se enquadrem nos dispositivos e pressupostos retro sinalados:

Lei n.º 3.828, de 21 de setembro de 1959:

" Art. 1.º — Será enquadrado como Assessor, padrão 7, no respectivo Quadro, em caráter efetivo e com os avanços em que esteja classificado, o funcionário público civil do Estado, inclusive autárquico, que conte, na data da publicação desta lei, mais de 20 anos de serviço público exclusivamente estadual e comprove haver exercido antes da promulgação da Lei n.º 2.020, de 2 de janeiro de 1953, como titular, mediante ato legal de nomeação ou designação, um ou mais dos seguintes cargos de provimento em comissão ou funções gratificadas: Diretor, Sub-diretor, Secretário de Diretoria, Assistente Administrativo ou de Direção, Chefe de Divisão de Serviço ou de Secção e Oficial de Gabinete.

. . . . . .

Art. 4.º — Ao funcionário público civil do Estado, inclusive autárquico, que, por ocasião da aposentadoria, contar com mais de 45 anos de serviço público em geral, é assegurado o direito a percepção, na inatividade, de proventos iguais aos vencimentos do cargo de padrão mais elevado do grupo, respeitado o disposto no art. 32, da Lei n.º 2.020, de 2 de janeiro de 1953, desde que tenha sido titular, em qualquer tempo, de cargo de provimento em comissão.

Parágrafo único — Inexistindo no grupo cargo de padrão mais elevado, a vantagem constituirá no acréscimo, aos proventos, da diferença entre o padrão do cargo e o imediatamente superior."

Lei n.º 4.345, de 31 de outubro de 1962:

" Art. 1.º — O enquadramento de que trata a Lei n.º 3.828, de 21 de setembro de 1959, beneficiará, também, aos servidores ferroviários ativos e inativos que, na data da sua publicação, contassem com mais de 20 anos de serviço público exclusivamente estadual e que tivessem exercido, antes da promulgação da Lei n.º .. 2.020, de 2 de janeiro de 1953, como titular, mediante ato legal de nomeação ou de designação, um ou mais dos seguintes cargos de provimento em comissão ou funções gratificadas: Assistente de Chefe de Departamento, Tesoureiro, Inspetor, Pagador, Procurador, Chefe de Secretaria, Assistente de Chefe de Serviço ou de Secção ou ainda, de Inspetor e Mestre de Secção de Oficina.

Art. 2.º — Prevalecem, para os efeitos desta lei, as disposições da Lei n.º 3.828, de 21 de setembro de 1959, contidas nos arts. 2.º, 3.º e 4.º."

3. Defluem, desta forma, do texto legal, situações de direito, de ordem a constituírem e modificarem, respectivamente, posição funcional de servidores e percepção de vantagens pecuniárias correlatas com as **species juris** formuladas.

4. Cumpre, assim, antes de adentrar no exame do mérito do pedido, verificar, conforme a situação fática das diversas postulações do requerente, a posição assumida pela Secretaria da Administração, e destacar a questão jurídica fundamental emergente do processo.

5. O peticionário, em diversos requerimentos, solicitou, primeiro, a vantagem pecuniária da inativação excepcional prevista no art. 4.º da Lei n.º 3.828/59 e, posteriormente, o enquadramento como Assessor previsto no art. 1.º da mesma lei, tudo combinado com o art. 1.º da Lei n.º 4.345/62.

6. A Secretaria da Administração, conforme pronunciamentos de sua Assessoria Técnico-Administrativa, e, examinando as pro-

posições do servidor requerente, assegurou, através do Boletim n.º 2182/70, o direito à aposentadoria nas condições previstas no art. 4.º da Lei n.º 3.828/59 (fls. 22/CGE).

7. Entretanto, havendo o interessado solicitado revisão em seu processo, para fins de obter enquadramento como Assessor e não mais o benefício de inativação antes requerida, a Secretaria da Administração, no reexame da matéria e, em reconsideração ao pronunciamento anterior, concluiu não só pelo indeferimento do enquadramento como Assessor — por não haver o peticionário exercido função gratificada relacionada no elenco da Lei n.º ... 4.345/62 — mas, também, pela sustação do direito que lhe foi concedido, de inativar-se com vantagens da Lei n.º 3.828/59, já que, aposentando-se em 12/3/1969, com um total de "45 anos, 7 meses e 29 1/2 dias", não implementou dentro do período de sobrevida da legislação anterior, 15/3/1968, os 45 anos de serviço exigidos no diploma legal mencionado (fls. 37/38-CGE).

8. Não obstante tal situação, o servidor **sub examine** apresentou comprovante de tempo de serviço prestado à Companhia Armour do Brasil, período que complementaria o tempo **legis** hábil aproporcionar o deferimento ao benefício excepcional consagrado na lei retro analisada, e solicitou a fixação das precitadas vantagens com referência ao padrão 15 e não mais com relação ao padrão 11, conforme antes lhe tinha sido deferido, por entender ser aquele o padrão mais elevado do grupo.

9. A Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração face às divergências de ordem fática e legal, não só com vistas à posição funcional do servidor peticionário, bem como sobre a situação dos servidores ferroviários em geral, recomendou o exame da matéria por esta Consultoria-Geral.

É o relatório.

10. Em princípio, impede destacar duas questões jurídicas fundamentais emergentes do expediente e que envolveu situações e elementos ligados com a formação do suporte fático hábil a projetar a incidência da regra jurídica sobre a postulação do servidor J. C. F.

I — É o postulante destinatário da disposição transitória da Constituição da República de 1967, fazendo jus, de conseguinte, à inativação excepcional prevista no § 1.º, do art. 177, da Constituição da República de 1967?

II — Qual critério de fixação de proventos deve, a Administração Pública, adotar para fins de dar cumprimento ao art. 4.º da Lei n.º 3.828/59, que atribui a servidor — que por ocasião da aposentadoria contar mais de 45 anos de serviço público em geral — vantagens pecuniárias referentes ao cargo e padrão mais elevado do grupo?

11. A transcrição do § 1.º, do art. 177, da Constituição do Brasil de 1967, revela que uma vez implementada, pelo servidor, as condições para a aposentadoria prevista na legislação vigente à data de sua promulgação, ou um ano após, terá, esse, sua inativação assegurada com todos os direitos e vantagens previstos pelo ordenamento jurídico anterior:

> " § 1.º — O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação."

12. Cogita-se em saber, agora, face o regramento constitucional retro e o que dispõe o art. 4.º da Lei n.º 3.828/59, que outorga vantagem pecuniária a servidor que por ocasião da aposentadoria contar com mais de 45 anos de serviço público, o sentido e alcance do texto legal ordinário, considerada a nova ordem jurídica imposta através da Constituição da República de 1967.

13. "MARIO MASAGÃO, citado por I. E. ABREU DE OLIVEIRA, em sua obra "Aposentadoria no Serviço Público", manifestando-se sobrpe a espécie, aponta que dois são os casos de aposentadoria: o que ocorre por invalidez e o de aposentadoria-prêmio.

Em outros termos, a aposentadoria ocorre sob duas formas:

a) facultativa, quando cumprido certo tempo de serviço, um simples pedido do funcionário motiva o ato;

b) obrigatória, quando a idade-limite ou a incapacidade física determina o afastamento do funcionário."

14. Verifica-se, face o exposto, que a espécie de inativação examinada no expediente se refere à aposentadoria facultativa ou voluntária, dependente de manifestação expressa do servidor e do implemento de certo tempo de serviço predeterminado em lei.

15. A Constituição Federal de 1946, diploma legal que prescreveu em seu art. 191, § 1.º, em 35 anos de serviço, o limite temporal para o funcionário requerer sua aposentadoria, condicionou a um elemento não-jurídico a formação do suporte legal para aquisição do direito à inativação.

16. Outra, entretanto, foi a intenção dos legisladores constituintes de 1824, 1891, 1934 e 1937, que não previram esta forma de aposentadoria através dos respectivos ordenamentos básicos, dispondo, apenas, "que o afastamento do funcionário se dará por invalidez no serviço público" (**in** mesma obra e autor citado no item 13, p. 111).

17. De conseguinte, por condições para aposentadoria, nos termos da legislação vigente e anterior à Constituição da República de 1967, se compreende, ao lado da inativação obrigatória, que tem por pressuposto o fato da invalidez e do limite de idade, a aposentadoria voluntária, que tem como fato gerador o decurso do tempo, previsto no ordenamento jurídico sob a égide do qual se originou, cabendo, neste caso, ao destinatário, apenas, provocar a declaração do direito.

18. Assim, o art. 4.º da Lei n.º 3.828/59, aplicável aos servidores ferroviários **ex-vi** da Lei n.º 4.345/62, literalmente encaminha a interpretação no sentido de que o período de tempo nela referido — mais de 45 anos de serviço público — não representa hipótese de aposentadoria voluntária pelo implemento desse tempo de serviço, mas benefício excepcional a servidor que por ocasião da inativação contar com mais de 45 anos de serviço público em geral.

19. O direito à aposentadoria, do servidor ferroviário J. C. F., **implementou-se ao completar 35 anos de serviço público,** que atingiu, sobejamente, antes da promulgação da Lei Fundamental Brasileira de 1967 (ut certidão e grade de fls. 7 e 8, processo n.º 15.683/70-SENA) sendo desnecessário perquirir e examinar da validade do tempo de serviço prestado ao Frigorífico Armour por ineficiente à solução do processo.

20. Forçoso é concluir, pois, que o requerente havendo adquirido o direito de ter sua inativação regida pelo ordenamento jurídico anterior à Constituição de 1967, sua situação funcional, uma vez cumpridos os demais pressupostos, se resolverá através dos dispositivos da Lei n.º 3.828/59, e conforme, ainda, assegura a Lei n.º 4.345/62.

21. Por sua vez, as condições referidas na regra legal antes mencionada,

a) servidor público civil ferroviário;
b) mais de 45 anos de serviço público;
c) titular de cargo em comissão;

se acham evidenciadas através de certidão e grade de tempo de serviço de fls. 7 e 8 (processo n.º 15.683/70-SENA) que descrevem sua posição como servidor público ferroviário, ocupante de cargo de Agente e detentor de função gratificada de Chefe de Armazém de Estação Principal, com tempo de serviço igual a 45 anos, 7 meses e 29 ½ dias, sendo que vem exercendo a função de confiança citada desde 30 de julho de 1949.

22. Importa, ainda, em aditamento a **solutio juris** proposta ao problema, no item anterior, aclarar a referência feita pelo texto legal, da necessidade de titular cargo em comissão, apontada como um dos pressupostos para a formação do suporte jurídico à aquisição plena da vantagem retro mencionada, quando, através de documentação oficial, ficou expresso que o postulante detinha a função gratificada de Chefe de Armazém da Estação Principal.

23. A Lei n.º 4.914, de 31 de dezembro de 1964, que reorganizou os Quadros de Pessoal do Estado e estabeleceu novo sistema de classificação de cargos, ao definir o conceito legal de cargo em comissão, demonstra que o conteúdo jurídico é o mesmo, ou seja, encargos de chefia e outros de confiança, optativamente preenchidos pelos titulares, na hipótese de se tratarem de servidores públicos civis:

> " Art. 51 — O Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas destina-se ao atendimento, no Serviço Civil Centralizado do Estado, **dos encargos de chefia e outros determinados em lei.**
>
> . . . . . .
>
> Art. 54 — O preenchimento dos cargos em comissão e das funções gratificadas será feito optativamente, considerado o interesse da Administração, sob uma, ou outra forma de provimento, fazendo-se correspondência entre as mesmas pela coincidência de padrões" (grifei)

24. Outro não é o sentido expresso no **caput** do art. 4.º da Lei n.º 3.828/59, quando dispõe: "deter em qualquer tempo cargo em comissão", isto é, cargo de confiança ou de chefia, como se compreende a função gratificada de Chefe de Armazém de Estação Principal.

25. Contudo, se o requerente se enquadra nos pressupostos do art. 4.º da Lei n.º 3.828/59 pelo exercício da função gratificada de Chefe de Armazém, o mesmo enfoque não pode ser dado para enquadramento de sua situação funcional no cargo de assessor, pois a titularidade da função de confiança referida não se insere no elenco dos cargos e funções relacionados no art. 1.º da Lei n.º 4.345/62, que, exaustivamente, alinha aquelas atividades que servirão de suporte legal para aquisição do direito de "promoção excepcional" previsto em seu texto, devendo a Administração manter seu despacho indeferitório exarado em processo n.º .... 6436/71, e publicado no Boletim n.º 665/71 (D.O.E. de 5.5.71).

26. Uma vez confirmado o direito de o requerente ter sua situação funcional amparada no art. 4.º da Lei n.º 3.828/59 e **ex-vi** da Lei n.º 4.345/62, seus proventos de inatividade devem ser fixados em consonância ao regramento mencionado, isto é, com relação ao cargo e padrão mais elevado do grupo a que pertence, cumprindo à Administração fixar critério para aplicação da vantagem.

27. Ocorre, no entanto, que à época em que se inativou o servidor postulante, em 12/3/1969, não mais existia a classificação de cargos prevista na Lei Federal n.º 3.780/60, resultando, pois, dessa forma, a impossibilidade de aplicação direta do **caput** do art. 4.º da Lei n.º 3.828/59 à situação expressa no processo, e a todos os servidores ferroviários, uma vez que a fixação de proventos ali excepcionalmente prevista referia-se a vencimentos correspondentes ao cargo e padrão mais elevado do grupo, especificamente, do elenco discriminado no diploma federal retro citado.

28. De outro lado, a extensão dos benefícios e princípios da Lei n.º 4.937/65, que em seus arts. 69, 70 e 71 se dirige expressamente aos servidores ferroviários, conduziu à elaboração de um Plano de Avaliação de Cargos, pelo Conselho do Serviço Público, publicado no Boletim n.º 441, D.O.E. de 24/9/66, e que passou a reger o cálculo de fixação de proventos devido pelo Estado a servidores cedidos pela Rede Ferroviária Federal.

29. Assim, a quantificação de proventos a que se refere a Lei n.º 3.828/59 e a aplicação de seus princípios à situação do servidor J. C. F. devem ser interpretadas em consonância com o que vem disposto no Plano de Avaliação de Cargos citado e com a função efetivamente titulada na Rede Ferroviária Federal.

30. Na impossibilidade, não só jurídica, mas material, de se dar cumprimento ao disposto no art. 4.º da Lei n.º 3.828/59, que assegura ao servidor, que por ocasião da aposentadoria contar mais de 4 5anos de serviço público e que tenha em qualquer tempo sido titular de cargo de provimento em comissão, proventos iguais aos vencimentos do cargo de padrão mais elevado do grupo, face à evidência de não mais existirem os grupos e padrões a que se refere o diploma legal em exame, o critério finalístico da **intentio legis** é que deve prevalecer e embasar o critério a ser seguido pela Administração.

31. O diploma legal exaustivamente analisado, sem dúvida alguma, traz, em seu bojo, forma de "promoção excepcional", de natureza pecuniária, dirigida a todos os servidores públicos civis — extensiva aos ferroviários, por força da Lei n.º 4.345/62 — conforme se vê dos textos, de início, transcritos.

32. Fácil é verificar, ante o texto, que não mais existindo os grupos, e enquadrando-se a situação funcional do servidor, dentro da linha de classificação estabelecida no Quadro elaborado pela Administração, **no cargo de Agente, padrão 11,** a vantagem a que fará jus consistirá no acréscimo, a seus proventos, da diferença entre o padrão do cargo e o imediatamente inferior, ou seja, o de **Auxiliar Administrativo e Técnico, padrão 10**, e não como, erroneamente, se refere o texto legal ao determinar a aplicação do padrão imediatamente superior.

33. De outra forma, não se estaria atendendo ao sentido finalístico que presidiu a edição da norma jurídica do art. 4.º da Lei n.º 3.828/59 — que previa forma de promoção dentro da mesma classe que se integrava o servidor — e o conceito de grupo utilizado pelo diploma federal enfocado que exigia correlação de atividades ou conhecimentos afins entre a natureza dos respectivos trabalhos ou ramos de conhecimento aplicado em seu desempenho. (Lei Federal n.º 3.780/60)

34. EM CONCLUSÃO, quanto ao mérito do pedido, o servidor ferroviário J. C. F. faz jus às vantagens previstas no art. 4.º e parágrafo único da Lei n.º 3.828/59, aplicável à classe dos ser-

vidores ferroviários **ex-vi** do disposto na Lei n.º 4.345/62, devendo perceber na inatividade em acréscimo a seus proventos, a diferença entre o padrão de seu cargo no Estado — Agente, padrão 11 — e o de Auxiliar Administrativo e Técnico, padrão 10.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 18 de setembro de 1973.

Ana Maria Landell de Moura
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2399/CGE

ESTÁGIO PROBATÓRIO.
De acordo com o Estatuto do Funcionário Público do Município, para efeito do estágio será contada a interinidade no mesmo cargo, ou o tempo de serviço prestado em outros de provimento efetivo, desde que não tenha havido solução de continuidade.
Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.

Funcionários da Prefeitura Municipal de Novo Hamburgo, nomeados em estágio probatório após concurso, em 1972, desejam a declaração de sua efetivação em virtude de, anteriormente, terem sido servidores do Município. Entendem que se computa esse tempo de serviço ao fim pretendido.

Arrolam, os interessados, vários exemplos de colegas que foram dispensados de cumprir o tempo do estágio, porque contaram o tempo em que prestaram serviço municipal, no regime da CLT, e, em conseqüência, foram declarados efetivados.

O expediente foi remetido ao Procurador Jurídico da Prefeitura, para exame e parecer. O pronunciamento respectivo inicia com aceno a decisões do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "para estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva, não sendo computáveis os períodos de interinidade ou de qualquer outro exercício de função pública a título precário ou provisório."

Após várias considerações de ordem doutrinária, conclui, ao final, que "se a outros foram conferidos os mesmos direitos e não havendo perspectiva de prejuízo para terceiros ou para a administração, pode, a critério do Senhor Prefeito Municipal, ser computado o tempo anterior à prestação do concurso para os efeitos desejados."

É enviado o processo a esta Casa com o ofício do Senhor Secretário Municipal de Administração, para apreciação do que ali se contém.

2. Não esclarece o expediente se os reivindicantes, anteriormente ao concurso a que se submeteram, eram contratados pelo regime da CLT. Afere-se que sim, porquanto pleiteiam o mesmo tratamento dado a colegas em condições idênticas, que foram efetivados.

Em última análise, desejam os postulantes que lhes seja deferida a efetivação antes do lapso de tempo previsto.

3. A estabilidade é regulada pela Constituição Federal, enquanto que o estágio probatório e a efetivação ficarão ao critério das leis ordinárias da União, dos Estados e dos Municípios.

Dispõe a Lei Maior:

> " Art. 100 — Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso."

Esse prazo será contado a partir do efetivo exercício do funcionário nomeado em decorrência de concurso.

Portanto, a lei que contrariar esse preceito será inconstitucional, ineficaz.

Coincidentemente, o estágio para os funcionários municipais tem o mesmo prazo determinado para a aquisição da estabilidade — dois anos após a nomeação por concurso.

Já a efetivação se dá com o cumprimento do estágio que, em certos casos, não necessita do mesmo lapso após o concurso, pois que pode ocorrer antes dos dois anos que se seguem ao concurso, regra geral.

Estabelece o Estatuto do Funcionário Público do Município (Lei municipal n.º 28):

> " Art. 17 — Para efeito do estágio será contada a interinidade no mesmo cargo, ou o tempo de serviço prestado em outros de provimento efetivo, desde que não tenha havido solução de continuidade."

A norma transcrita não abrange os empregados contratados ao nível da CLT.

Quer-se aproveitar a **norma geral** contida no artigo 154 do Estatuto (Somar-se-ão os períodos em que o funcionário serviu ao Município, para todos os efeitos) para beneficiar os postulantes. Mas a **norma especial** do artigo 17 afeta a **norma geral** do artigo 154 e restringe-lhe o campo de aplicação; cria uma exceção para o alcance do **preceito amplo,** de cuja abrangência fica excluída a hipótese especificamente regulada. Assim, coexistindo paralelamente, a **norma especial** prevalece sobre a **geral,** nos seus estritos termos.

4. O fato de a Prefeitura já ter contado o tempo anterior, em regime da CLT, de funcionários concursados, para dispensar-lhes o estágio e declará-los efetivados, não serve de premissa à conclusão de que, no caso, "deve ser observado o princípio da eqüidade." Tal proceder caracterizaria uma ilegalidade.

No próprio parecer do ilustre Procurador Jurídico da Prefeitura encontra-se essa asserção, ao apontar para a decisão proferida no Mandado de Segurança n.º 2.917, "verbis":

> "... o princípio da igualdade perante a lei não teria o sentido de nivelação perante a ilegalidade. O alegado desrespeito à lei não justifica cometesse o Judiciário o mesmo abuso, a mesma ilegalidade."

A ilicitude com que se houve a Prefeitura em situações pretéritas não justifica procedimento idêntico na atualidade.

5. Por fim, a pretensão dos funcionários municipais concursados, para que lhes seja dispensado o estágio probatório, que julgam cumprido anteriormente, quando servidores contratados pelo regime da CLT, para funções iguais, tendo em conta, ainda, precedente aberto a outros colegas, não encontra amparo legal, face o disposto no artigo 17 do seu Estatuto.

É o parecer.

Porto Alegre, 31 de agosto de 1973.

José Carlos Torres Miller
Consultor Jurídico

DESPACHO DO SR. CONSULTOR-GERAL

De acordo. Não há conflito entre o disposto no art. 17 e 154 da Lei Municipal n.º 28, de 4 de abril de 1953, eis que o primeiro regula especificamente o instituto da estabilidade, enquanto o segundo contempla, de forma genérica, tudo quanto não sofra restrições por outro dispositivo.

Da análise sistematizada do conjunto não se pode ver contradição de normas coexistentes em um mesmo ordenamento jurídico.

A propósito, eis o valioso ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO, em sua obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 3.ª ed., p. 168:

> " Não raro, à primeira vista duas expressões se contradizem; porém, se as examinamos atentamente (subtili animo), descobrimos o nexo oculto que as concilia. É quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas.
>
> Sempre que descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativas para harmonizar os textos; a este esforço ou arte os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam — Terapêutica Jurídica."

Assim sendo, acolho o Parecer n.º 2399, da lavra do Consultor Jurídico JOSÉ CARLOS TORRES MILLER, que, por coincidente em suas conclusões com o meu entendimento, adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

Anote-se, ordene-se o processo, numerem-se as folhas e, com as homenagens desta Casa, restitua-se ao Ilustríssimo Senhor Prefeito Municipal de Novo Hamburgo.

Em 31.08.1973.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 2359/CGE

TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS.
É legítima a instituição de taxa de conservação de estradas na hipótese de não ser coincidente a base de cálculo com a de imposto. A jurisprudência entende que não há coincidência, quando a taxa é calculada partindo-se do custo do serviço, rateado entre os proprietários, direta ou indiretamente servidos, e na proporção do número de hectares que possuam.

O Município de MAXIMILIANO DE ALMEIDA, que instituiu taxa de conservação de estradas, indaga sobre sua legalidade e incidência, através de ofício, de que se extrai:

> " O art. 2.º, de ambas as leis, identifica o contribuinte da referida Taxa e o Município está cobrando o tributo de todos os proprietários rurais, quer sejam eles beneficiados por rodovia marginal a sua propriedade, ou mesmo que sua propriedade seja ligada à rodovia municipal por um caminho, ou estrada vicinal — em síntese, todos pagam o referido tributo, desde que seja proprietário, ou ocupante de propriedade rural.
>
> Os caminhos vicinais que ligam as propriedades que não margeiam as rodovias municipais são todos eles conservados, por serviços de máquinas, pela Prefeitura Municipal.
>
> Com a devida vênia, consultamos: pode o Município, nos termos do art. 2.º, das leis que versam sobre a Taxa de Conservação de Estradas, cobrar o tributo das propriedades que não estão ligadas diretamente à via pública, ou marginais, porém com escoamento da produção por caminhos vicinais e posteriormente por rodovias municipais?
>
> Além da consulta acima, gostaríamos que essa Consultoria emitisse parecer sobre a legalidade da legislação da Taxa de Conservação de Estradas, nos termos das leis instituídas pelo Município de Maximiliano de Almeida."

É o relatório.

2. A taxa de conservação de estradas tem encontrado porfia tormentosa nos tribunais, travando-se a controvérsia fundamentalmente no que diz respeito à base de cálculo do tributo.

Com efeito, não tem sido tranqüilo configurar no debate as hipóteses em que não ocorre o **bis in idem,** taxativamente definido, e vedado, na regra do art. 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, segundo a qual,

> " A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas."

Dá-se o caso da bitributação proscrita no Código, quando se cobra taxa de conservação de estradas incidente sobre as propriedades servidas, direta ou indiretamente, pela via pública, tendo em vista que as propriedades em questão sujeitam-se, como tais, ao imposto territorial?

Nem sempre, é o que tem entendido a jurisprudência.

Na órbita judiciária estadual, houve dois pronunciamentos que merecem atenção, pois um negou a validade do tributo, levando em consideração o seu **modus essendi** e, outro, não teve dúvida em atribuir-lhe juridicidade, tal a forma com que foi instituído.

No agravo de petição n.º 14.143, a Terceira Câmara Cível julgou pela ilegalidade, conforme ementa a seguir:

> " TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS. ILEGALIDADE.
>
> Lançamento e cobrança da taxa de conservação de estradas, instituída pela Lei n.º 397/69 do Município de Tapera. Ilegalidade do tributo, por ter como base de cálculo para sua cobrança uma percentagem do salário-mínimo incidindo sobre o hectare, critério também utilizado para a fixação do Imposto Territorial Rural. Voto vencido." (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol, 35, pág. 163)

Sustenta o voto vencedor, na palavra do relator, Desembargador PEDRO SOARES MUÑOZ:

" A cobrança da Taxa de Conservação de Estradas, consoante o art. 3.º da Lei n.º 397, será feita na proporção variável de 1% do salário-mínimo incidente sobre o hectare ou fração, vale dizer, que um dos elementos do cálculo da taxa é idêntico a um dos que servem para fixar o Imposto Territorial Rural, calculado pelo produto de um valor básico correspondente a 2/10 do valor da terra nua, segundo os coeficientes de dimensão, de localização, de condições sociais e de rendimento econômico, este apurável mediante a multiplicação do número de módulos do imóvel pelo salário-mínimo anual vigente no Município em que se situa o imóvel.

A instrução especial IBRA-n.º 1, que regulamenta dispositivos no Decreto n.º 55.891/65 e no Decreto n.º 56.792/65, é expressa, no seu art. 33, I, combinado com o art. 22, a respeito de que o salário-mínimo é um dos elementos que servem de base para o cálculo do Imposto Territorial Rural (D.O.U. de 15/9/65, págs. 9482 e 9483).

Nem se objete que o Imposto Territorial Rural não tem como único elemento para o respectivo cálculo o salário-mínimo, porquanto, como já decidiu o egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo, em acórdão acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, 'não é necessário que as bases de cálculo consideradas sejam absolutamente idênticas e nem repetição uma da outra. Sempre que o critério adotado pelo legislador fiscal para o cálculo da taxa contém em si mesmo critério já utilizado para imposto, estará configurada a violação daquela norma geral do sistema tributário, ainda que a base de cálculo escolhida para a taxa abranja, ademais, outros fatores não considerados para o imposto' (in Revista Trimestral de Jurisprudência, 51/447). (idem, pág. 166).

3. Já o mesmo Tribunal, na matéria, pronunciou-se favoravelmente à legalidade do tributo, face à outra alternativa de sua base de cálculo sustentando conforme o ementado à Apelação Cível n.º 11.701, o seguinte:

" TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS MUNICIPAIS.

Lei municipal que a criou, estabelecendo como fato gerador, a prestação de serviços de conservação de estradas, pontes, pontilhões e outros necessários à melhoria das vias de comunicação rurais do município, recaindo sobre as propriedades rurais confinando com estradas municipais ou a elas por servidão.

Inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Não coincidência com o fato gerador do imposto territorial rural, que é também de diversa base de cálculo." (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 22, pág. 241)

Distingue o voto do eminente relator:

" Elementos diferenciais, no entanto, são:

1.º) o fato gerador. No caso do imposto, a mera propriedade, domínio útil ou posse de imóvel não urbano; no caso da taxa, a prestação de serviços de conservação de estradas, pontes, pontilhões e outros necessários à melhoria das vias de comunicação rurais do município — este, aliás, é um fato gerador como tal definido na própria lei municipal que a criou;

2.º) os contribuintes, restritos no caso da taxa, aos proprietários ou possuidores de imóveis rurais, ligados a estradas municipais;

3.º) a base de cálculo, que no imposto versa sobre o valor fundiário e na taxa é representada pelo quociente do total da previsão orçamentária da despesa correspondente a esses serviços, quociente dessa quota, então, pela área abrangida pelos imóveis dos contribuintes, rateados, assim, entre estes últimos em quotas proporcionais à extensão de suas áreas, sem consideração ao valor. Assim, parece-me que não se pode afirmar ser inconstitucional ou ilegal a Lei Municipal n.º 1.160, por ter a mesma base de cálculo que serviu para a incidência de um imposto.

A rigor, nenhum dos elementos acima cotejados coincide, quando bastaria a não coincidência da base de cálculo. Ademais, se a Prefeitura não se conforma com a instituição dessa taxa, poderá, por entender de conveniência ao seu plano de governo, deixar de consignar no seu orçamento a correspondente verba para despesas com conservação de estradas municipais." ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul", vol. 22, pág. 243)

Faz sentir o Desembargador BOECKEL VELLOSO a diferença de configuração ao proclamar, quanto à instituição imprópria descoberta no Agravo n.º 14.143, anteriormente referido:

> " Noto que aqui o caso é diferente. O fato gerador é o mesmo, diz respeito ao valor da propriedade. Lá, não. Lá se estabelecia na previsão orçamentária um certo **quantum** para o atendimento das despesas com conservação de rodovias e esse quantitativo era partilhado segundo as áreas às quais se destinaria e que eram servidas por estradas municipais ou caminhos vicinais que a elas dessem acesso. Excluíam-se, portanto, as estradas federais e estaduais dessa imposição. Como V. Exa. demonstrou, sendo idêntico o fato gerador, não há como fugir: a lei municipal em apreço é efetivamente ilegal." ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul", vo' 35, pág. 167)

4. O Tribunal de Alçada de São Paulo orienta-se no mesmo sentido, conforme o ementado ao Agravo de Petição n.º 168.775, **in verbis:**

> " A cobrança da taxa de conservação de estradas de rodagem pode ter por base, **além da área do imóvel rural,** outros fatores geradores do tráfego, **e também os gastos da prestação do serviço.**
>
> Interpretação do art. 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional." (**In** "Revista de Direito Administrativo", vol. 111, pág. 94 — grifamos)

5. Até aqui, o debate judiciário em torno da matéria. Há pronunciamentos desta Casa que se inclinam no reconhecimento da legalidade do tributo, com orientação devidamente aprovada pelo eminente Consultor-Geral. Anexa-se exemplar de pronunciamento nesse sentido, para orientação da consulente, de assinatura da ilustre Consultor Jurídico RENITA MARIA HÜLLEN, acompanhado de ofício do Senhor Consultor-Geral que aquiesce com as conclusões e reforça os fundamentos, com remissões jurisprudenciais e doutrinárias em torno da questão.

6. Cumpre, agora, orientar a interessada quanto à taxa estabelecida em sua competência, considerando-se a configuração desenhada na lei instituidora.

Vê-se que a lei local adotou como base de cálculo para o tributo aquela admitida no aresto que deu pela legalidade, tendo em vista a espécie verificada na pauta então em julgamento, que se identifica em plenitude com o caso **sub examine.**

De fato, não cuida a taxa instituída no município consulente do valor da propriedade, traduzida em tantos avos de salário-mínimo por hectare, situação em que se leva, indisfarçavelmente, em linha de conta, um valor fundiário estimado, incidência coincidente com a de cálculo do Imposto Territorial Rural.

Aqui, ao invés, busca-se, como base de cálculo, o custo do serviço mantido pelo município e que vem a ser rateado em proporção com o número de hectares entre os usuários do serviço, a quem está afeta sua efetiva ou potencial utilização.

7. Haveria aspectos outros a discutir-se em torno da configuração da taxa, atinentes aos seus elementos constitutivos e que lhe dão, ou não, viabilidade jurídica, avultando o problema da divisibilidade.

Todavia, é tal debate inoportuno em um parecer de assessoramento, tendo em vista que a apreciação da legalidade do tributo, tal como está instituído no município consulente, hoje é incontroversa e encontra plena ressonância nos tribuais, onde está ao abrigo de contrariedades. Consagram os arestos, também, amplamente, conforme se verificou, a incidência sobre propriedades cujas testadas não confrontem diretamente com a estrada, convalidando-se, dessa sorte, o preceituado a respeito na lei local, ficando, certamente, respondida a parte incial da consulta.

8. **Ex positis,** é legal a Taxa de Conservação de Estradas instituída no Município de MAXIMILIANO DE ALMEIDA, à luz da jurisprudência dominante, considerando-se que o seu **modus essendi** obedece ao critério que tem como base de cálculo o custeio do serviço distribuído em proporção pelo número de hectares integrantes de cada propriedade a cuja disposição direta ou indiretamente encontra-se dito serviço.

Recomenda-se observar as advertências contidas no Parecer n.º 2311, desta Consultoria-Geral do Estado, bem como ofício do Senhor Consultor-Geral, cujas cópias vão anexadas.

É o parecer, **sub censura.**

Porto Alegre, 8 de junho de 1973.

Mário Nunes Soares
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2444/CGE

GRATIFICAÇÃO NATALINA A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. Pode o município instituir tal remuneração enquanto' não for fixado limite em lei federal preconizada no art. 13, inciso V, da Carta Magna.

— A regra da paridade não incide quanto a esferas distintas do sistema federativo.

— Parecer do Tribunal de Contas relativo à gestão financeira é atividade auxiliar da fiscalização exercida pelo legislativo sobre as contas municipais, e não tem força vinculativa. Inteligência do art. 16 e seu parágrafo 1.º, da Constituição Federal.

— A Gratificação natalina não pode ser estendida ao chefe do Executivo por haver óbice à alteração dos subsídios prefeiturais na legislatura em curso.

A Prefeitura Municipal de Igrejinha busca nesta Casa parecer a respeito da viabilidade da "gratificação de natal", concedida aos funcionários regidos pelo Estatuto, em 1968, e a cada ano revigorada por lei nova, bem assim da sua extensão ao chefe do executivo.

Apareceu a dúvida em face de ofício circular do Egrégio Tribunal de Contas do Estado, que dando presença de decisão daquela corte administrativa no sentido de que julga ilegal a instituição deste título remuneratório, faz ciente às administrações municipais que não aprovará contas contendo tal sorte de benefícios, por irregulares.

Embasa-se nos seguintes fundamentos: a gratificação natalina, instituída em lei federal para o âmbito dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, não se estende aos funcionários sujeitos ao regime estatutário, "atendendo a política de paridade estabelecida pela Constituição Federal segundo a redação que lhe foi dada pela Emenda n.º 1 de 17 de outubro de 1969, a não ser que lei federal faculte tal vantagem".

Há no processo um pronunciamento de entidade privada de assessoramento aos municípios, anexado pela consulente, no sentido da legalidade do benefício.

É o relatório.

2. É afeto ao município organizar a administração local, no que se compreende a fixação dos estipêndios relativos aos cargos sendo a lei da iniciativa do Chefe do Executivo, por determinação da Constituição Estadual, (art. 157, inciso II).

A Constituição Federal em vigor terá aplicado limitação a essa competência local, ao estatuir no seu artigo 13, inciso V:

> " Art. 13 — Os estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas constituições e leis que adotarem, respeitadas, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:
>
> .....
>
> V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal".

O exame da eficácia desta regra da Constituição, tendo em vista a sua sustentada incidência, não obstante, faz-se necessidade preliminar, pois surge como óbice constitucional que reduz a competência municipal para estatuir sobre remuneração do quadro administrativo próprio.

3. É JOSÉ AFONSO DA SILVA que, em apreciada monografia em torno do tema que lhe dá a denominação — A aplicabilidade das Normas Constitucionais — deduz a classificação da normatividade constitucional quanto a sua eficácia.

Inscreve-se o dispositivo dentre as denominadas normas constitucionais de princípio institutivo (de eficácia limitada), cujo conceito decerra-se dos seguintes enunciados expendidos pelo ilustre professor da Universidade de São Paulo:

> " A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação." (op. cit. p. 115)
>
> " Ora, as normas de que se trata aqui são as não programáticas dependentes de legislação.
>
> São de eficácia limitada, porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas." (idem, idem).

Configura-se com tal caráter, com efeito, uma das regras contidas no texto em exame, a que se enuncia a final.

Claro nesta parte o dispositivo quando remete a regulação da espécie à competência não constitucional.

No debate amplo da questão indaga o autor citado se se aplica a legislação preexistentes sobre a matéria. Pronuncia-se afirmativamente.

Em suma: as normas constitucionais de princípio institutivo, em meio às quais encontra-se a ora examinada, têm aplicação e, logo, eficácia, dependente de legislação fora da Constituição, quer através de lei complementar, quer através de lei ordinária, legislação essa que pode ser futura ou preexistente. Sempre, é fora de contestação, a eficácia é assim limitada, obtendo aplicabilidade na ocorrência de lei ordinária ou complementar.

4. Ora, não há notícia de legislação federal dirigida aos estados e municípios editada com o objetivo de fixar limites máximos de remuneração, relativa aos cargos ou funções.

Há, certamente, ausência de regramento federal que crie gratificação semelhante à instituída no município consulente, o que não autoriza a concluir por uma vedação. O dispositivo constitucional presente, cuja eficácia reclama integração, é sobremodo claro, ao preconizar a necessidade de texto de lei que fixe expressamente os desvelados limites.

Não está o Município, nem o Estado, no aguardo de autorização que lhes faculte a concessão da vantagem. A regra, sim, é no sentido de que não poderão concedê-la "sit et in quantum" for manifestamente considerada excedente aos limites que venham porventura a ser estabelecidos em lei para a remuneração. Atualmente contudo, lei não há.

5. Ao se verificar a ausência de regulação federal em torno da matéria é que se fortalece a convicção de que o argumento desserve o ponto de vista para o qual foi invocado, "data venia" pois o que se exige na disposição constitucional é a estatuição positiva estabelecendo a restrição.

6. Não prospera a tese suscitada pela Egrégia Corte de Contas ao abrigo da argüida violação à regra da paridade.

Diz o artigo 98, da Constituição Federal:

> " Art. 98 — Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas".

Esta a regra da peridade.

Revela-se do texto, que a norma concerta a remuneração de forma paritária dentre os agentes de mesma esfera da descentralização federativa, não havendo intento de se acordar os limites de estipêndios para os âmbitos diferentes do sistema Federal.

Admitir a regra da paridade abrangendo as diversas órbitas, seria forçoso compelir a fixação de estipêndios equivalentes, "verbi gratia" de um escriturário da União em consonância com o correspondente cargo no Município, situação desvariada do preceito, evidentemente.

7. É o presente parecer, portanto, no sentido de que nada impede a concessão da gratificação natalina, a qual aparece no elenco das vantagens pecuniárias do funcionário à semelhança de qualquer outro benefício ou aumento de vencimentos, frutificados na própria competência que detém a administração municipal de cuidar da remuneração dos seus quadros administrativos; os limites a esses propósitos que virtualmente pudessem ser estabelecidos por lei federal não foram editados.

Em virtude desse entender, surge a questão da negativa do Egrégio Tribunal de Contas do Estado em aprovar a respectiva rubrica orçamentária, face à qual o Município quer saber como agir.

O Tribunal de Contas é o órgão de cooperação ao Poder Legislativo, conforme a melhor doutrina, preconizando, ao propósito, FRANCISCO CAMPOS

> " ... as funções de controle exercidas pelo Tribunal de Contas, ele os exerce em nome, por autoridade e com sanção do Parlamento. São, conseguintemente, pela sua natureza e seus efeitos funções congressionais ou parlamentares. Não é o seu controle um controle administrativo, mas constitucional". (**Apud** VICTOR NUNES LEAL, **in** Problemas de Direito Público, p. 226)

Na mesma convicção, alinha-se GUIMARÃES MENEGALE, quando aduz:

> " O que torna ainda mais manifesta a natureza parlamentar ou congressional das funções do Tribunal de Contas é o fato de que a lei o coloca em relação direta com o Congresso, **cominando-lhe a obrigação de a ele referir imediatamente os conflitos ocorridos entre o Tribunal e o Executivo**". (grifamos, idem, idem).

Com o conceito corrobora a autoridade de VICTOR NUNES LEAL (op. cit. p. 225) e de CASTRO NUNES (idem, p. 226).

Daí decorre a conclusão de que, verdadeiramente, o poder de fiscalização das contas está no Legislativo, que age com auxílio do Tribunal. Não se está tratando aqui de certa atividade de julgamento também exercida pelo órgão, todavia em restritos casos como, por exemplo, o previsto no § 8.º, do art. 72, da Constituição Federal que diz respeito à concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões. Neste particular apresenta-se como órgão julgador, segundo tem-se entendido em meio a alguma controvérsia.

No entanto, distingue-se no caso presente outra competência sua, que é a principal, consistente no auxílio à fiscalização das contas municipais, à semelhança do âmbito estadual, estatuída na regra do § 1.º, do art. 16, da Constituição Federal, que reza:

> " Art. 16 — A fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal, e controle interno do Executivo Municipal instituídos por lei.
>
> § 1.º — O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência".

8. Como opera-se este auxílio à fiscalização ou controle?

Através o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas acerca da gestão financeira, submetido à instância do legislativo, o qual, mediante dois terços dos seus membros poderá rejeitá-lo, a teor do § 2.º do art. 16, da Carta Magna, que diz:

> " Somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal deixará de prevalecer o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas ou órgão estadual mencionado no § 1.º, sobre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente".

Destarte, o parecer não é vinculativo, conquanto exija uma decisão final da câmara por mercê de dois terços dos seus componentes, em caso de divergência. Qualificado, por conseguinte, deve ser o "quorum" que rejeita o pronunciamento.

Aparece assim inconfundível o caráter auxiliar da atividade do Órgão, ficando submetidas as contas, em instância única, na órbita da Administração, ao Poder Legislativo.

9. Cumpre considerar, finalmente, quanto ao aspecto indagado na consulta referente à extensão do benefício em proveito do Senhor Prefeito Municipal, que não é possível, por ser invariável o princípio que rege a remuneração prefeitural pelo qual ela é fixada na legislatura anterior prefigurando-se para todo o período subseqüente.

Esbate-se a pretensão neste princípio que deflui da salvaguarda da independência dos poderes, resguardada em todo o sistema federativo pátrio, segundo convencimento celebrado nesta Casa por aprovação do parecer n.º 2171/CGE, da lavra do Consultor Jurídico ADAURY PINTO FILIPPI, que fundamenta-se nas maiores autoridades do direito público, incluindo, também, decisão do Supremo Tribunal Federal.

Transcreve-se a ementa respectiva:

> " Subsídios de Prefeito. Sua fixação, constitucionalmente, far-se-á no final da legislatura para vigorar na seguinte. Vedada, portanto, alteração no decurso da legislatura para viger na mesma."

Demais, acresce circunstância de que a remuneração do chefe do Executivo compõe-se de subsídio e verba de representação, em cujos títulos não se inclui gratificação de qualquer espécie, conforme orientação já firmada e consubstanciada no parecer n.º 2211 desta Consultoria da lavra do Consultor Jurídico BARTOLOMÊ BORBA.

10. Em conclusão, o parecer é no sentido de que é possível a instituição, em lei, de gratificação natalina porquanto consubstancia matéria da competência do município, o tratamento remuneratório de seus funcionários, não incidindo os limites constitucionais previstos no art. 13, inciso V da Constituição Federal, os quais dependem de edição de lei que expresse a limitação.

Por outro lado, o parecer em contrário do Tribunal de Contas não é vinculativo e, logo, dois terços dos membros da Câmara Municipal podem rejeitá-lo.

Conclui-se finalmente, ser inviável a extensão do benefício em relevo ao Chefe do Executivo.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 8 de novembro de 1973.

Mário Nunes Soares
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2382/CGE

IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS "MORTIS CAUSAE" FATO GERADOR.
O fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis "mortis causae" ocorre pela simples verificação do óbito do autor da herança, independentemente da transmissão fáctica dos ditos bens aos herdeiros legítimos ou testamentários.
Súmulas 112 e 183 do S. T. F.
Distinção entre o momento em que o imposto é devido, porque já ocorreu o respectivo fato gerador, e aquele em que ele pode ser pago, dependente do lançamento da partilha.

1. Consulta o Senhor Contador do Foro desta Capital, à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, se, em inventário onde ocorrem duas ou mais sucessões, é o imposto sobre a transmissão de bens imóveis devido sobre cada uma delas, ou apenas sobre a última.

Arrimado no § único do art. 1.º da Lei n.º 5.384/66, entende o consulente ser devido o tributo sobre cada uma das sucessões abertas, acrescentando ainda que a solução contrária propiciaria a evasão fiscal.

Solução contrária preconiza a douta Procuradoria Fiscal do Estado, em parecer anexado por fotocópia. Partindo do pressuposto de que a reforma tributária introduzida pela Emenda Constitucional n.º 18, tomou como base de tributação antes os efeitos econômicos dos atos, fatos e negócios, que as formas jurídicas revestidas pelos mesmos, o que representou uma manifestação do princípio da autonomia do Direito Tributário em face do Direito Privado, sustenta o parecer dever o intérprete ter presente, como prevalente na aplicação da lei tributária o fato econômico.

Remetida aos efeitos econômicos a caracterização do fato gerador da obrigação tributária, segue-se que, ao dizer a Lei n.º 5.348/66 ser devido o imposto sobre a transmissão de bens imóveis, está exigindo que se configure a entrada efetiva do imóvel no patrimônio do adquirente, pois não se trata mais da transmissão de herança pela simples abertura da sucessão de que cogita a lei civil (C. C., art. 1572).

Após citar dispositivos legais e regulamentares que confortariam sua posição, conclui a Fazenda Estadual que, em uma sucessão em que falecem sucessivamente dois cônjuges, transmitindo-se os respectivos bens (imóveis) aos herdeiros do último, não há imposto a pagar relativamente ao segundo cônjuge falecido porque a este nada foi transmitido, que tivesse conteúdo econômico, tendo ocorrido, tão somente, a seu favor, a transmissão para os efeitos civis de que trata o art. 1572 do Código Civil.

É o relatório.

2. O surgimento da obrigação tributária está condicionado à ocorrência do fato gerador da mesma, ou seja à realização da hipótese de incidência abstratamente prevista na norma fiscal.

Tal hipótese de incidência pode consistir, como o mostra o Código Tributário Nacional, (art. 116) quer na prefiguração abstrata de uma situação de fato, quer na de uma situação jurídica.

O imposto sobre a transmissão de bens imóveis tem como fato gerador a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos pela lei civil (CTN, art. 35, I).

3. Como exemplos de situações de fato previstas em normas tributárias como fato gerador pode apontar-se a entrada ou saída de mercadorias do território nacional, a saída das mesmas de estabelecimentos, a prestação de serviços, a produção, circulação e distribuição de combustíveis, lubrificantes, energia e minerais.

São situações jurídicas: a propriedade, e o domínio útil de imóvel, a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de acréscimos patrimoniais, as operações de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos e valores mobiliários.

Especificamente a respeito de transmissão de propriedade escreve o eminente ALFREDO AUGUSTO BECKER:

> " No momento em que o direito real de propriedade saia do patrimônio de uma pessoa e entre para o patrimônio de outra pessoa, neste instante o direito real de propriedade é fato jurídico e esse fato jurídico se denomina: transmissão de direito real de propriedade.
>
> A regra jurídica que tiver escolhido para base de cálculo esse fato jurídico — o direito real de propriedade no momento da transmissão — terá criado o tributo com o gênero jurídico do imposto de transmissão de direito real de propriedade" (Teoria Geral do Direito Tributário, pg. 394).

4. Estabelecida a natureza jurídica da situação abstratamente prevista na hipótese de incidência da norma contida no art. 35, I do Código Tributário Nacional — transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física — cumpre determinar quando ela se verifica, ou melhor, qual o pressuposto a que se subordina, no que respeita à transmissão "causa mortis" da propriedade e do domínio útil de tais bens.

A esse respeito há uma perfeita unanimidade, assim na doutrina como na jurisprudência nacionais, como se pode ver a seguir

ALIOMAR BALEEIRO:

> " O fato gerador não definido especificamente no art. 35 do C. T. N. é a transmissão do domínio e da posse dos bens do "de cujus" pela abertura da sucessão "desde logo" aos herdeiros legítimos e testamentários (C. C., art. 1572). Ocorre, pois, com o óbito no dia dessa te... (Direito Tributário Brasileiro).

O mesmo emérito jurista reafirmou sua lição como Ministro do Supremo Tribunal Federal, de forma resumida:

> " O fato gerador do imposto de transmissão "causa mortis" é, sem dúvida, o óbito do "de cujus" (Rev. de Juris. 39, 373)

AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO:

> " Sabe-se que um imposto, no caso o de transmissão "causa mortis" é devido pela ocorrência ou verificação de um fato ou acontecimento, a morte, na hipótese concreta, ou seja, a transmissão de bens que em conseqüência e no momento da morte se opera" (Direito Tributário Brasileiro, pg. 15)

No mesmo sentido: ANTONIO NICACIO Do Imp. de Transmissão de Prop. "Causa Mortis", pg. 48; ANTONIO DE OLIVEIRA SANTOS — Impostos na Guanabara, pg. 33.

A tese de que o fato gerador do imposto de transmissão "mortis causa" se verifica pela simples ocorrência do óbito, independentemente de quaisquer outras circunstâncias está implícita na Súmula n.º 112 do Supremo Tribunal Federal, posto que nela se considera dito tributo devido à base da alíquota vigente ao tempo da abertura da Sucessão.

Em 14/09/1967, relatando o R. E. N.º 62.146 disse expressamente o ínclito Ministro ELOY JOSÉ DA ROCHA:

> " ... é certo que o fato gerador (do imposto de transmissão "mortis causae") Ocorre no momento da abertura da sucessão ..." (Rev. Forense — 230, 76)

Em reiteradas decisões tem o Tribunal de Justiça de Minas Gerais estabelecido:

> " Sendo o fato gerador do tributo a transmissão dos bens, se esta se opera pelo falecimento do outro da herança, o respectivo imposto é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da Sucessão" (Rev. Forense — 220, 224)
>
> " Sendo a morte do "de cujus" o fato gerador do imposto de transmissão "causa mortis", este é regido pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada" (Rev. For. 220, 226)
>
> " Na sucessão hereditária, o fato gerador consuma-se, desde logo, de pleno direito, com a transmissão, independentemente de qualquer ato do herdeiro, ainda mesmo sem sua manifestação de vontade ou à sua revelia, razão por que o imposto respectivo é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da Sucessão" (Rev. For. 225, 173)

5. Segue-se, pois, que a transmissão de bens imóveis "mortis causae" opera "pleno jure" pela morte ao autor da herança, independentemente da transmissão fáctica dos bens imóveis que a integrem, aos herdeiros. Nesse momento ocorreu o fato gerador que a doutrina denomina instantâneo e o imposto respectivo é devido, nos trinta dias subseqüentes pela alíquota então vigorante, tendo inteira cabida a Súmula n.º 112 do Supremo Tribunal Federal.

Cumpre distinguir essa situação do pagamento do imposto que exige o lançamento da partilha e a individualização do sujeito passivo da obrigação tributária, que, efetivamente, não é a herança, mas o herdeiro que irá — agora sim — efetivamente receber o bem e pagar o tributo à base do valor venal daquele no momento da avaliação, consoante o estabelecido na súmula n.º 113 do Excelso Pretório.

Por derradeiro assinale-se que a interpretação aqui preconizada encontra ainda arrimo no art. 118 do Código Tributário Na-

cional que manda interpretar a definição legal do fato gerador, abstraindo-se dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

"Sub censura".

Porto Alegre, 24 de julho de 1973.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2383/CGE

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1969, art. 15, II.
COMÉRCIO — COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO.
É o Município competente para legislar sobre horário do comércio, respeitadas as prescrições da legislação do trabalho.
Aplicação da Súmula 419 do S. T. F.

1. É submetido à consideração desta Consultoria-Geral o Parecer n.º 6/73 — STéc. da Secretaria do Turismo na parte relativa à competência do Município para legislar sobre o horário de funcionamento das casas comerciais.

As conclusões do parecer são no sentido de carecer o município de competência para decidir sobre o horário comercial, a qual pertence aos Ministérios do Trabalho e Previdência Social e ao da Indústria e Comércio, sendo por isso ineficaz a legislação municipal que disponha diversamente da Lei Federal.

2. A matéria versada no supra referido parecer tem sido objeto de numerosos pronunciamentos do Poder Judiciário, achando-se até incluída na Súmula da Jurisprudência Predominante no Excelso Pretório n.º 419, "in verbis":

> " Os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local desde que não infrinjam as leis federais e estaduais."

Efetivamente: decidira o Excelso Pretório em acórdãos unânimes:

> " Cabe ao Município fixar o horário para o funcionamento de casas comerciais. (Rev. Dir. Adm. 51/320)
> A autonomia municipal, assegurada no art. 28 da Constituição Federal (de 1946) abrange a administração própria de tudo o que se refira ao peculiar interesse do Município, não se podendo por em dúvida, pois, sua competência para legislar sobre a matéria.
> Nada mais peculiar do que a regulamentação do horário do comércio, uma vez que, com essa regulamentação usa o Município do poder de polícia necessário para manter a segurança, a ordem, a saúde e o sossego público". (Rev. For. 172/132)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> " Ao estabelecer horário para o funcionamento de estabelecimento comercial, a lei não está regulamentando a duração da jornada de trabalho, nem criando ou modificando qualquer direito decorrente da relação de emprego, pelo que inacolhível a argüição de inconstitucionalidade.
> (Rev. For. 229/177)

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Paraná (Rev. Jurídica 17/364; Rev. Dir. Adm. 1/179) e o de São Paulo (R. For. 174, 199).

3. Importa, por certo distinguir, como o faz o último dos arestos citados, as questões submetidas à competência federal e a local: à primeira que disciplina relações de trabalho, cabe autorizar a exigibilidade da prestação de serviços em domingos e feriados; à segunda, cabe autorizar a exigibilidade da prestação de serviços em domingos e feriados; à segunda, disciplinando assunto de interesse local, toca dispor sobre horários e plantão para funcionamento do comércio em sábados e domingos.
Ressalte-se que a Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo dirigia em seu art. 16 § 1.º n.º 15:

> " Cabe privativamente ao Município a fixação do horário de funcionamento de estabelecimentos industriais, comerciais e similares, respeitada a legislação do trabalho."

Isso posto, conclui-se que, respeitadas as prescrições da legislação federal tutelar do trabalho, no que respeita à jornada, sua duração, períodos de descanso, autorização para funcionamento em domingos e feriados, respeito aos direitos decorrentes da relação de emprego, temas esses da competência federal, é indiscutível caber ao Município dispor sobre o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, no exercício legítimo de seu poder de polícia em assunto que é do seu peculiar interesse, que, por isso mesmo, se superpõe ao princípio da liberdade de comércio, só exercitável nos limites postos pelas normas constitucionais e legais.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 24 de julho de 1973.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2390/CGE

FUNDOS ESPECIAIS. NATUREZA JURÍDICA.
O Fundo Operação Empresa — FUNDOPEM/RS, instituído pela Lei Estadual n.º 6.427, de 13 de outubro de 1972, é serviço público, autônomo na gestão financeira dos recursos que foram vinculados aos seus objetivos, mas carente de personalidade jurídica própria, cabendo assim a sua representação, como parte que é da Administração Direta Estadual, ao Senhor Governador do Estado.

1. Por ofício sob n.º 278/73-GS, de 23 de junho de 1973, submeteu o Senhor Secretário da Indústria e Comércio à consideração do Senhor Secretário da Fazenda minuta de aditivo ao Convênio firmado, aos 23 de janeiro de 1973, entre o Fundo Operação Empresa — FUNDOPEM/RS, instituído pela Lei Estadual n.º 6.427, de 13 de outubro de 1972, representado pelo Senhor Secreário da Indústria e Comércio, e o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, visando exatamente a execução do programa de financiamentos criado pelo mesmo diploma legal antes referido. Chamado a opinar, manifestou dúvida o Senhor Contador

e Auditor Geral do Estado quanto à viabilidade de se lavrar o instrumento aditivo nos termos propostos, especificamente quanto à possibilidade de figurar o Fundo Operação Empresa — FUNDOPEM/RS como parte convenente, uma vez que o Fundo em referência não teria personalidade jurídica própria. Por isso mesmo, sugeriu que "fosse examinado o aspecto jurídico do convênio inicial, antes de ser apreciada a sua alteração". De ordem do Senhor Secretário da Indústria e Comércio, foi solicitada a oitiva desta Consultoria-Geral. Os autos vieram, distribuídos ao Gabinete de Assessoramento Jurídico.

É o relatório.

2. A Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, diz, no seu art. 71, que "constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação." De outra parte, pela conjugação dos arts. 12 e 13 da mesma Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964, verifica-se que a constituição de fundos rotativos classifica-se, dentro das despesas de capital, como inversão financeira. Ora, não pode padecer dúvida, assim, que o Fundo Operação Empresa — FUNDOPEM/RS, criado pela Lei Estadual n.º 6.427, de 13/10/1972, se adeqüa perfeitamente a essa situação jurídico-financeira. De fato, as próprias razões de sua criação, no objetivo de prestar apoio financeiro a empresas industriais, em instalação ou em expansão, visando o desenvolvimento econômico-social do Estado, demonstram perfeita correspondência com as definições legais antes vistas, de despesa de capital e de inversão financeira. O que aqui ocorre, aliás, é apenas o exercício, pelo Estado, daquelas funções de estímulo e apoio às empresas privadas, na organização e exploração das atividades econômicas, as quais funções lhe foram expressamente cometidas pelo art. 170 da Constituição Emendada de 1969, ao tratar da ordem econômica e social.

3. A natureza desses fundos especiais é, no entanto, ao mesmo tempo de direito financeiro e de direito administrativo. Não há dúvida que se está, quanto aos objetivos perseguidos pelos fundos, em face de um serviço público em sentido material, ou objetivo, ou funcional, vale dizer, de um serviço marcado pelo interesse público na gestão financeira de que se trata (cfe. MARCEL WALINE, **in** "Traité Elementaire de Droit Administratif", 5a. ed.,

1950, p. 291). De outra parte, na organização administrativa desse serviço público, adota-se uma formalização que busca dar flexibilidade e unidade programática na manipulação de recursos em benefício do estímulo planejado à economia estadual. Essa formalização ótima é tirada de dentro dos quadros do direito financeiro, pela utilização da figura dos fundos especiais, onde o Estado, por lei sua, desafeta determinada parcela do orçamento dos fins gerais da administração pública, e o vincula de novo a objetivos específicos, entregando a gestão desses recursos, na consecução dos objetivos colimados, a órgão preexistente de sua Administração Direta ou Indireta, ou ainda a uma autarquia interestadual, como na espécie. Não há, pois, na lei que institui o fundo especial, nem criação de autarquia, nem autorização para a constituição de uma outra entidade com personalidade jurídica própria, mas simplesmente a especialização das finalidades com que serão dispendidos recursos orçamentários, ao mesmo tempo que se outorga a um gestor autorização em branco para a manipulação desses recursos, desde que atendidos os novos e precisos objetivos a que foram vinculados.

4. Se do ponto-de-vista do direito financeiro a determinação de natureza dos fundos especiais pode ser até dita incontroversa, como receita vinculada, já não se apresenta tão simples a questão no que aflora o direito administrativo. CAIO TÁCITO, depois de reconhecer que "os fundos contábeis de natureza financeira correspondem, como nome indica, à segregação de uma parcela da receita ordinária ou extraordinária do Estado imputando-lhe a aplicação a um órgão especial, distinto dos quadros burocráticos da Administração" (autor citado, **in** "Revista de Direito Administrativo", vol. 85/338), aponta a sua criação, em trecho exemplar, como uma forma intermediária entre a centralização e a descentralização dos serviços públicos, **verbis:**

> " Há, todavia, uma situação intermediária, que se tem difundido recentemente no direito administrativo brasileiro, em que a lei não chega à **descentralização** dos serviços, no sentido da personalização do órgão administrativo, conferindo-lhe, porém, uma relativa autonomia de gestão, sobretudo no campo financeiro. São serviços **relativamente autônomos**, que permanecem integrados na personalidade jurídica centralizada da pessoa de direito público interno — União, Estado-membro, Município ou Distrito Federal — usufruindo, no entanto, de capacidade jurídica para a prática autônoma de certos atos.

> É figura que se aproxima do modelo **francês** da **déconcentration** que, como informa a doutrina, libera, em benefício de órgãos locais, certos poderes de decisão administrativa, sem alcançar, contudo, à **descentralisation**, cuja característica essencial é a outorga de personalidade jurídica ao ente administrativo (ver: MARCEL WALINE, "Droit Administratif" — 8.ª edição, 1959, p. 433, p. 268; JEAN RIVERO, "Droit Administratif", 1960, p. 262; GEORGES VEDEL, "Droit Administratif", 1959, p. 416; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, "Droit Administratif", 2.ª ed., 1957, p. 71)." (autor citado, obra citada, v. 85/338).

Não parece suficiente, no entanto, do ponto-de-vista do direito administrativo, definir os fundos especiais simplesmente como uma forma aproximada dessa da desconcentração administrativa, que em si mesmo é bastante vaga para que não se chegue a quase nada. Disso apenas se pode concluir, como o fez o Doutor VITOR AMARAL FREIRE, Assistente Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em parecer aprovado em sessão de 28 de agosto de 1963, que "os "fundos especiais", como órgãos administrativos, embora gozem de ampla autonomia financeira, não possuem personalidade jurídica e se acham, atendida sua subordinação, ligados à administração direta como à indireta." ("Jurisprudência e Instruções do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo", n. 14, 2.º semestre de 1963, p. 26). É necessário ir além, e verificar qual a natureza jurídica dessa figura de direito administrativo que, tendo autonomia de gestão financeira, não tem, no entanto, personalidade jurídica própria.

5. Ora, já se apontara antes que os fundos especiais, quanto aos objetivos aos quais o Estado vincula receita, são objetivamente serviço público, vale dizer, incluem-se nessa categoria jurídica de direito administrativo, a par das pessoas e dos bens, da qual RUY CIRNE LIMA adverte quanto à indecisão de características, "sorte de limbo em que se acumulam as preformas e as formas não diferenciadas, ainda insuscetíveis de enquadrar-se em uma daquelas duas classificações fundamentais." (autor citado, **in** "Princípios de Direito Administrativo Brasileiro", 4.ª ed., 1964, § 10, p. 81). Não espanta, pois, que seja o mesmo mestre que, honrando a argúcia desse diagnóstico, dê também a solução do problema em exame, ao propor a existência de serviços autônomos que, dotados de auto-funcionamento, são, no entanto, destituídos de personalidade jurídica:

" (...) A individualidade jurídica, a que se dá o nome de serviço público, é indecisa em seus caracteres: — ora denota a predominância dos sinais caracterizadores da individualidade — pessoa, ora a predominância dos da individualidade — coisa.

Assim, encontramos serviços que são autônomos e se mostram, entretanto, destituídos de personalidade jurídica. Tal é o que incumbe ao Conselho Florestal Federal. Reside a autonomia do serviço na organização e economia separadas, de que dispõe. A autonomia de que goza não significa, pois, auto-organização ou auto-determinação. É simplesmente autonomia funcional: — o serviço autônomo funciona sobre si. É o que já se denominou auto-funcionamento (...)." (autor citado, obra citada, local citado).

Aliás, corroborando mais ainda a aplicabilidade de sua lição ao caso vertente, veja-se que o exemplo trazido, em nota de rodapé, ao texto logo antes transcrito, refere-se exatamente ao Fundo Florestal, instituído no art. 98 do Código Florestal (Decreto n.º 23.793, de 23 de janeiro de 1934), sendo que, na forma do art. 102, letra a, do mesmo diploma legal, compete ao Conselho Florestal Federal "orientar as autoridades federais sobre a aplicação dos recursos oriundos do fundo florestal." E não discordará dessa tese o antes citado CAIO TÁCITO, quanto aos fundos contábeis instituídos pelo Poder Executivo Federal, com base no art. 69 da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, ao escrever que são os mesmos "serviços administrativos da União, dotados de autonomia relativa de gestão, nos termos fixados nos respectivos decretos executivos" (autor citado, obra citada, vol. 85/339), mas carentes de personalidade jurídica própria.

6. Assim sendo, o Fundo Operação Empresa — F.U.N.D.O.P.E.M./RS, instituído pela Lei Estadual n.º 6427, de 13 de outubro de 1972, embora sendo serviço público, autônomo na aplicação dos recursos que a lei vinculou aos seus objetivos, não possui personalidade jurídica própria. Bem pelo contrário, está incluído e integra a organização administrativa estadual, sendo também representado pelo chefe da Administração Direta, vale dizer, pelo senhor Governador do Estado. Somente essa autoridade pode firmar convênios e contratos referentes ao Fundo em exame, não se podendo, pois, negar razão à observação feita pelo Senhor Contador e Auditor Geral do Estado, a folhas 27 do

presente expediente. A fim de evitar, no entanto, uma solução de continuidade na gestão financeira do Fundo Operação Empresa — FUNDOPEM/RS, em decorrência da invalidade do Convênio firmado com o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, aos 23 de janeiro de 1973, seria importante que se incluísse, no aditivo que ora se quer assinar, e cuja minuta foi trazida à consideração secretarial, cláusula expressa de ratificação daquelas constantes do convênio original. Dessarte, pela assinatura do termo aditivo pelo Senhor Governador do Estado, pessoalmente ou por delegação, nos termos do parágrafo único do art. 66 da Constituição do Estado, ficará convalidado o vício ora apontado. Observa-se, ademais, que deverá figurar como parte convenente, não o Fundo, mas sim o Estado do Rio Grande do Sul, e que, ao depois, deverão ambos os instrumentos serem remetidos ao Poder Legislativo, para a aprovação prevista no art. 27, XV, da Constituição do Estado:

7. DE TODO O EXPOSTO, concluo que o Fundo Operação Empresa — FUNDOPEM/RS, instituído pela Lei Estadual n.º 6.427, de 13 de outubro de 1972, é serviço público, autônomo na gestão financeira dos recursos que foram vinculados aos seus objetivos, mas carente de personalidade jurídica própria, cabendo assim a sua representação, como parte que é da Administração Direta Estadual, ao Senhor Governador do Estado, pessoalmente, ou por delegação, nos termos do parágrafo único do art. 66 da Constituição Estadual.

É o parecer.

Porto Alegre, 9 de agosto de 1973.

Manoel André da Rocha
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2422/CGE

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS se compreendem dentro das custas processuais. As custas são cotadas em favor da parte vencedora.

Os preceitos da Lei n.º 4.215/63 são ordenamentos dispositivos, enquanto o conjunto de normas legais aplicáveis aos servidores públicos são cogentes, afastando a incidência daquelas.

> Servidor público tem vencimentos fixados em lei, em conformidade com o cargo titulado, sendo defeso o estabelecimento de outras formas de remuneração.
> Arts. 196 da Constituição Federal e 105 da Lei Orgânica do Município de Esteio.

O Senhor Presidente da Câmara Municipal de ESTEIO encaminha ao exame e consideração da Consultoria-Geral cópia do Projeto de Lei n.º 30/73, de origem do Órgão Executivo, que visa regular os honorários advocatícios do Consultor Jurídico do Município.

2. Além do texto integral do projeto, consta, igualmente, do expediente, cópia da mensagem do Senhor Prefeito Municipal com que justifica o pedido.

3. Assinale-se, por oportuno, que a mensagem e o projeto são conflitantes.

Enquanto na mensagem se fala que atribuir ao advogado das pessoas de direito público honorários profissionais, **"além dos seus vencimentos"**, constitui **"uma anormalidade, pois isso representa um duplo pagamento por um mesmo serviço"** e — tal como teria feito o Estado em relação aos seus advogados de ofício, que teria editado norma, dizendo não terem direito a honorários —, cumpria ao Município, seguindo o exemplo do Governo Estadual, através de provimento legislativo local, **"impedir que a situação se perpetuasse"**, arremata:

> " É este o motivo do expediente que tenho a honra de alcançar às mãos de Vossa Excelência, certo de que o plenário dessa colenda Câmara lhe dará imediata guarida." (ut Mensagem de 16/5/1973, exp. n.º 37/73, of. n. 154/73, fls. 3 do expediente)

4. No projeto de lei, depois de no art. 1.º se afirmar que "o Consultor Jurídico da Prefeitura Municipal **não faz jus a honorários advocatícios**", no 2.º se diz, contrariamente, que "nas ações em que o Município tiver ganho de causa, os **honorários ... serão repartidos proporcionalmente entre o tesouro municipal e o procurador**" (= Consultor Jurídico).

5. Indisfarçável, pois, a contradição entre o projeto de lei e a mensagem, isto sem falar que no Estado nunca houve lei disciplinando o pagamento de honorários advocatícios aos advogados de ofício.

É o relatório.

6. A figura de que se cogita, na espécie, honorários advocatícios, já se prestou a longas controvérsias, alimentadas pelas posições divergentes em que se colocavam os integrantes da classe e muitos julgados dos mais categorizados pretórios.

O Código de Processo Civil, em sua redação original, por sua vez, contribuiu para avolumar, no detalhe, as polêmicas: o Estatuto da Ordem dos Advogados — embora promulgado só bem mais tarde (Lei n.º 4.215/63) —, pouco ou nada fez para afastar a discussão. Ao contrário, às dúvidas já existentes trouxe outra, qual seja, a de saber a quem, efetivamente, pertencia a verba honorária — se à parte ou ao profissional.

7. RUY CIRNE LIMA, com o acerto de sempre, mostrando a sem razão da controvérsia existente entre os autores, eis que a **verba honorária** não passa de subdivisão em que se classificam as custas, sinala, ainda, que, desde o tempo dos romanos, cumpria ao vencido reembolsar o vencedor do que tivesse dispendido no curso da lide, enfatizando:

> " ... em nosso direito, desde os tempos mais remotos, as **custas** compreendiam os salários dos advogados, quando legalmente taxados ..."

e, finalmente conclui o pensamento:

> " ... a parte, pois, e não o advogado, tem direito às custas, a este contadas." (in "Pareceres, Direito Público", Livraria Sulina Editora, 1963, pp. 149/152)

8. Esse entendimento resulta claro e insofismável, quando se tem presente que os honorários são a remuneração pelos serviços profissionais prestados pelo advogado a seu cliente, e que são devidos independentemente do resultado. Vale dizer, portanto, que o direito do profissional de haver a paga pela prestação dos serviços não está na dependência do êxito, de vez que nasce essa prerrogativa do só cumprimento da obrigação contratada, qual seja, realização dos serviços, que tem natureza aleatória.

O art. 98 da Lei n.º 4.215/63 consagra que, ressalvada a hipótese de ajuste escrito diverso, os honorários devem ser pagos: um terço (1/3) no início; outro tanto até à sentença de 1.ª instância; o saldo na decisão final. A juntada aos autos de contrato de honorários, antes do levantamento dos valores ou do preca-

tório — art. 99 —, garante ao advogado o direito de haver **"diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte."** (grifei) o correspondente valor.

Assim, o devedor dos honorários do advogado não é o vencido, mas aquele que contratou os serviços desse profissional. Tais honorários não se condicionam ao valor da condenação,, mas ao ajustado entre o advogado e seu constituinte.

Esse, aliás, o magistério pretoriano, segundo se colhe de passagem no acórdão da Egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **verbis:**

> " O princípio da sucumbência implica na condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios configurando uma indenização ao vencedor no litígio. Tal parcela indenizatória, atribuída à parte melhor sucedida, não condiciona o valor dos honorários ajustados ou a ajustar entre a parte e seu procurador." (R. J., n. 77, p. 112, Ag. Instr. n. 5.865)

9. É certo, por outro lado, que na legislação brasileira, só com o advento da Lei n.º 4.632, de 18 de maio de 1965, que emprestou nova redação ao art. 64 do Código de Processo Civil, sufragou o legislador pátrio o princípio da sucumbência, dispondo:

> " A sentença final da causa **condenará a parte vencida no pagamento dos honorários da parte vencedora...**" (grifei)

A adoção desse princípio, o da sucumbência, além de significativas implicações no sistema recursal, deu margem à aplicação das condenações acessórias, a que, necessariamente, fica sujeita a parte vencida.

A imposição, já agora, ao vencido, do pagamento das custas, compreensivas, também, da verba honorária — que no regime anterior ficava adstrita a considerações de ordem subjetivas do julgador: dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, tornou-se objetiva, bastando o sucumbimento para, como anota o Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, tornar-se inquestionável "a obrigação de o **vencido pagar a verba de honorários do vencedor.**" (no RE n. 72.858 — SP, Revista "JURISCíVEL" do S.T.F., vol. n. 4, p. 219, grifei)

Não importa a natureza, nem o rito da ação, nem o conteúdo do pedido — declaratório, constitutivo, condenatório, executivo; tampouco, se a parte mantém serviço jurídico organizado, com remuneração fixa mensal a esses profissionais, eis que, de um

lado, a lei não faz qualquer distinção e, de outro, a condenação do vencido em honorários configura uma indenização ao vencedor, que poderá ser igual, inferior ou superior ao valor dos honorários profissionais ajustados entre a parte e o advogado e, como tal, devidos a seu patrono.

A esse propósito, entre outros, ver os seguintes acórdãos: da 6.ª Câmara Cível de TJGB, agravo de petição n. 22.146, **in** "Revista de Direito da Procuradoria-Geral", n. 22. pp. 190/191; da 8.ª Câmara Cível, idem, ob. cit., n. 14, p. 150; do 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do TJGB, ob. cit., n. 21, p. 416; da 2.ª T. do Egrégio S.T.F., RE n. 67.385, **in** R.T.J., n. 52, p. 346; id. id., n. 73.377, **in** "Juriscível" do S.T.F., n. 12, 1973, p. 123; da 1.ª T. id., n. 73.095, **in** D.J., n. 48, de 10/3/1972, p. 1.145.

10. A verba honorária, de feito, embora não se desconheçam as divergências de entendimento e as vacilações de alguns julgados em virtude especialmente da pouca clareza do ordenamento jurídico da ordem dos advogados (Lei n. 4.215/63), pertence à parte e não ao profissional.

11. No caso **sub examine**, pelo menos o é, já que se cuida de advogado de pessoa de direito público, e, nessa condição titular de cargo público, com vencimentos fixados por lei, em virtude da relação jurídico-estatutária, a que está sujeito.

12. Esta Consultoria-Geral, examinando a matéria, concluiu que a faculdade conferida ao advogado pela Lei n.º 4.215/63, de haver, por direito próprio, os honorários fixados na sentença, tem o sentido de assegurar-lhe meio eficaz de obter o que lhe é devido pelo seu cliente, mas o é sob condição, que não ocorre com os advogados-funcionários do Estado, já que tem sempre garantido seu ganho, **verbis:**

> " Esse direito conferido ao advogado, expresso no § 1.º do art. 99 da lei em exame, é, porém, um direito condicionado; ele só se poderá valer da disposição legal, caso ainda não tenha sido pago pelo seu cliente.
>
> Isso está claro e expresso no art. 99, da lei. Como é evidente, o § 1.º deste artigo está subordinado à mesma condição.
>
> No caso objeto da consulta, os procuradores judiciais são funcionários do Estado, remunerados pelo Estado para lhe prestarem os seus serviços profissionais de advogados. Os seus honorários, em razão disso, se traduzem em um pagamento mensal certo, decor-

rente da relação estatutária, relação de direito público existente entre o funcionário e a pessoa jurídica de direito público. Tais vencimentos não se constituem em um mínimo, mas sim em importância certa, pré-estabelecida em lei e nada autoriza a que esses funcionários, por prestarem serviços especiais decorrentes da sua profissão — mas que só em razão dela é que se vinculam ao Estado — venham a somar aos seus vecimentos outras parcelas.

Aliás, as disposições do art. 99 e do seu § 1.º, da Lei n.º 4.215/63, jamais poderiam ter aplicação aos advogados do Poder Público: se, como se viu o valor da condenação se constitui em indenização à parte vencedora, tal importância passa a integrar o patrimônio público e, como tal, seria inapropriável a qualquer título." (**in** Parecer n. 2421, pp. 6 e 7)

Ademais, a Lei n. 4.215/63, como já assinalado, prevê e autoriza ao advogado contratar com ampla liberdade seus honorários, constituindo-se, de conseguinte, os preceitos nela consagrados simples ordenamentos dispositivos. O Advogado do Poder Público (não importa o nome com que se o identifique: Consultor Jurídico, Advogado de Ofício, Procurador), com a investidura, cria uma relação jurídico-estatutária e não-contratual, fazendo incidir nessa relação obrigatoriamente o conjunto de disposições próprias da classe, que são cogentes, e afastam a hipótese de aplicação de normas dispositivas.

Assim, com amparo no direito positivo e magistério pretoriano, inclusive do Pretório Excelso, o princípio da sucumbência se aplica, também, nas ações em que o Poder Público é parte, devendo a verba honorária, resultante da condenação, quando vencedor na demanda, ser arrecadada pelo Erário. Manifesto, pois, o desacerto daqueles julgados e da corrente que sustenta não ter cabimento a condenação, por inaplicável o disposto no § 1.º do art. 99 da Lei n.º 4.215/63. Veja-se:

" ... não se vê em que o sistema de pagamento dos advogados da União, das autarquias, empresas do Estado e sociedades de economia mista possa interferir para se deixar de aplicar a regra da sucumbência. É que, mantida a coerência, também no caso de advogados de partido das pessoas de direito privado, igual discriminação se deveria recomendar o que não ocorre." (**ut** RTJ n. 52, p. 347, RE n. 67.385)

Esse, por igual, o entendimento expresso pela Consultoria-Geral no Parecer n.º 2421, que afirma:

" ... entendemos que aos procuradores do Poder Público não se aplica o disposto no § 1.º do art. 99 da Lei n.º 4.215/63, muito embora não se deva recusar aplicação ao princípio da sucumbência, consagrado na Lei n.º 4.632/65, quando o Poder Público for vencedor na demanda. Em tal hipótese o valor da condenação em honorários deverá ser arrecadado pelo erário, a título de indenização pelo dispêndio a que se sujeita o Estado para ver assegurados, em Juízo, os direitos que a ordem legal lhe assegura." (id. fls. 9)

13. Veja-se, ainda, que as pessoas de direito público estão obrigadas a organizar o **orçamento** (respeitados os princípios da **anualidade, universalidade** e **especificação)**, compreensivo obrigatoriamente de **todas as despesas** e **receitas**, vedada a vinculação do produto da arrecadação a qualquer despesa. (**ut** art. 62 e § 2.º da Constituição Federal)

Ora, a verba honorária de que se cogita é receita pública e o seu emprego não poderá ficar vinculado a despesa específica.

14. Por derradeiro, tenho como incidente, ainda, o disposto no art. 196 da Constituição Federal, com a redação que lhe emprestou a EMENDA N.º 1/69, que reza:

" Art. 196 — É vedada a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa."

Poder-se-ia, pois, argumentar que se não compreenderia nessa proibição o recebimento da verba honorária. Não participo, porém, desse entendimento, eis que, como já anotado por esta Consultoria-Geral, o legislador constituinte visou, de forma ampla e incondicionada, terminar com a participação dos servidores públicos em qualquer parcela arrecadada pelo Poder Público, com o propósito de garantir ao contribuinte e aos próprios agentes da administração absoluta imparcialidade, **verbis:**

" A interpretação teleológica da citada disposição leva-nos a admitir haver ela visado, de modo amplo e geral, acabar com a participação dos servidores públicos em qualquer parcela daquilo que o Poder Público arrecada. Entendeu-se que tal medida asseguraria maior isenção aos agentes administrativos aos quais estão afetas a fiscalização e a exação.

Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição — escreve PONTES DE MIRANDA — deve-se procurar, de antemão, **qual o interesse que o texto tem por fito proteger.** É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscreve a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva **quando haja, na própria regra jurídica ou noutra**, outro interesse que passe à frente.

.....

Se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, **tem de preferir-se aquela que lhe insufle a mais ampla extensão jurídica.** A restrição, portanto, é excepcional. (Comentários à Constituição Federal de 1967, vol. I, p. 293)." **(apud** Parecer n. 2308, fls. 3 e 4)

15. A percepção, por outro lado, de uma remuneração contendo parte variável, que oscilaria em razão de receita extraordinária ou eventual da Prefeitura, conflitaria não apenas com o sentido finalístico do mandamento constitucional consagrado pelo art. 196, que é o de impedir a participação dos servidores públicos em qualquer parcela daquilo que o Poder Público arrecada, como, também, tornaria inexeqüível o controle da execução do disposto no art. 105 da Lei Orgânica local, que dispõe:

> "... não é permitida a fixação de estipêndios em quantia superior aos atribuídos ao Prefeito, excluídas as gratificações adicionais por tempo de serviço, as de representação e avanços",

e, igualmente, a regra que veda ao funcionário haver qualquer vantagem — afora as postas nas correspondentes tabelas —, em razão do exercício do cargo público.

16. Do exposto concluo (a) pela necessidade de restituição do projeto ao Órgão Executivo não só pela contradição existente entre a mensagem e o texto da lei visada, como (b) pela impossibilidade de transformar-se em diploma legal, nos termos propostos, por infringente da lei maior e da própria Lei Orgânica do Município.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 21 de setembro de 1973.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

MEMORAIL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 75.866 — Rio Grande do Sul

EMENTA: Funcionário Público. — Aposentadoria. — Proventos. — Lei Incidente à Época — Revisão de Proventos, Lei atual — Inexistência de Direito Adquirido.

Recorrente: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Recorridos: F. B. G. e outros
RELATOR: Senhor Ministro BARROS MONTEIRO.

EMÉRITOS JULGADORES,

1. Os Recorridos, na condição de **servidores públicos inativos** do Estado, **pretendem gozar** da **prerrogativa** de **inalterabilidade** da respectiva **situação legal** como se titulares de posição jurídica individual e não a do sistema regulamentar, que rege o serviço e o servidor público.

É manifesto o eqüívoco dos interessados e a ofensa da decisão recorrida ao disposto no artigo 102, § 2.º da Constituição Federal, porquanto: **revistos os proventos** dos servidores impetrantes do Mandado de Segurança pela forma determinada na decisão do Tribunal "a quo" **excederão a remuneração percebida na atividade.**

2. O Recorrente, através da Lei n.º 4937, de 22 de fevereiro de 1965, **criou** a figura dos chamados **regimes especiais de trabalho,** e, para esses efeitos, **considerou** para os cargos de Nível Superior como **horário básico** o trabalho semanal de **22 horas** e, o de **33, 44** e **dedicação exclusiva,** como **regimes especiais,** dando-lhes uma suplementação salarial de 50%, 100% e 150%, respectivamente.

Diz a lei:

> "Art. 5.º — São estabelecidos para os cargos classificados no Nível Superior do Quadro Geral de Funcionários Públicos, os seguintes **regimes especiais:**

A — 3 horas semanais
B — (44 horas semanais) Tempo integral
C — Dedicação exclusiva.

.....

Art. 12 — O servidor em regime especial de trabalho, estabelecido pelo art. 5.º, receberá uma gratificação calculada sobre o vencimento básico do cargo, fixado pelo art. 2.º, de acordo com a seguinte tabela:
A — 33 horas semanais — 50%
B — 44 horas semanais — 100%
C — Dedicação exclusiva — 150%."

3. A convocação para regime especial de trabalho era matéria que ficava dentro do poder discricionário da Administração, **menos** nas **hipóteses** de **33 horas** em que o **conteúdo ocupacional** e respectivas **especificações** de classe **indicassem tal carga horária** (= 33 horas, superior à considerada básica; 22 horas), quando a **convocação** não só era obrigatória como **automática** e os **vencimentos** desses **cargos** formados pela **soma** das **duas parcelas:** valor básico mais gratificação correspondente e, para efeitos de cálculos dos proventos, se **incorporaria aos vencimentos,** se percebida durante cinco (5) anos consecutivos ou dez (10) intercalados, desde que, no momento da jubilação, estivesse o funcionário vinculado a um desses regimes.

Eis a lei:

"Art. 7.º — A convocação para trabalho no regime de 33 horas semanais poderá ser feita "ex-officio" ou solicitada pelo funcionário interessado, comprovada a necessidade do serviço.

§ 1.º — Os ocupantes de cargos cujas especificações indiquem horário de trabalho de 33 horas semanais, ficam automaticamente convocados para esse regime especial, passando a perceber a gratificação respectiva.

.....

Art. 12 — .....

§ 6.º — A **gratificação** correspondente aos regimes especiais de trabalho, **para efeitos de cálculo de proventos, incorpora-se ao vencimento após cinco anos consecutivos** ou **dez intercalados** de efetivo exercício nos referidos regimes desde que o servidor, ..., no ato da aposentadoria, se encontre vinculado a um deles."

4. Os Recorridos, quando da edição da Lei número 4937/65, tinham o regime de trabalho de 33 horas semanais, de acordo com a especificações e em razão de entendimento tanto da administração quanto dos próprios interessados de que na hipótese configurada pelo § 1.º, art. 7.º do predito ordenamento — em que a convocação não só era obrigatória como automática —, essa parcela não seria gratificação, em sentido próprio, mas mera fórmula de fixação dos vencimentos, já que correspondia ao horário de trabalho próprio da categoria e, em tais circunstâncias, também, devida aos inativos dessa mesma classe.

Na oportunidade, o então Consultor-Geral, atual Ministro do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, Professor JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, em Parecer publicado no D. O. E. de 26/7/1965, consagrou a tese, merecendo os melhores encômios, nos seguintes termos, como está dito, às fls. 281/284 dos autos:

"a) Convém agora acrescentar que o regime de trinta e três horas de trabalho, a que estão submetidos os ocupantes de cargos enquadrados na regra do art. 7.º § 1.º, é o seu **horário normal** de atividade funcional, nos termos do art. 27 da Lei n.º 4.937. **Logo, muito embora esteja regulada essa parcela de sua retribuição pecuniária, pelo mesmo dispositivo legal e sob comum nomen juris, vale esclarecer que, na espécie do art. 7.º, § 1.º, não se trata de prestação de serviço extraordinário, em sentido próprio, e, por via de conseqüência, a gratificação, que lhe corresponde, não se pode entendê-la vinculada ao exercício de labor funcional, além do horário normal, ou do expediente ordinário.** Pressuposto da gratificação por serviço extraordinário é a existência de um certo expediente regular, que, prorrogando-se, confere, em decorrência, título à gratificação aludida. Ora, na hipótese do art. 7.º, § 1.º, inocorre prorrogação alguma do horário normal por semana, a que estão sujeitos os ocupantes dos cargos nêle previstos. Não caberia, assim, tecnicamente, considerar o acréscimo, que lhe está assegurado pelo dispositivo em causa, qual contraparte por serviço extraordinário. Este, de resto, por natureza, há de ter-se por **temporário** e não de índole **permanente,** sendo ditada a convocação dos servidores por razões de **conveniência do serviço.**

b) Dessarte, a gratificação, na hipótese do art. 7.º, § 1.º, não se reveste da mesma índole e significação da que se atribui aos funcionários em regime de

tempo integral, de dedicação exclusiva, ou mesmo de trinta e três horas, em se tratando, aqui, de ocupantes de cargos do Nível Superior, cujas especificações de classe indiquem horário normal de trabalho de, apenas, vinte e duas horas por semana. **Representa a gratificação em tela, concernentemente à espécie do art. 7.º, § 1.º, dessa maneira, valor de caráter integrativo do vencimento dos cargos nele compreendidos, retribuição nitidamente estipendial, atribuída ao funcionário, em virtude, precisamente, do cumprimento regular de seu horário normal de trabalho. Para os cargos enquadrados no art. 7.º, § 1.º, previu a Lei n.º 4 937, de par com o quantitativo atinente ao padrão fixado no art. 2.º, mais a importância de que cogita o art. 12, titulada de gratificação.**

c) **Com efeito,** conforme ficou analisado atrás (itens 7 a 9) **a vantagem em foco, embora sob nomen juris de gratificação, — em se tratando da hipótese do art. 7.º, § 1.º, da Lei em apreço, equivale a fórmula de vencimento, importante ser considerada, nesse caso, como parcela integrativa permanente do estipêndio dos cargos abrangidos pela norma legal em alusão.**

De outra parte, essa vantagem vem de ser instituída, através da Lei de reajustamento geral do funcionalismo público civil do Estado (Lei n.º 4.937/65), e representa para os servidores ocupantes dos cargos, de que cogita o art. 7.º, § 1.º, em análise, **aumento permanente de estipêndio**...

Dessa sorte, portanto, não há como desconsiderar, ao ensejo da revisão de proventos dos que se inativaram em cargos enquadrados no âmbito do art. 7.º, § 1.º, da Lei 4.937/65, essa parcela do aumento ocorrido, em favor dos atuais ocupantes desses cargos".

Essa orientação hoje, para os recorridos é absurda, insustentável, "feita às pressas" por "exegetas burocráticos" !

5. O Estado, tal como procedeu ao ensejo da Lei n.º 4937/65, com o advento da Lei n.º 6193, de 11/1/71, estabeleceu não só novas tabelas de vencimentos para os servidores, como alterou os **regimes especiais** de trabalho, **suprimindo** o de trinta e três (33) horas semanais, que voltou a **ser o básico** e **fixou** os de (A) tempo integral (44 horas semanais), atribuindo-lhe a gratificação de 50% e (B) dedicação exclusiva, com a gratificação de 100% sobre o vencimento fixado para trinta e três (33) horas.

Em face, porém, dessa mudança de estrutura, determinada pela nova lei, que tornou a carga horária de trinta e três (33) horas semanais de trabalho, como horário básico, cuidou o Estado de **reajustar** os níveis dos novos vencimentos em ordem a compensar essa alteração.

Veja-se, a propósito, o que diz a autoridade dita coatora em suas informações (fls. 167 dos autos):

"A gratificação convocatória de 50% prevista pela Lei n.º 4937/65, constituia-se de verdadeira parcela integrativa do vencimento e como parte do tratamento pecuniário básico.

Estava em função do horário de trabalho — 33 horas semanais para nível superior.

8. A vigente Lei n.º 6193/71 não mais prevê a possibilidade de um regime normal de trabalho de 22 horas semanais.

A parcela integrativa — 50% sobre o vencimento básico — **passou a ser incorporada ao vencimento básico, em conseqüência de exigência legal do aumento de horas de trabalho semanal.**

E isso é demonstrável em termos quantitativos de remuneração:

— Em dezembro de 1970, o básico do padrão 15 para 22 horas semanais, correspondia a Cr$ 435,00, que, acrescido de 50% — regime de 33 horas — equivalia a Cr$ 652,50 mensais;

— A partir de 1.º de janeiro do corrente ano (1971), a tabela prevê o vencimento, **para o regime de 33 horas semanais,** de Cr$ 1.200,00.

O acréscimo real de aumento para os impetrantes em 1971, foi de 84% sobre a tabela vigente em 31 de dezembro de 1.970, no regime da Lei n.º 4937/65,...".

6. Legítimo, por sem dúvida, o procedimento do recorrente ao fazer a **revisão de proventos** dos recorridos, eis que baseado em ordenamento legal, cuja validade não foi sequer questionada.

Assim, no caso, não se trata de fixação mas de **revisão de proventos** operada com base na nova lei — 6193/71 —, que para um horário de trinta e três (33) horas de trabalho semanal, **carga horária prevista e cumprida pelos reclamantes,** fixou os vencimentos de Cr$ 1.200,00.

7. Os Recorridos, alegando, todavia, estarem sob o pálio do direito adquirido, querem acrescer **mais** a parcela de 50%, **como se o novo valor de Cr$ 1.200,00 só correspondesse a uma carga horária de 22 horas de trabalho semanal.**

Não procede a pretensão, nem têm eles direito adquirido à manutenção do **status** anterior. A **lei nova, à base do que se há de fazer a revisão dos proventos,** alterou sem ferir direitos de quem quer que seja.

8. R essalte-se, já agora, que a r. sentença do juízo singular deferiu a segurança pelo só fato de situar-se o Diretor-Geral do Tesouro em posição hierárquica inferior a de Secretário de Estado e do Governador, autoridades que haviam firmado os atos de inativação dos interessados.

Veja-se, fls. 187:

> "Não ao Senhor Diretor-Geral do Tesouro, mas ao Senhor Governador do Estado ou ao Senhor Secretário de Estado de Administração competirá, em o exercício de suas prerrogativas legais a expedição de atos normativos de revisão de proventos de inativos. E em a aplicação da Lei 6.193/71, excluir a questionada vantagem, por considerá-la integrada no novo nível básico, ou por decidir, importará a mantença dela em infringir o preceito constitucional escrito em o artigo 102, parágrafo 2.º, da Constituição Federal".

Ora, a prevalecer esse entendimento por ausência de ato de Secretário de Estado e/ou do Governador, os RECORRIDOS não se poderiam beneficiar — enquanto não expedidos os atos de REVISÃO DE PROVENTOS por uma dessas autoridades —, com nada da Lei nova n.º 6193/71 e deveriam continuar percebendo os proventos iniciais da Lei n.º 4937/65, de apenas (computado o básico de Cr$ 435,00 mais 50%, da chamada gratificação: 217,50) Cr$ 652,50.

Diante disso, indisfarçável a contradição da sentença de fls. 181/189, que nega ter o Diretor-Geral do Tesouro competência para o menos e o manda fazer o mais.

Igualmente, não pode subsistir o Acórdão da ilustrada 3a. Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça por ofensivo do texto constitucional (**ut** art. 102, § 2.º), já que confere aos Recorridos **proventos maiores** do que os percebidos pelos **servidores** — (e os próprios **inativos se**) **em atividade** para o mesmo regime de trabalho de 33 horas.

Observe-se, no particular, que a V. Câmara do Tribunal "a quo" se impressionou, **data venia**, com um detalhe, para decidir nos rumos que o fez, que não pode vingar, porque absolutamente irreal. Qual seja, o de que o Estado continuava pagando a mesma vantagem.

Aqui o eqüívoco. O Estado outorga vantagem de igual natureza, não a mesma. De igual natureza porque os **servidores em REGIME ESPECIAL DE 44 HORAS** — que nunca foi o caso dos Recorridos —, ao se inativarem, preenchidos os pressupostos da lei, **INCORPORAM AOS VENCIMENTOS** para efeitos de cálculo dos proventos a gratificação correspondente. Servidores em regime de 33 horas de trabalho semanal, com base nas disposições da Lei 6193/71 ou depois dela, não têm a menor possibilidade de conseguir essa vantagem.

A autoridade dita coatora, em suas informações, **fls. 169**, esclarece:

> "Finalmente, cumpre ainda esclarecer que os casos recentíssimos, arrolados pelos impetrantes, ..., dizem respeito a regimes convocatórios de 44 horas com a respectiva remuneração — 50% de gratificação — (art. 1.º, § 4.º da Lei n.º 6193/71) ..."
>
> Eis a lei n.º 6193/71:
>
> "Art. 1.º — A tabela de vencimentos ... é a seguinte:
>
> .....
>
> § 3.º — O funcionário em regime especial de trabalho receberá uma gratificação calculada sobre o vencimento básico do cargo:

REGIME	GRATIFICAÇÃO
A — 44 horas semanais	50%
B — Dedicação exclusiva	100%

> § 4.º — Os funcionários convocados para o regime de 44 horas, ... ou com duração superior a cinco anos consecutivos ou dez intercalados ...
>
> .....
>
> Art. 7.º — Revogam-se as disposições em contrário ..."

9. Os Recorridos mesmos, de sua vez, se encarregam de mostrar que os atuais servidores, EM REGIME DE TRABALHO DE 33 HORAS SEMANAIS, não logram a vantagem, mas só os que estiverem no regime de 44 horas.

Leia-se o que dizem às fls. 267:

> "O que o quadro...mostra , a final, é que aos atuais servidores em atividade, se vierem a implementar as condições de incorporação da vantagem, serão outorgados proventos **que só serão conseguidos,** comparativamente aos impetrantes, **com duração semanal de trabalho SUPERIOR EM ONZE HORAS.** Só isso".

Pois bem, isso quer dizer 44 horas semanais de trabalho e não 33, já que este não constitui mais regime especial e os vencimentos ao serem fixados tiveram presente essa circunstância. Compensaram. Do contrário, os vencimentos teriam sido fixados em valor menor, exemplificando: Cr$ 800,00 (e já seria considerável aumento para quem tinha Cr$ 435,00) e, ao final, daria o mesmo resultado: Veja-se

22 horas semanais	800,00
33 horas semanais + 50%	1.200,00
44 horas semanais + 100%	1.600,00.

Por outro lado, de que ao regime especial de trabalho deve corresponder uma prorrogação no horário normal previsto para o respectivo cargo, um serviço extraordinário, o que nunca fizeram os Recorridos porque a carga horária normal deles, prevista nas especificações de classe, era de 33 horas de trabalho semanal, dizem-no em o Memorial de fls. dirigido à Sua Excelência, o Senhor Doutor Procurador-Geral da República.

Nesse mesmo documento, afirmam, não sem certa dose de malícia, que estaria o Estado, agindo contraditoriamente, porque, desde janeiro do ano em curso, restabelecera a vantagem retirada na vigência de Lei 6193/71. De fato, com a promulgação de novo ordenamento legal, a Lei n.º 6486, de 20 de dezembro de 1972 que, a par de fixar novos níveis de vencimentos aos servidores do Estado, **reduziu** o **horário de trabalho** dos **classificados** no **padrão 15,** caso dos Recorridos, e criou novos regimes especiais. Veja-se:

> "Art. 12 — O **regime normal de trabalho** para todos os cargos ... classificados no nível superior é **fixado em 22 horas semanais.**
>
> Art. 13 — São estabelecidos para os cargos de que trata o art. 12 desta Lei os seguintes regimes especiais de trabalho, aos quais corresponderá a gratificação a seguir estabelecida, calculada sobre o vencimento:

REGIME	GRATIFICAÇÃO
A — 33 horas semanais	50%
B — 44 horas semanais	100%
C — Dedicação exclusiva	150% ".

Prova-se, destarte, que o recorrente se submete ao disposto na legislação pertinente e não age, como afirmam os Recorridos, de forma contraditória ou caprichosa.

10. No Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a matéria foi apreciada e resolvida dentro da linha adotada pelo Recorrente em, pelo menos, cinco (5) julgados:

a) MANDADO DE SEGURANÇA n.º 15.627 — DF, Impetrantes: Salvador César Obino e Outros, Relator o Senhor Ministro EVANDRO LINS E SILVA, R. T. J. n.º 41, onde se pode ler no voto:

> "Os vencimentos ou proventos são fixados pela Lei (p. 20)".

Ou, nessa outra passagem, no voto do Senhor Ministro ELOY JOSÉ DA ROCHA:

> "O princípio verdadeiro, no entanto, a meu ver, é este: a revisão de proventos se há de realizar segundo a lei atual, e não conforme a lei do tempo da inatividade. **NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO À REVISÃO DOS PROVENTOS, NA CONFORMIDADE DA LEI VIGENTE NO MOMENTO DA INATIVIDADE,** a revisão, que é atual, sujeita-se à lei nova" (grifei, págs. 22 e 23).

b) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 69.536 — PR, Segunda Turma, Rel. Senhor Ministro THOMPSON FLORES, Recorrente: Estado do Paraná; Recorrido: Delly de Carvalho:

> "Funcionário público. Aposentadoria. Proventos. Melhorias futuras. Limitação.
>
> O enunciado da Súmula 359 não autoriza afirmar direito adquirido aos aumentos futuros atribuídos aos servidores em atividade.
>
> Recurso conhecido e provido."

E, mais adiante:
"Procedendo como procedeu, sem reduzir o que percebia o recorrido, como se vê da certidão de f. 19-21, não afrontou o direito adquirido, que inexiste para as melhorias futuras, nem comprometeu o enunciado na Súmula 359".

c) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 70.001: Primeira Turma, Rel. Senhor Ministro DJACI FALCÃO, Recorrente: Virgílio Domingues da Silva Filho; Recorrida: União:

"Funcionário Público. Gratificação — Extinção — Aposentadoria — Direito Adquirido.

— Extintas as gratificações de magistério e nível universitário, o professor aposentado deixa de percebê-las a partir da sua vigência, sem ofensa a direito adquirido".

Sustentando o voto:

"O acórdão recorrido entendeu que extintas as gratificações de magistério em nível universitário, por força da Lei n.º 4345, de 1964, que criou outros níveis de vencimentos, o professor aposentado deixa de percebê-las a partir da sua vigência. Entende, contudo, o recorrente que houve ofensa a direito adquirido.

Em princípio, o servidor sujeito ao regime estatutário, não tem direito à imutabilidade de vencimentos ou mesmo à permanência de qualquer vantagem. Por outro lado, se os proventos da inatividade são regulados pela lei vigente ao tempo da aposentadoria, isso não significa impossibilidade de revisão prevista em lei.

Não há cogitar de ofensa a direito adquirido, inclusive porque, conforme observa o respeitável aresto a lei nova concedeu aumento que compensou a extinção das gratificações. É de se considerar que a mesma se estende aos inativos, não só quanto à extinção das gratificações, mas também no que se relaciona a atualização dos proventos (artigo 21, número 7, que faz remissão à Lei n.º 2622)".

Ut R. T. J. n.º 54, págs. 387 e seguintes.

d) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 70.232 — ES, Primeira Turma, Relator Senhor Ministro DJACI FALCÃO, Recorrente: Estado do Espírito Santo; Recorridos: Lumberto Maciel de Azevedo e Outros, R. T. J. n.º 56, págs. 205 e seguintes:

"Ao servidor inativo, civil ou militar, é assegurado o direito ao reajustamento de proventos, sem que estes ultrapassem os vencimentos daqueles que se acham em atividade (art. 102, parágrafos 1.º e 2.º da Constituição)".

. . . . . .

Na sustentação do voto:

"Ora, conforme declarado pelos votos vencidos de fls. 419 e 424, amparando-se este último no RMS 18.831, e tendo em vista, ainda, a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal consubstanciada nos julgamentos proferidos, dentre outros, nos RE 67713, **in** D.J. ..... 29/12/69; RE 67441, **in** D.J. 10/04/70; RE 68431, **in** D.J. 05/12/69; RE 64085, **in** R T J 49/61; RE 66833, **in** R.T.J. 51/449, não se nega ao servidor inativo, civil ou militar, o direito de reajustamento dos proventos, quando aumentados os vencimentos dos servidores em atividade, em face do princípio constitucional da revisão por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda. NO ENTANTO, VEDADO É APÓS A CARTA DE 67, AO SERVIDOR INATIVO PERCEBER PROVENTOS SUPERIORES AOS VENCIMENTOS DAQUELES EM ATIVIDADE, DE IGUAL CATEGORIA, OU TAMBÉM, COMO SUCEDE NO CASO DOS AUTOS PRETENDER QUE A EQUIPARAÇÃO DE UNS A OUTROS CONTINUE PERSISTINDO, TENDO EM VISTA A DATA DA APOSENTAÇÃO OU PASSAGEM PARA A RESERVA.

AO CONTRARIO DO DECLARADO PELO TRIBUNAL A QUO, INEXISTE DIREITO ADQUIRIDO POR PARTE DOS RECORRIDOS À MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO ANTERIOR, EM FACE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS, ÀS QUAIS SE AJUSTOU A LEI CAPIXABA (Lei 2298/67, fls. 490-491).

IRRESPONDÍVEL SE ME AFIGURA O ENTENDIMENTO ESPOSADO NO PARECER E NOS VOTOS DOS ILUSTRES DESEMBARGADORES VIEIRA BRAGA E CÍCERO ALVES. NA VERDADE, EM FACE DA LEI MAGNA É ASSEGURADO O DIREITO AO REAJUSTAMENTO DE PROVENTOS QUAN-

DO HÁ REVISÃO DE VENCIMENTOS DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE, EM VIRTUDE DA DECADÊNCIA DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA (§ 1.º, do art. 102, da Constituição). CONTUDO, "EM CASO NENHUM OS PROVENTOS DA INATIVIDADE PODERÃO EXCEDER A REMUNERAÇÃO PERCEBIDA NA ATIVIDADE" (§ 2.º, do citado art. 102)".

e) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 76.345 — RS, Primeira Turma, Relator Senhor Ministro DJACI FALCÃO, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorridos: C. S. L. e Outros, julgado em sessão do dia 19/06/73, versando matéria **idêntica** a discutida nos presentes autos e, à **unanimidade**, foi o recurso conhecido e provido para cassar-se a segurança concedida, sob duplo fundamento de inexistência de direito adquirido e por violação ao disposto no art. 102, § 2.º, da Carta Federal.

11. Assim, tal como já foi afirmado, o procedimento do Recorrente longe de ferir direitos, longe de contrariar o magistério ditado por esse Pretório Excelso, longe de vulnerar o que está consagrado na Súmula 359, ao conceder, nos termos e pela forma que o fez, **revisão de proventos** aos Recorridos agiu em conformidade com a lei local e em consonância com o disposto na Constituição Federal (art. 102, §§ 1.º e 2.º).

Mas, **salva reverentia**, prevalecendo a decisão recorrida, os impetrantes passarão a perceber, na inatividade, "proventos superiores aos vencimentos daqueles em atividade, de igual categoria", e em igual regime de trabalho.

Significativo, outrossim, o despacho deferitório de seguimento do presente recurso, fls. 271/272.

> "Ora, na espécie, não houve a retirada da gratificação incorporada à posição individual do servidor, houve apenas a modificação legal e regulamentar. Os jubilados adquiriram o direito de perceber realmente, pelo regime de 33 horas, uma remuneração determinada. Essa remuneração que se pagava com vencimentos e sobre vencimentos, denominada gratificação por regime especial, essa remuneração passou a ser paga apenas com vencimentos. Os sobre-vencimentos se conservaram apenas para o regime de 44 horas semanais. Se perceberem a remuneração das 33 horas, hoje regime normal, mais a "gratificação" de 33 horas, o "bis in idem" resultará na superioridade dos proventos frente aos vencimentos do pessoal ativo, trabalhando as mesmas 33 horas. Evidenciou-se, aliás, que o sobre-vencimentos,ou gratificação de 50%, foi incluída na remuneração das 3 horas, segundo a nova lei estadual .. 6193/71, tanto que houve acréscimo de 84% na tabela de vencimentos (fls. 172). Perceber isso e mais a gratificação de 50%, ultrapassando a remuneração do pessoal ativo, nas mesmas condições, pode realmente ter afrontado o mandamento constitucional".

12. Confia, assim, o Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul, invocando os oportunos e superiores suprimentos dos EMÉRITOS JULGADORES, que essa ilustrada Turma conheça do Recurso e lhe dê provimento para, a final, cassar a decisão recorrida, como medida de realização do direito e inquestionável

J U S T I Ç A !

Brasília, 16 de agosto de 1973.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

JURISPRUDÊNCIA

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 18.129 — Tribunal Pleno — Porto Alegre

Mandado de Segurança. Os convênios devem sempre ser submetidos à homologação da Assembléia Legislativa do Estado (art. 27, inciso XV). Não havendo o convênio estabelecido o início de sua vigência, condicionado, de resto, à homologação da Assembléia Legislativa, podia esta, no exercício de seu poder político, estabelecer o início da vigência, no futuro ou no passado, ou condicioná-la, desde que não retraindo o seu alcance à data ou fatos anteriores à sua celebração. Não há, nisso, alteração do convênio. A renovação da votação constitui incidente processual legislativo disciplinado pelo Regimento Interno (art. 143).

Segurança denegada. Preliminar rejeitada. Votos vencidos.

VIDRARIA INDUSTRIAL FIGUERAS OLIVERAS S. A., requerente;

COLENDA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, coatora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Tribunal Pleno, rejeitada, contra os votos do Des. Emílio A. Maya Gischkow e Dr. Aluisio Maya Barbosa e em parte do Des. Jorge Ribas Santos e Paulo Barbosa Lessa, a preliminar do não cabimento do mandado de segurança, denegar, por votação unânime, a segurança impetrada por Vidraria Indus-

trial Figueras Oliveiras S. A. contra a Egrégia Assembléia Legislativa do Estado, pelos fundamentos que constam das notas taquigráficas anexas, que a este ficam incorporadas.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Clímaco de Mello F.º, Mário Boa Nova Rosa, Júlio Costamilan Rosa, José Faria Rosa da Silva, Lívio da Fonseca Prates, Niro Teixeira de Souza, Jorge Ribas Santos, Paulo Barbosa Lessa, Marcolino Teixeira de Moraes, Sylvio Fonseca Pires, José Dutra, Emílio Alberto Maya Gischkow, e Drs. Paulo David Tôrres Barcellos, Athos Gusmão Carneiro, Aluísio Maya Barbosa, Edson Alves de Souza, José Barison e José Paulo Bisol.

Porto Alegre, 18 de setembro de 1972.

Pedro Soares Muñoz
Presidente com voto

Bonorino Butelli
Relator

RELATÓRIO

O DES. BONORINO BUTTELLI (Relator) — Impetra Vidraria Industrial Figueras Oliveras S. A. mandado de segurança contra ato da Colenda Assembléia Legislativa do Estado, consistente no projeto de Decreto Legislativo n.º 12/72, que homologa o convênio n.º AE 14/71, firmado pelos Secretários da Fazenda de todos os Estados e Distrito Federal em 15/12/71.

Sustenta o impetrante que o convênio não depende da ratificação pela impetrada, tendo força normativa própria, daí o direito líquido e certo de sua imediata incidência para beneficiar-se com isenção do ICM sem a limitação temporal estabelecida no texto definitivo do projeto, pelos legisladores. É que, consoante a redação primitiva do projeto, o benefício retroagiria seus efeitos à data da celebração do convênio, com o que se atingiriam saídas resultantes de coletas de preços anteriores; tendo, depois de aprovado pelo plenário da Assembléia Legislativa, prevendo, "in fini" de seu art. único ... "retroagindo seus efeitos à data da celebração", a Comissão de Finanças e Planejamento retificado o projeto e o fez passar novamente pela aprovação do Plenário, que no final, ficou com o texto reformulado e acrescido

da expressão impugnada — "retroagindo o benefício às operações de saída que correspondam as coletas de preços feitas após a data do convênio".

Argumenta com o§ 2.º do AC/34, dizendo que é regra inserida no art. 23, § 6.º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo o convênio força normativa própria, segundo o CTN (art. 100).

Foi indeferida liminar.

Prestou informações a impetrada, oferecendo textos do convênio e do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado e esclarecendo que o ato legislativo tem assento no art. 27, XV, da atual Constituição do Estado, que o exige expressamente, e que a renovação da votação, de que resultou o texto impugnado, obedeceu ao disposto no art. 143 do seu Regimento Interno. Diz que, pelo art. 182 da Constituição não mais vige o AC/34, pois apenas mantido o A1/5 e os atos posteriores a este, datado de 15/12/68; aduzindo que o art. 23, § 6.º, II, da Carta Magna, ao ordenar a ratificação, obviamente a entende feita pela Assembléia Legislativa, pois esta e o Executivo, em conjunto, manifestam a vontade do Estado. Finalmente, todos os convênios são submetidos à Assembléia Legislativa e representam condição de concedibilidade de isenções e não imposição e automática vigência destas, do que resulta não criarem qualquer direito subjetivo para o contribuinte.

Em seu parecer, o Doutor Procurador Geral da Justiça é pelo não conhecimento, dado que a impetrada não praticou qualquer ato executório concreto e, ainda, que importaria em indébita ingerência em assunto da economia interna de outro Poder, tendo no mérito, que é de ser denegada a segurança, examinado o conteúdo e o alcance do AC/34.

É o relatório.

V O T O

O DES. BONORINO BUTTELLI (RELATOR) — O convênio firmado pelos Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, em 15 de dezembro de 1971, diz com isenção do ICM relativamente às saídas de produtos de origem nacional destinados à instalação, ampliação ou reequipamento de empreendimentos industriais julgados de interesse nacional, quando o fornecimento seja resultante da coleta de preços entre produtores nacionais e estrangeiros, e feito contra pagamento com recursos oriundos de dívidas conversíveis provenientes de financiamento a longo prazo, de instituições financeiras ou entidades governamentais estrangeiras. (Lê).

Esse convênio foi homologado pela Assembléia Legislativa, através do Decreto Legislativo do projeto n.º 12/72. (Lê).

Conforme destaquei no relatório, houve renovação da votação para a emenda da parte final que ficou, definitivamente, no projeto do decreto legislativo, anexo ao convênio, com a seguinte redação: "retroagindo o benefício às operações de saída que correspondam às coletas de preços feitos após a data do convênio".

O Dr. Procurador Geral suscita a preliminar de que a Assembléia Legislativa é parte passiva ilegítima, ausente ato executório complementar, pois o decreto de homologação do convênio, que a impetrante discute como norma abstrata e genérica, e mais ainda, enquanto projeto, — a teor da Súmula n.º 266 — não comportaria mandado de segurança, vale dizer, porque lei em tese.

Considero, porém, que o objeto do mandado de segurança é exatamente uma suposta inconstitucionalidade ou ilegalidade da ratificação, pela Assembléia Legislativa, do convênio, alegadamente já, em si, com força normativa.

Daí por que, envolvendo o mérito do próprio mandado de segurança, deixo de destacar, como preliminar, para sua apreciação juntamente com o mérito. Neste, os fundamentos do pedido, conforme a petição inicial, são: 1.º — que os convênios independem de ratificação, com apoio esta alegação, no Ato Complementar n.º 34.

O Ato Complementar n.º 34, no que interessa, assim diz, em seu § 2.º do art. 1.º: "os convênios e protocolos independem de ratificação pelas Assembléias Legislativas dos Estados participantes"; 2.º — que não podia ser alterado o convênio, sustentando a impetrante, no particular, o seguinte: que o § 1.º do art. 1.º do Ato Complementar n.º 34 e § 6.º determinam que os convênios somente podem ser alterados ou revogados por outro convênio ou protocolo aditivo.

Diz ainda a impetrante: — "parece que esta regra afasta e refuta rigidamente qualquer possibilidade de alteração do textos dos convênios". E acrecenta: "Aliás, não poderia ser de outra forma. Se os Secretários da Fazenda dos Estados reunem-se para firmar um ponto-de-vista relativamente à cobrança e aos favores do ICM, evitando, com isto, a disformidade para os contribuintes de seus respectivos Estados, e, em decorrência, firmam um convênio, incabível seria cada Estado voltar para seu "habitat" e resolver, individualmente, fazer como melhor lhe aprouvesse. O convênio perderia sua finalidade e essência".

Em face destas duas regras fundamentais que protejem o conteúdo jurídico dos convênios, ou seja: não haver necessidade de homologação pelas Assembléias Legislativas dos Estados e,

menos ainda, autoridade para que altere o convênio, teriam sido feridos os dispositivos legais e constitucionais, que são o objeto do mandado de segurança. Daí o alegado direito líquido e certo de auto-aplicabilidade do convênio, já a partir da data em que foi firmado: 30 de dezembro de 1971. Assim, a inconstitucionalidade sob dois aspectos: homologação pela Assembléia, quando desnecessário — a teor do Ato Complementar n.º 34 — e alteração do convênio, pela emenda apontada.

De referência do primeiro fundamento, as informações bem elucidam o tema, demonstrando que cessou a vigência do Ato Complementar n.º 34, na parte em que fazia independer de ratificação, pelas Assembléias Legislativas dos Estados participantes, os convênios e protocolos.

Na verdade, segundo sustenta a impetrada — e é de se acolher sua fundamentação, parece pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que, ao declarar no art. 182 da atual Constituição da República, que continua em vigor o Ato Institucional n.º 5, de 15 de dezembro de 1968, e os demais atos posteriormente baixados, deu o Poder Constituinte Federal, como cessada a vigência de todos os atos institucionais anteriores, e dos atos complementares que, como o de n.º 34, neles tinham o embasamento.

Tal é, de resto, o entendimento deste Egrégio Tribunal, como se vê da decisão da Egrégia 4.ª Câmara Cível, no Agravo de Petição n.º 5.797, e que, na apreciação do recurso extraordinário interposto, mereceu do eminente Des. Júlio Costamilan Rosa, a seguinte assertiva: "É de salientar que o disposto no § 2.º do art. 1.º do Ato Complementar n.º 34, dispensando os convênios de ratificação pelas Assembléias dos Estados participantes, deixou de vigorar a partir da Constituição Federal de 1967. É expressa a Constituição Estadual de 14 de maio de 1967, art. 23, XVII, em que é de competência exclusiva da Assembléia aprovar os convênios em que o Estado for parte. Assim já era, aliás, ao tempo da Constituição Estadual de 1947, art. 46, XX, e somente a isenção concedida por lei já era direito subjetivo ao particular interessado".

Aliás, na vigente Constituição é estabelecido expressamente que os convênios devem sempre ser submetidos à homologação da Assembléia Legislativa do Estado (art. 7, inciso XV).

Alega a impetrante que a Carta Federal, em seu art. 23, § 6.º, II, estabeleceu que "as isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias, serão concedidas as revogações nos termos vigentes em convênios celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em Lei Complementar".

Este mesmo texto, portanto, estabelece que os convênios deverão ser ratificados, e que isto será feito nos termos da Lei Complementar.

É óbvio que a ratificação só pode ser a das Assembléias Legislativas, porque não teria sentido deixar ao Executivo a ratificação dos seus próprios atos.

Percebe-se, da sustentação oral, que a ilustre impetrante não tocou no aspecto da ratificação pela Assembléia. Mas, sua petição inicial e o pedido destacam este fundamento.

Daí por que, embora não referido da tribuna, entendo que é fundamento que deve ser examinado, porque contido na inicial, e que se responde nos termos até aqui postos, ou seja, de que é atribuição da Assembléia aprovar os convênios em que o Estado for parte, à qual, evidentemente, não se pode furtar. Como corolário lógico, a aplicação de cada convênio terá de seguir as normas regimentais de elaboração e deliberação legislativas.

Outros convênios, de resto, foram sempre aprovados pela Egrégia Assembléia Legislativa.

Não há, pois, no tocante ao primeiro fundamento, como acolher a alegação.

No tocante ao segundo fundamento, — embora se pudesse ter como prejudicada, já pela solução dada ao primeiro tema, também as informações da Colenda Assembléia Legislativa bem esclarecem o aspecto relacionado com a alegada alteração do convênio pela Assembléia legislativa — na verdade isto não ocorreu.

O projeto de decreto legislativo aprovado não toca no texto do convênio celebrado entre os Estados. O texto do convênio constitui um anexo do decreto legislativo, e esse decreto legislativo é um instrumento através do qual a Assembléia manifesta sua aprovação ao convênio firmado pelo Poder Executivo.

O Decreto-lei legislativo há de identificar o convênio e, por isso, a sua parte dispositiva sempre contém um resumo do mesmo.

O ato de homologação, aprovação ou ratificação de convênio produz efeitos, naturalmente, a partir de sua publicação e, conseqüentemente, a partir dessa data vigora o convênio, a não ser que diverso momento haja sido avençado pelos convenientes.

No caso, não havendo o convênio estabelecido o início de sua vigência, que, entretanto, estaria condicionado à aprovação da Assembléia Legislativa, ao menos nos Estados que o prevêem, entendeu o Poder Legislativo, como lhe cabia entender no exercício de seu poder político, que estava a seu alcance estabelecer o

início da vigência, no futuro ou no passado, ou condiciná-la, desde que não retraindo o seu alcance à data ou fatos anteriores a sua celebração.

É o que foi feito precisamente pelo texto aprovado para o decreto legislativo, que visa a dar retrooperatividade ao convênio, à data de sua celebração.

As informações mostram que a cláusula final do dispositivo é clara e corresponde à realidade dos fatos.

Se o benefício autorizado visa dar melhores condições de concorrências às empresas locais, pela redução dos preços nas coletas, não podem ser estendidos aos negócios resultantes de coletas anteriores. Nessa parte, de resto, também no mesmo julgado da Egrégia 4.ª Câmara Cível, repreduzido no despacho que apreciou o recurso extraordinário interposto no caso citado, está dito: "Os Estados e Territórios, ao celebrarem convênios, comprometem-se a adotar determinada política fiscal em relação ao ICM. Mas é desnecessário dizer que o convênio não é lei. Também não é contrato no sentido restrito do direito obrigacional. Que repercussão terá na área de direito do contribuinte o não cumprimento pelos Estados ou Territórios, daquilo que todos combinaram através de um convênio? Isto nada mais significa do que a quebra de uma norma programática de política comum em matéria de isenções, sem qualquer influência sobre o direito do contribuinte. Este nada pode exigir pela singela razão de que não é parte do convênio, e nada, igualmente, pode exigir com apoio no convênio porque este não é lei. Se o Estado ou Território deixa de cumprir um convênio, ou retarda seu cumprimento, ou o cumpre apenas em parte, disso não resulta nenhum direito ao contribuinte".

O derradeiro aspecto, focado também na inicial, é o da alteração da disposição final de vigência ao convênio à data de sua celebração, pela renovação da votação.

Nesta parte, é de salientar o disposto no art. 143 do Regimento Interno da Assembléia, que faculta renovação de votação: (Lê).

Não há pois, ilegalidade no projeto legislativo, menos ainda inconstitucionalidade, seja de referência à homologação do convênio — competência da Assembléia nos termos da Constituição Estadual, já cessada a vigência do Ato Complementar n.º 34 que dispensava esta homologação — mesmo ainda quanto à renovação da votação, realizada na conformidade do art. 143 do Regimento Interno, e muito menos ainda quanto à disposição, no Decreto Legislativo, a respeito de sua operatividade.

Nesse passo, de resto, bem explicitada, no julgado a que me referi, da Egrégia 4.ª Câmara Cível, a natureza jurídica dos convênios.

Assim, meu voto é no sentido de denegar a segurança, envolvida no mérito a preliminar apontada pelo parecer do ilustrado Dr. Procurador Geral da Justiça.

O DES. EMÍLIO MAYA GISCHKOW — Sr. Presidente. Tenho que o eminente Relator colocou o mérito em termos irrepreensíveis.

Mas, quer-me parecer que o aspecto preliminar teria que ser enfrentado porque há uma prefacial, não só da ilegitimidade da impetrada, mas também quanto ao cabimento de mandado de segurança contra a lei em tese.

Não evidenciando qualquer ato executório, não seria possível a impetração de mandado de segurança contra o decreto legislativo.

A única exceção prevista é a argüição de inconstitucionalidade, que não é a hipótese dos autos.

Então, ainda que fosse admissível o aspecto de ficar prejudicado o problema da ilegitimidade passiva da Assembléia, restaria a preliminar relacionada com a circunstância de se tratar de simples Decreto Legislativo equiparado à lei em tese, e contra o qual não cabe mandado de segurança, uma vez que não existe nenhum elemento nos autos evidenciador da executoriedade do referido convênio.

De forma que, com a devida vênia do eminente Relator, acolho a preliminar, entendendo incabível o mandado de segurança pelo fundamento que acabo de aduzir.

Acolho a preliminar de que é incabível o mandado de segurança porque se trata de postulação que se dirige contra uma determinação legislativa em tese.

Não existe comprovação alguma de ato concreto de execução de decreto legislativo.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Em face do voto do eminente Des. Emílio Maya Gischkow, pronunciando-se em destacado a respeito da preliminar de que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese, devolvo a palavra ao eminente Relator.

O DES. BONORINO BUTTELLI — Sr. Presidente. Conforme destaquei no início do meu voto, estou em que inocorre a ilegitimidade passiva, porque exatamente o que sustenta a impetrante é a força normativa do convênio. Nisso se apega, daí

defluindo o alegado direito líquido e certo. A Assembléia Legislativa, homologando, estaria praticando o ato violador do alegado direito líquido e certo.

Envolvo a preliminar no mérito.

OS DES. JOÃO CLÍMACO DE MELLO F.º, MÁRIO BOA NOVA ROSA, JÚLIO COSTAMILAN ROSA, JOSÉ FARIA ROSA DA SILVA, LÍVIO DA FONSECA PRATES, NIRO TEIXEIRA DE SOUZA, MARCOLINO TEIXEIRA DE MORAES, SYLVIO FONSECA PIRES E JOSÉ DUTRA E DRS. PAULO DAVID TÔRRES BARCELLOS, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, EDSON ALVES DE SOUZA, JOSÉ BARISON e JOSÉ PAULO BISOL — De acordo com o eminente Relator.

O DR. ALUÍSIO MAYA BARBOSA — Acolho a preliminar, acompanhando o voto do eminente Des. Emílio Maya Gischkow.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — No caso foi argüida a ilegalidade do ato e a sua inconstitucionalidade. De maneira que o Presidente vota, e por isso mesmo foram convocados juízes para completar o quorum constitucional, que é de 20.

A preliminar do não cabimento de mandado de segurança contra lei em tese não tem a generalidade que se lhe quer emprestar. Se a lei produz, direta e imediatamente, lesão ou perigo de lesão a direito individual, líquido e certo, cabe mandado de segurança contra ela. No caso, além de não se tratar de lei, mas de decreto-legislativo, este, consoante a impetrante, obrando inconstitucionalmente, teria, sob pretexto de homologar convênio estabelecido entre os Secretários das Fazendas dos Estados e do Distrito Federal, restringindo a isenção instituída pelo referido convênio. Procedente que seja a alegação, o decreto-legislativo seria passível de controle jurisdicional, pois, em procrastinando o início da vigência da isenção, teria produzido, direta e imediatamente, lesão ao direito da impetrante de gozar da isenção sem outras limitações do que as traçadas no convênio. Tal alegação, por constituir o próprio mérito da controvérsia, só poderá ser apreciada se conhecido o mandado de segurança. Rejeito, portanto, a preliminar, nos termos do voto do Eminente Relator.

O DES. JORGE RIBAS SANTOS — Não há dúvida, Sr. Presidente, de que se trata de decreto legislativo. Mas o que visou este decreto foi a ratificação de um convênio. Assim, as disposições contidas no convênio só entraram em vigor em virtude desse decreto. Elas só se tornaram imperativas, no Estado, após

a ratificação do convênio, que, só então, incorporou-se à legislação estadual. Trata-se, portanto, de diploma legal e não é possível o mandado de segurança contra a lei em tese.

Acolho a preliminar em parte, pois não adoto o fundamento da tramitação irregular do decreto na Assembléia Legislativa.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA — Acompanho o eminente Des. Jorge Ribas Santos.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Rejeitaram a preliminar contra os votos do Des. Emílio Gischkow, Dr. Aluísio Maya Barbosa e em parte dos Des. Jorge Ribas Santos e Paulo Barbosa Lessa.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ), OS DES. JOÃO CLÍMACO DE MELLO F.º, MÁRIO BOA NOVA ROSA, JÚLIO COSTAMILAN ROSA, JOSÉ FARIA ROSA DA SILVA, LÍVIO DA FONSECA PRATES, JORGE RIBAS SANTOS, PAULO BARBOSA LESSA, MARCOLINO TEIXEIRA DE MORAES, SYLVIO FONSECA PIRES, JOSÉ DUTRA, EMÍLIO MAYA GISCHKOW, E DRS. PAULO DAVID TÔRRES BARCELLOS, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ALUÍSIO MAYA BARBOSA, EDSON ALVES DE SOUZA, JOSÉ BARISON e JOSÉ PAULO BISOL — No mérito, denegam a segurança, nos termos do eminente Relator.

O DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — Também, Sr. Presidente. A dúvida que eu tinha consistia em saber se se poderia alterar a data da vigência do convênio. Mas, o eminente Relator demonstrou que a ratificação do convênio deveria ser homologada pela Assembléia. Assim sendo, se esta ratificação era indispensável, acho que a vigência pode e deve ser a partir da data da homologação, e não como pretende a impetrante, que fosse anterior a essa homologação.

É o meu voto.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Mandado de Segurança n.º 18.729, de Porto Alegre — Rejeitada, contra os votos do Des. Emílio Alberto Maya Gischkow e Dr. Aluízio Maya Barbosa e em parte dos Desembargadores Jorge Ribas Santos e Paulo Barbosa Lessa, a preliminar do não cabimento do mandado de segurança, denegaram à unanimidade o mandamus.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 19.972 — Tribunal Pleno
Porto Alegre (*)

Pensão devida aos dependentes de servidores mortos em serviço. A vantagem, pagamento integral da remuneração, correspondente a um conceito unitário do sistema previdenciário. Não é possível pretender cumulação, isto é, pagamento da remuneração integral e mais a pensão do Instituto de Previdência. O benefício previdenciário é uniforme. Mandado de segurança denegado.

TEREZINHA PETERSEN DE CALAZANS, Impetrante; EXMO. SENHOR GOVERNADOR DO ESTADO, Impetrado.

A C Ó R D Ã O

Vistos, etc. Acordam, à unanimidade, integrado neste o relatório de fls. 43 e 44, em Tribunal Pleno, denegar o mandato de segurança, de conformidade e pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas, que ficam integrando o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Desembargadores João Clímaco de Mello F.º, Telmo Jobim, Mário Boa Nova Rosa, Júlio Costamilan Rosa, José Faria Rosa da Silva, Antônio Augusto Uflacker, Pedro Soares Muñoz, Niro Teixeira de Souza, Jorge Ribas Santos, Júlio Martins Pôrto, Paulo Barbosa Lessa, Sylvio Fonseca Pires, Bonorino Buttelli, Garibaldi Almeida Wedy, Antônio V. Amaral Braga e Peri Rodrigues Condessa.

Porto Alegre, 4 de junho de 1973.

Manoel Brustoloni Martins
Presidente
Emílio A. Maya Gischkow
Relator

(*) Vide Pareceres n.º 2153/CGE, RCGERS, vol. 2, n. 4, pág. ..... 249/252 e n.º 2300/CGE, RCGERS, vol. 3, n. 6, pág. 238/248.

V O T O

O DES. EMÍLIO GISCHKOW (RELATOR) — Sr. Presidente. Essa matéria foi regulada primeiramente pela Lei 1751, posteriormente, pela Lei 22.936, a seguir pela Lei 4187 e, finalmente, pela Lei 4937.

A primeira e a segunda estabeleceram a pensão de 2/3 para o servidor que viesse a falecer em decorrência da sua atividade ou em decorrência de agressão ou moléstia profissional.

A Lei 4187 previu o reajustamento das pensões na base de 2/3, sempre que ocoresse aumento da remuneração no padrão ou cargo correspondente dos funcionários a que correspondia a categoria da vítima. Finalmente, a Lei 4937 alterou a matéria, estabelecendo a integralidade da pensão em caso da morte do servidor em acidente no serviço, ocorrência de agressão não provocada ou moléstia decorrente do serviço.

O problema, no caso, é que, falecendo o marido da impetrante em 1954, percebia ela a pensão na base da legislação e, além da pensão inicialmente prevista em 2/3 e depois integralmente, a contribuição previdenciária pelo Instituto de Previdência.

Sustenta a impetrante, decorrentemente, que a vantagem relacionada com o benefício consistiria numa vantagem de natureza estatutária, e que a acumulação relacionada com a parcela previdenciária correspondia a um verdadeiro seguro social, a que estava jungido o servidor.

Este, verdadeiro seguro, como assim é pretendido na inicial, decorria de uma obrigatoriedade e tinha um caráter nitidamente previdenciário, inconfundível com o aspecto estatutário da vantagem.

Por ocasião do relatório, tive a oportunidade de mandar extrair cópias a Vv. Exas. de um parecer da Consultoria Jurídica do Estado e também parte da manifestação do ilustrado Procurador Geral da Justiça.

O parecer da Consultoria Jurídica colocou o problema nos termos de que, na hipótese, não se poderia tratar de acumulação, e traçou um paralelismo com a hipótese da aposentadoria. Agora o eminente Procurador mostrou que, na sua posição, ressalvava a orientação adotada pelo subscritor do parecer do seu substituto. Não seria possível, ao meu ver, com acerto, pretender a identificação pelo aspecto analógico da aposentadoria com o de pagamento da pensão previdenciária. Mas há um aspecto que foi focado no parecer do Dr. Procurador Geral da Justiça, que me parece, em princípio, de muita relevância. O sistema previdenciário, embora organizado sob forma autárquica, corresponde a um todo que incumbe ao Estado. Na organização desse sistema previdenciário, foi estabelecido que o funcionário que sofresse acidente em serviço de que resultasse a morte ou esta decorresse de agressão não provocada, ou ainda na hipótese em que viesse a falecer em decorrência da sua atividade no serviço, a pensão seria integral.

Essa pensão integral não perde o caráter evidentemente previdenciário; é uma compensação que o Estado deu pelos serviços prestados pelo funcionário que veio a perecer em circunstâncias trágicas ou em decorrência de moléstia adquirida no exercício do serviço. Aparentemente formam um complexo unitário. Aqui caberia a interpretação analógica. Em qualquer das hipóteses em que o magistrado ou o representante do Ministério Público venha a falecer em decorrência de sua atividade profissional ou em virtude de agressão ou do próprio exercício da função, seus dependentes têm direito à pensão integral. Mas esta pensão é complementada pelo Estado do Rio Grande do Sul, até o limite em que o juiz ou o promotor teriam direito se estivessem em atividade

A impetrante entende que não existe lei especial a respeito e que, decorrentemente, deveria ser reconhecido o aspecto cumulativo, feita a distinção entre o aspecto estatutário e o sentido previdenciário. Mas o sentido previdenciário, quer-me parecer que é fundamental, e nele está subsumido o aspecto estatutário. É uma vantagem que é concedida.

Seria, a meu ver, uma distinção gritante e injusta se determinadas categorias funcionais, em circunstâncias idênticas, proporcionassem aos dependentes vantagens superiores a outras categorias funcionais. Incide o princípio analógico. Há que ser entendido todo o problema sobre o aspecto previdenciário, e o sistema previdenciário estabeleceu a vantagem aos dependentes de auferirem integralmente os proventos.

A circunstância de ser contribuinte do IPE, que daria aos beneficiários o direito à pensão, não deve ser destacada do aspecto previdenciário que representa o sentido legal que pretendeu dar uma vantagem integral aos dependentes do funcionário morto em virtude de sua atividade funcional.

O Estatuto da Magistratura e o Estatuto do Ministério Público dispõem a respeito, de forma bem explícita, que o Estado

complementará o valor das pensões concedidas pelo Instituto de Previdência e faz remissão aos magistrados, representantes do Ministério Público, falecidos em conseqüência funcional. Este seria o aspecto analógico a interpretar, tendo como suposto o aspecto previdenciário que deve ser interpretado como um todo, sem a bipartição, como pretende a impetrante. Superado este aspecto, como dizia, enfrentaríamos a questão relacionada que a partir de 1954, a impetrante vinha auferindo a pensão decorrente do falecimento do esposo, num trágico acidente, e mais a pensão paga pelo Instituto de Previdência do Estado.

Como ficou resumido no relatório, quando ela refere as circunstâncias de haver sido a pensão ajustada ao limite da remuneração dos funcionários ativos, não poderia — entende a impetrante — o Estado restringir ou limitar o pagamento da pensão que vinha sendo paga. porque estaria ferindo ou lesionando o direito adquirido.

Essa matéria é bastante controvertida e, embora existam respeitáveis opiniões doutrinárias entendendo pela impossibilidade da revisão dos atos administrativos, a não ser quando manifestamente nulos, já foi objeto de manifestação do Pretório Excelso, e inclusive sumulada. A revisão dos atos administrativos é possível pela própria Administração. Uma vez constatada a ilegalidade do ato, não seria possível pretender a subsistência da eficácia desse ato irregular, desse ato praticado ao arrepio da lei, porque não teria condições para caracterizar a constituição de um direito adquirido.

Assim, Sr. Presidente, resumidamente examinados os dois aspectos fundamentais do pedido, denego a segurança.

É o meu voto, Sr. Presidente.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Sr. Presidente. Discutiu-se aqui, com muita ênfase, o problema da instituição de previdência, salientando-se que o IPE paga a parte previdenciária que será, ao depois, em casos excepcionais, complementada pelo Estado. Entendo de modo um pouco diferente: tudo aquilo que as pessoas que não são funcionários recebem, em virtude de terem o esposo ou pai funcionário, se trata de previdência, quer seja paga pelo Estado diretamente, quer seja paga pelo IPE, que é o órgão próprio criado pelo Estado para o atendimento da questão previdenciária. Assim, dentro dessa linha de raciocínio, acho que o art. 154 do Estatuto dos Funcionários Públicos é de clareza solar e de interpretação muito fácil. Verifica-se, através da leitura do dispositivo estatutário, que a pensão deixada pelo fun-

cionário morto em serviço deverá ser integral. Mas jamais se diz que haverá acumulação da pensão integral paga pelo Estado com a parcela que o IPE já vinha pagando. Não há cobertura legal, segundo o meu entendimento, para a pretensão manifestada pela inicial. E, assim, complementando, apenas com esse ligeiro aduzimento, o voto do emiente Relator, também denego a segurança.

O DES. PERI RODRIGUES CONDESSA — Também denego a segurança, de acordo com os votos do eminente Relator e do eminente Des. Braga.

OS DES. LÍVIO DA FONSECA PRATES, TELMO JOBIM, MÁRIO BOA NOVA ROSA, JÚLIO COSTAMILAN ROSA, JOSÉ SILVA, ANTÔNIO AUGUSTO UFLACKER, PEDRO SOARES MUÑOZ, NIRO TEIXEIRA DE SOUZA, JORGE RIBAS SANTOS,. JÚLIO MARTINS PÔRTO,. PAULO BARBOSA LESSA, SYLVIO FONSECA PIRES, BONORINO BUTTELLI e GARIBALDI ALMEIDA WEDY — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. MANOEL BRUSTOLONI MARTINS) — Mandado de Segurança n.º 19.972, de Porto Alegre — "Denegaram por unanimidade".

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA N.º 19.972 — Tribunal Pleno — Porto Alegre

TEREZINHA PETERSEN DE CALAZANS, Impetrante; EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO, Impetrado.

VISTOS, ETC.

1. TEREZINHA PETERSEN DE CALAZANS, inconformada com a decisão prolatada pelo Tribunal Pleno, no julgamento do mandado de segurança n.º 19.972, que ajuizou contra o Senhor GOVERNADOR DO ESTADO, interpõe recurso extraordinário, dizendo-se ao abrigo da letra "c", do inciso III, do artigo 119 da Constituição da República. A decisão teria contrariado direito adquirido da requerente, com o que restou violado o § 3.º, do artigo 153, da mesma Carta Magna.

2. A SÚMULA n.º 473 diz: "A administração pode anular "seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ile- "gais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por "motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direi- "tos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação ju- "dicial". O ponto crucial do decisório atacado, para os objetivos desta decisão, encontra-se no seguinte: "Essa matéria é bastante "controvertida e, embora existam respeitáveis decisões doutri- "nárias entendo pela impossibilidade da revisão dos atos admi- "nistrativos, a não ser quando manifestamente nulos, já foi objeto "de manifestação do Pretório Excelso, e inclusive sumulada. A "revisão dos atos administrativos é possível pela própria Admi- "nistração. Uma vez constatada a ilegalidade do ato, não seria "possível pretender ã subsistência da eficácia desse ato irregular, "desse ato praticado ao arrepio da lei, porque não teria condições "para caracterizar a constituição de um direito adquirido". (Fls. 53).

O ato que a impetrante acoima de ilegal foi considerado lícito pelo acórdão recorrido, cuja conclusão decorre da interpretação das seguintes normas: a) Lei Estadual n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952; b) Lei Estadual n.º 2.936, de 21 de setembro de 1956; c) Lei Estadual n.º 4.187, de 6 de novembro de 1961; d) Lei Estadual n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965. Trata-se, pois, de típica legislação estadual. Ora a SÚMULA n.º 280 estabelece que "por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

Não admito o apelo derradeiro.

Publique-se e intimem-se.

Porto Alegre, 9 de outubro de 1973.

Manoel Brustoloni Martins
Presidente

APELAÇÃO CÍVEL N.º 15.347 — 2.ª Câmara Cível Especial
Porto Alegre

— Teto de vencimentos de servidores públicos. Ação de cobrança de diferenças de vencimentos, até ao limite dos subsídios do Governador. Vinculação entre Desembargadores, Secretários de Estado, Deputados e Governador. Aplicação dos arts. 30, § 1.º, e 119, da Constituição do Estado de 1947, do Decreto Legislativo n.º 2481, de 15-12-66, do art. 13, inc. VI das Constituições Federais de 1967 e de 17 de outubro de 1969, bem como do Decreto Legislativo Federal n.º 70, de .... 1.º-12-66. O teto instituído no citado art. 13, inc. VI, da Const. Fed. de 67 e reproduzido na de 69, para os subsídios dos Deputados Estaduais, também limitou os subsídios do Governador, por força do Dec. Legislativo estadual n.º 2481, operando, ainda, a desvinculação dos legisladores do Estado dos Desembargadores, com repercussão limitativa aos vencimentos de todos os funcionários estaduais. Ação improcedente. Apelação desprovida.

ANTERO AMARAL SIMÕES, VICTOR BIRNFELD, CESAR COUTO, RIO BRANCO GUILHERME OLIVA, GUILHERME RUBIM E OUTROS, apelantes;
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, apelado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam, em votação uniforme, em 2.ª Câmara Cível Especial, integrados neste o relatório retro e as notas taquigráficas anexas, em negar provimento à apelação, pagas as custas pelos apelantes.

Participou do julgamento, além dos signatários, o exmo. Sr. Dr. José Barison.

Porto Alegre, 2 de junho de 1972.

Pedro Soares Muñoz
Presidente

Dr. Edson Alves de Souza
Relator

VOTO

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA (RELATOR) — Sr. Presidente, o pedido formulado pelos autores é o seguinte: que o Estado seja condenado a lhes pagar a diferença de estipêndios entre o que efetivamente receberam e o que deveriam receber, tomado como teto o subsídio atribuído ao Governador a partir de 31 de março de 1967.

No caminho percorrido na inicial, até chegarem ao seu fecho, onde enunciam o pedido, vão expondo os fatos e examinando os diferentes diplomas legais que consideram pertinentes ao caso, conforme se viu no relatório. Também se pôde observar no mesmo que a pretensão dos demandantes assenta fundamentalmente nas vinculações que existiam ao tempo dos fatos geradores dos supostos direitos deles.

Recapitulando e resumindo, tem-se: pelo art. 119 da Constituição Estadual de 1947, os desembargadores estavam vinculados aos Secretários de Estado para efeito de fixação de vencimentos. A seu turno, nos termos do art. 30, § 1.º, introduzindo na mesma Constituição pela Emenda Constitucional n.º 9, de 30 de novembro de 1960, a parte fixa dos subsídios dos deputados ficou equiparada ao vencimento dos desembargadores. Finalmente, o art. 1.º do Decreto Legislativo n.º 2481, de 15 de dezembro de 1966, dispôs que "o subsídio mensal do Governador do Estado, no período de 31 de janeiro de 1967 a 31 de janeiro de 1971, é fixado no dobro da parte fixa do subsídio do deputado, acrescido da representação de 25%."

Completou-se, destarte, o ciclo de vinculações que viria repercutir nos estipêndios dos postulantes, segundo eles sustentam.

Cumpre, pois, inicialmente, assentar os elementos que caracterizam a vinculação e lhe são essenciais: a) o ligamento expresso entre duas ou mais categorias ou classes de servidores; b) a fixação de proporção de estipêndios entre elas.

Pelo ligamento ou vínculo, a melhoria pecuniária atribuída a uma categoria acarreta necessariamente a melhoria para a outra ou as outras vinculadas.

Quanto à proporção de estipêndios entre elas, pode ser em termos de inferioridade, de paridade ou de superioridade. O que importa é que haja proporção de remuneração entre as classes vinculadas, o que vale dizer que, sem proporção, se descaracteriza a vinculação no sentido administrativo de que aqui se cogita.

Ora, partindo-se desse conceito, tem-se de convir que o art. 13, VI, da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, extinguiu a vinculação até então existente entre a parte fixa dos

subsídios dos deputados locais e o vencimento dos desembargadores, ao estatuir que os primeiros não poderiam receber mais que dois terços do que recebessem os deputados federais. A imposição desse teto aos subsídios dos parlamentares estaduais importou necessariamente na destruição da vinculação em causa, porque o termo da relação de estipêndios para eles passou a ser o valor que fosse atribuído aos parlamentares federais e não mais os vencimentos dos membros do Tribunal de Justiça do Estado. Assim, poderia acontecer que os desembargadores fossem beneficiados com um, dois ou mais aumentos de vencimento, sem qualquer repercussão nos subsídios dos deputados locais, desde que permanecessem estacionários os subsídios dos federais, aos quais estavam jungidos por aquela relação — teto de dois terços no máximo. E isto basta para evidenciar a extinção da referida vinculação.

De outra parte, a norma constitucional em referência foi mantida na Carta Política Federal de 17 de outubro de 1969, no mesmo art. 13, VI, apenas com diferente redação, mas idêntico sentido. Conseqüentemente, quando a augusta Mesa da Assembléia fez expedir o Boletim do Serviço de Pessoal n.º 25/67, determinando se confeccionassem as folhas de pagamento com a parte fixa dos subsídios dos Srs. Deputados estabelecida em Cr$ 1.600,00, com remissão à Resolução do Tribunal de Justiça de 1.º de junho de 1967 e determinando se observasse o teto instituído no citado art. 13, VI, da Constituição Federal de 1967, já não mais vigorava a vinculação com os desembargadores, mas o novo teto instituído no citado dispositivo constitucional, sendo de consignar-se que dito boletim foi expedido em 20 de julho de 1967 e publicado no "Diário Oficial" do Estado de 24 do mesmo mês, retroagindo seus efeitos a 31 de março de 1967, data em que entrou em vigor o novo nível de remuneração dos Secretários de Estado, nos termos do art. 1.º da mencionada Lei n.º 5452, de 7 de março de 1967. Vê-se, pois, que a própria Assembléia Legislativa reconheceu auto-aplicabilidade imediata àquele dispositivo constitucional limitativo dos subsídios, por isso mesmo determinando fosse observado o teto em questão.

Como, de outra parte, em razão do Decreto Legislativo Federal n.º 70, de 1.º de dezembro de 1966, os subsídios dos deputados nacionais estavam fixados em Cr$ 1.200,00, o teto para os estaduais correspondia a Cr$ 800,00, equivalente aos dois terços mencionados. Então, quer se tenha como extinta a vinculação entre os deputados locais e os desembargadores a partir de 15 de março de 1967 — Constituição Federal de 1967, art. 13, VI, combinado com o art. 189 — quer se considere que o mesmo diplo-

ma político federal apenas instituiu teto aos ganhos dos legisladores estaduais, parece indiscutível que esse teto não poderia deixar de ser observado quando se cuidasse de fixar os subsídios do Governador pela forma prevista no art. 1.º do Decreto Legislativo Estadual n.º 2481, de 15 de dezembro de 1966, o que significa que, estando os estipêndios dos ditos parlamentares limitados em Cr$ 800,00, a remuneração do Governador não poderia exceder a Cr$ 2.000,00, isto é, Cr$ 800,00 vezes 2 1/2. É de concluir-se, pois, dessas considerações, que a determinação da colenda Mesa da Assembléia, inserta no Boletim do Serviço de Pessoal referido, no sentido de computar a parte fixa dos subsídios dos deputados no valor de Cr$ 1.600,00, tinha eficácia apenas limitada, como estava explicitamente reconhecido na mesma determinação, quando mandava observar o limite instituído no dito art. 13, VI da Constituição Federal então vigente. Em outros termos, a eficácia da elevação dos subsídios ia até o limite de 2/3 dos atribuídos aos legisladores federais. Obviamente, portanto, além de tal limite o reajustamento era ineficaz. Mas eis que surge então novo problema de interpretação: a ineficácia além daquele limite se referia apenas aos próprios deputados ou também se estendia aos subsídios do Governador? Sustentam os autores que o limite tantas vezes mencionado dizia respeito tão só aos componentes da Assembléia Legislativa, já que se deveria distinguir entre atribuir ou estabelecer e pagar. Assim, como o dispositivo constitucional apenas vedava se pagasse aos deputados estaduais quantia superior ao teto em questão, nada impediria que se lhes atribuíssem subsídios superiores, desde que não fossem pagos além do teto constitucionalmente fixado.

"Data venia", embora correto o raciocínio, não aproveita à tese dos postulantes. Realmente, como a vedação era de que se pagasse quantia superior ao teto em referência, teoricamente poderiam ser atribuídos subsídios várias vezes superiores ao valor que poderia ser pago. A parte excedente constituiria como que uma reserva de cobertura legal para os futuros aumentos que viessem a resultar da elevação do teto, dispensando-se, pois, novos provimentos legislativos. Daí, porêm, não se pode tirar a conclusão pretendida pelos autores porque importaria em admitir duas partes fixas de subsídios: uma para ser efetivamente paga aos deputados e outra para servir de base aos subsídios do Governador. Isso conflitaria claramente com o citado Decreto Legislativo n.º 2481, que estabelecia os subsídios do Chefe do Executivo no dobro da parte fixa do dos deputados, mais 25% a título de representação. Ora, parece evidente que a parte fixa mencionada só poderia ser a efetivamente recebível pelos parlamentares. De outra parte, a ser correta a tese dos autores, então o Governador

não iria receber duas vezes e meia a parte fixa dos subsídios dos deputados, mas três ou quatro vezes mais, em completo desrespeito ao decreto citado. Em síntese, pois, não tendo revogado ou alterado aquele diploma legislativo, manteve a Assembléia a mesma proporção existente entre o Chefe do Executivo e os parlamentares locais e decorrentemente ficou também o Governador vinculado ao teto estabelecido no art. 13, VI, da Constituição Federal, embora em diversa proporção que os deputados. À luz das normas até aqui examinadas resultou então que o teto dos subsídios do Governador ficou em Cr$ 2.000,00, ou seja, Cr$ 800,00 mais Cr$ 800,00 igual a Cr$ 1.600,00, mais 25%, igual a Cr$ .. 2.000,00. A esse valor corresponderia igualmente o teto para os ora apelantes e sendo irrelevante o argumento de que o Chefe do Executivo vinha recebendo Cr$ 2.250,00.

Em derradeiro, pois, se os autores efetivamente receberam até esse limite, superior ao legal, nada há que deferir na sua pretensão.

Finalmente, uma palavra sobre a auto-aplicabilidade do art. 13, VI, da Constituição Federal de 1967, reproduzido no mesmo artigo e inciso do vigente estatuto político de 17 de outubro de 1969. Expondo a doutrina sobre princípios e critérios de interpretação de disposições constitucionais, com remissão a eminentes publicistas de diversos países, escreveu Carlos Maximiliano, comentando a Constituição Federal de 1946: "Pelo simples fato do advento de novo estatuto supremo, quaisquer disposições legislativas ou regulamentares contrárias ao seu espírito ou à sua letra, não mais se observam. Ruem automaticamente. Não mais surgem, perduram ou se renovam os seus efeitos. O poder constituinte é absoluto. Só se admitem exceções a essa regra peremptória, quando expressas no próprio Código básico, isto é, nos casos em que a norma suprema faz depender o seu cumprimento da promulgação de um diploma ordinário. A esse respeito a Jurisprudência do Pretório Excelso é pacífica" ("Comentários à Constituição Brasileira de 1946"), v. 1, p. 149 a 150, 4.ª edição, 1948).

Com esses fundamentos, Sr. Presidente, nego provimento à apelação, pagas as custas pelos apelantes.

V O T O

O DR. JOSÉ BARISON — Sr. Presidente. Acompanho o voto do eminente Relator, permitindo-me apenas referir que a cadeia de relação entre os vencimentos dos Secretários de Estado, Desembargadores, Deputados e Governador, estabelecida pelo Decreto n.º 2481, de 1966, resultou truncada desde a regra do art. 13, VI, da Constituição Federal de 1967, reproduzida no art. 13,

VI, da Emenda Constitucional n.º 1. Assim, deixou de operar-se automaticamente desde 1967 a referida relação, pois o aumento concedido pela Resolução do Tribunal de Justiça aos Desembargadores já não era extensivo aos deputados. De outra parte, nenhuma providência legislativa foi adotada para fixar os subsídios do Sr. Governador a partir da Lei n.º 5452, de 7 de março de 1967, que fixou os vencimentos e representação dos Srs. Secretários de Estado, a exemplo da Resolução do Tribunal de Justiça e do ato da Mesa da Assembléia Legislativa, quanto a esta já existente lei federal que disciplina os subsídios dos deputados de maneira diversa. Não houve, pois, outro subsídio atribuído ao Sr. Governador, prevalecendo o que ele continuou a receber.

Assim, nenhuma ilegalidade existe na recusa do Estado em pagar aos autores importância superior aos subsídios que o Governador vinha percebendo, único fixado em lei.

Acompanho o voto do eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Consoante ficou explicitado do voto e do relatório produzidos pelo eminente Relator, o pedido dos apelantes remonta a 01 de março de 1967. De lá para cá cumpre distinguir dois períodos: o primeiro período vai de 31 de março de 1967 a 30 de outubro de 1969. O segundo período começa nessa data e se prolonga até o ajuizamento da ação ou, quiçá, até que a situação de direito não se tenha alterado, uma vez que se dê ao pedido o efeito de pedido com trato sucessivo.

Relativamente ao primeiro período, estou em que irrelevantes são os Atos Complementares n.ºs 24, 27 e 30 quando tratam da vinculação. E irrelevantes são esses Atos Complementares porque o pedido, remontando a 31 de março de 1967, é contemporâneo à vigência da Constituição promulgada a 24 de janeiro de 1967 e que entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano. O disposto a respeito de vinculação aplicável é o que se encontra na Constituição em referência e não os constantes de legislação revolucionária anterior.

Concordo com o eminente Relator no sentido de que o art. 96 da Constituição de 1967 não proibia a vinculação de estipêndios ou de vencimentos entre deputados e desembargadores e deputados e Governador do Estado. E não proibida porque esse dispositivo alcança apenas o pessoal do serviço público do Estado, como ressalta de maneira inequívoca dos termos da regra constitucional. E os Membros dos Poderes do Estado — Governador, deputados, e desembargadores — por serem tais, não se confundem com o chamado pessoal do serviço público.

Mas a vinculação estabelecida pela legislação estadual entre a parte fixa dos subsídios dos deputados com os vencimentos dos desembargadores e a proporção entre a parte fixa dos subsídios dos deputados com a do Governador, veio de ser alterada, quando não afastada, pelo art. 13, VI da Constituição de 1967. Este dispositivo contém a proibição de pagar, a qualquer título, aos deputados estaduais, mais de dois terços dos subsídios e ajuda de custas atribuídos em lei aos deputados federais.

Portanto, a partir da vigência da Constituição de 1967, das duas uma: ou terminou a vinculação estabelecida pela legislação estadual ou permaneceu. Mas permaneceu segundo o teto que a Constituição impôs. Se desapareceu, "tollitur quaestio"; se permaneceu com o teto previsto no art. 13, VI, "tollitur quaestio" também no que se refere às pretensões dos apelantes, porque o teto, ao invés de ter subido, teria baixado, eis que o Governador perceberia Cr$ 2.000,00 e não Cr$ 2.250,00 como vinha percebendo.

Este é o fundamento, que foi exposto pelo eminente Relator, que autoriza a confirmação da sentença pela sua conclusão, no que se refere ao período que vai de 31 de março de 1967 a 30 de outubro de 1969.

A partir desta última data, 30 de outubro de 1969, mister se faz que se enfrente uma nova situação de fato e de direito, que deu contornos singulares a este período, diferenciando-o do anterior. É que anteriormente, ou mais precisamente a 23 de outubro de 1969, foi editada pelo Sr. Secretário da Fazenda a Portaria n.º 864, fixando os vencimentos dos funcionários da Fazenda, tendo em vista a média de arrecadação do ICM entre os meses de janeiro a outubro. Nesse período os vencimentos já não mais obedecem propriamente à proporção com a arrecadação contemporânea ao cálculo, mas obedecem a um cálculo que tem por base a arrecadação passada.

Assim procedeu o Sr. Secretário da Fazenda em face da proibição expressa no art. 196 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de dezembro de 1969, que dispõe: "É vedada a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa."

Essa portaria, considero-a flagrantemente ilegal. Portaria num Estado de direito, jamais foi meio de fixar vencimentos a funcionários públicos. Se a Constituição proibiu que os funcionários da Fazenda percebessem vencimentos proporcionais a arrecadação, cumpria ao Estado imediatamente encaminhar ao Legislativo um projeto-de-lei regulando, com efeito quiçá retroope-

rante ,os vencimentos; jamais pretender contornar, como pretendeu contornar, o mandamento constitucional através de uma portaria.

Digo que é ilegal, sem cogitar de sua constitucionalidade, porque expresso é o art. 8.º do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado no sentido de que os vencimentos dos cargos públicos obedecerão a padrões fixados em lei. Só a lei pode fixar padrões, jamais portaria.

Assim sendo, o meu voto afina inteiramente com os votos do eminente Relator e do eminente Revisor para negar provimento à apelação, não pelos fundamentos expostos na sentença, que não os aceito, mas pelos fundamentos que acabam de ser expostos pelos membros da Câmara. — Apelação Cível 15.347, de P. Alegre — Negaram provimento à apelação.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 20.178 — TERCEIRA CÂMARA CÍVEL — Porto Alegre

Funcionário público — Abandono de cargo — Inquérito Administrativo — Enquanto não definitivamente julgado o feito ou determinado, por autoridade competente e com suporte legal, o afastamento do servidor, não pode ele ser privado do exercício de suas funções. Agravo desprovido.

JUIZ DE DIREITO DA 2.ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA, requerente;

CATHARINA MARIA BARBOSA LIMA SCHWAB e ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (Diretor do Colégio Est. "Júlio de Castilhos"), agravados.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em 3.ª Câmara Cível, à unanimidade, negar provimento ao agravo de petição, de conformidade com as notas taquigráficas inclusas e que integram o presente acórdão. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. PAULO BOECKEL VELLOSO.

Porto Alegre, 05 de abril de 1973.

Des. Niro Teixeira de Souza
Presidente

Des. Antônio V. Amaral Braga
Relator

RELATÓRIO

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Sr. Presidente. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Catharina Maria Barbosa Lima Schwab, professora do Ensino Médio, lotada no Colégio Estadual Júlio de Castilhos, contra o diretor do mesmo estabelecimento de ensino. Diz a impetrante que no dia 27 de janeiro de 1970 encaminhou à direção do Colégio um pedido de licença para tratar de interesses particulares pelo prazo de 12 meses, pedido este que foi deferido, conforme despacho, por imperiosa necessidade. Assim, a impetrante entrou em licença, sem qualquer ônus para o erário. Sucede que o setor de pessoal da SEC, no dia 23 de maio de 1970 opinou contrariamente à sua pretensão e pela 1.ª Delegacia Regional da SEC solicitou ao diretor do Colégio que desse ciência à impetrante da opinião do setor de pessoal aludido. Em maio de 1970, o referido setor mandou carta à impetrante, carta essa que lhe foi dirigida por intermédio do estabelecimento de ensino, a qual não lhe chegou às mãos. Depois, foi convocada pelo jornal para que lá se apresentasse, mas esse documento não foi publicado. Posteriormente, a impetrante voltou, ao terminar o período de licença, ao estabelecimento de ensino, mas o diretor se negou a que ela reassumisse o cargo. Ela solicitou pela via administrativa a volta para o cargo, ocasião em que o Secretário da Educação e Cultura, ao indeferir seu pedido, determinou a abertura de processo administrativo por abandono de cargo. Submetida ao referido processo, o diretor do Colégio não permite que assuma a sua cadeira ou entre em exercício de suas funções, ato esse que ela considera ilegal, de vez que não se encontra afastada do Colégio por meio de um ato qualquer emanado de autoridade competente.

A inicial foi convenientemente instruída com todas as peças referidas.

O Dr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública concedeu a liminar, entendendo relevante o fundamento do pedido, e soli-

citou informações, que foram prestadas pelo diretor do Colégio Estadual Júlio de Castilhos. Nas informações, depois de dizer que a impetrante gozou licença para tratar de interesses particulares no período de 1.º.03.1967 a 1.º de maio de 1968, tendo em março de 1970 entrado com requerimento solicitando nova licença, essa licença foi concedida pelo então diretor, embora contrariasse dispositivo legal ou seja, o art. 151 da Lei 2338, de 1954, o qual estipula que só poderá ser concedida nova licença depois de decorridos dois anos da terminação da anterior.

No dia 24.03.1971, ela reassumiu e afastou-se novamente, no mesmo dia, sem que deixasse qualquer explicação para o fato. Daí a razão por que foi contra ela instaurado o competente inquérito administrativo, para verificação da falta grave de abandono de cargo.

Foi colhido parecer do Dr. Promotor Público junto à Vara, no qual, na sua parte final, diz que juridicamente o abandono de cargo só existe após decisão definitiva em processo administrativo, não havendo, conseqüentemente, como obstar-se o retorno às funções de funcionário com faltas reiteradas além do limite permitido.

Manifestou-se, então, o representante do Ministério Público pela concessão do "mandamus", e o juiz acolheu o parecer, concedendo o mandado e recorrendo de ofício.

Nesta instância, manifestou-se o eminente Dr. Procurador da Justiça no sentido de ser mantido o "writ", de acordo com os fundamentos contidos no parecer do Dr. Promotor Público e na decisão de primeiro grau. Salienta S. Exa. que, enquanto não for proferida decisão definitiva no processo administrativo ou não for, no curso deste, determinada pela autoridade competente a suspensão da impetrante, não se encontra a mesma impedida de retornar às suas funções.

É o relatório.

V O T O

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — RELATOR —

Sr. Presidente. Nego provimento ao recurso.

Realmente, ficou demonstrado, nos autos, que a professora requereu licença para tratamento de interesses por 12 meses e após o término, no dia imediato, foi novamente ao Colégio e requereu nova licença, sucedendo daí que o então diretor do estabelecimento de ensino estadual, possivelmente por desconhecer a legislação pertinente, deferiu a nova licença.

O Processo seguiu os canais burocráticos competente e, aí, ficou esclarecido que, de acordo com a lei, essa professora, antes de decorridos dois anos do término da primeira licença, não poderia gozar uma segunda licença. Por esse motivo, o novo diretor do Colégio, comunicando o fato à Secretaria de Educação, que mandou abrir inquérito administrativo contra ela por abandono de cargo, não permite que ela reassuma suas funções.

Creio, como entendeu o eminente magistrado de primeiro grau e como também entenderam os dois representantes do Ministério Público que funcionaram no feito, que a autoridade impetrada está agindo a descoberto da lei. O funcionário público estável não pode ser privado de sua atividade sem que haja um comando legal autorizador do afastamento. No caso, a simples circunstância de ela estar sendo submetida a inquérito administrativo por abandono de cargo não significa que enquanto o inquérito não for definitivamente julgado, não possa ela continuar no exercíco de suas funções.

Ao que se colhe, não foi ela suspensa, nos termos do art. 268 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, única hipótese em que poderia, sem estar julgado o inquérito administrativo, ficar afastada de suas funções. Não havendo nenhum comando legal, emanado de autoridade competente, autorizador do seu afastamento, o ato do impetrado se reveste de ilegalidade.

Assim sendo, confirmo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

O SR. PRESIDENTE — DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — De acordo.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — De acordo.

O SR. PRESIDENTE — DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — A decisão é a seguinte: Negaram provimento.

SENTENÇA DO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1.ª VARA PRIVATIVA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA

Vistos, etc.

1. MADEIREIRA SOCORRO LIMITADA, sediada em Vacaria, em alongadas considerações, impetra mandado de segurança contra Julgamento do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, buscando eximir-se do recolhimento, então de Cr$ ....

130.793,49, referente a tributos originados da transferência de pinheiros de Maria de Lourdes Noronha Pinto para a firma da impetrante.

Alinha a requerente diversas teses para fundamentar sua posição.

1.º — Não houve saída de pinheiros do estabelecimento produtor de Maria de Lourdes Noronha Pinto pois que a Serraria situa-se nas mesmas terras do pinheiral, sendo Dna. Maria sócia oculta da sociedade em conta de participação que mantém com a impetrante, representando os pinheiros sua cota na "sociedade"; inexistindo, assim, saída do produto, inexiste a incidência do imposto e, portanto não há a hipótese de diferimento do tributo.

2.º — Pelo fornecimento dos pinheiros a proprietária não recebeu um "quantum" certo mas sim partilhou, percentualmente, os resultados, confirmando a existência da sociedade, não se justificando a exigência fiscal.

3.º — Como os dispositivos legais que versam sobre o diferimento da incidência do imposto foram julgados inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Estado, inexiste diploma legal que confira ao Estado o direito de exigir a tributação.

4.º — Com o respaldo na Súmula 536 do S. T. F. alega que "se no caso subjudice houvesse saída, esse diferimento se subsumiria ante o fato da exportação para o exterior do produto industrializado, eis que se trata de operação integrada".

5.º — Por fim, invoca o princípio constitucional da não cumulatividade que impede a exigência do recolhimento integral do imposto como pretende o fisco.

Alicerça o extenso petitório em volumoso dossier, constante dos autos do processo administrativo, cópia dos contratos de parceria industrial e de julgados do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Estadual.

II — Requerida a liminar, esta foi concedida em despacho de fls. 40; as informações solicitadas foram apresentadas através do Presidente do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais que arrola diversas considerações, fundamentando a posição daquele Órgão e da Fazenda Estadual.

Preliminarmente, impugna a pretensão da requerente, entendendo-a carecedora de mandado de segurança, de vez que pende recurso administrativo a respeito da matéria.

No mérito, refuta a pretensa sociedade posto que não possui personalidade jurídica, não cabendo falar-se em integralização de quota de capital através de pinheiros de propriedade de Maria

de Lourdes Noronha Pinto, decorrendo daí a ocorrência de fato gerador com a "transmissão" da propriedade das mercadorias para a firma impetrante.

Da mesma forma insiste na tese de que a operação inicial, embora com sua incidência diferida não está ao abrigo da imunidade, pois que esta se dirige a produtos industrializados.

Traz, em abono a posição da Fazenda, julgados de 1.ª e 2.ª instâncias, juntando farto material a respeito.

O Dr. Promotor Público manifestou-se pelo cabimento do mandado, entendendo que o recurso administrativo não impede o ajuizamento desta ação, pronunciando-se, no mérito, pela denegação da ordem, porquanto caracterizou-se a circulação com a saída dos pinheiros do produtor para a Serraria, além de que a venda sobre a qual pesa o imposto, embora diferido, não se relaciona, diretamente, com o produto industrializado para a exportação.

III — Como bem salientou o Dr. Promotor, não procede a preliminar suscitada nas informações da impetrada de descabimento do mandado de segurança em face de pendência de recurso administrativo, isto porque o recurso já fôra garantido por caução, além de que, como pedido de reconsideração, não teve efeito suspensivo, como comprovam as informações do processo 1/73 (fls. 108/116), motivando o pedido liminar; nesta ação, concedida conforme despacho de fls. 40.

Na citada lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, Rev. dos Trib., 2.ª ed., 1966, pg. 563 e sgs.), a lei admite, ainda, mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo desde que se exija caução para o seu recebimento.

Na espécie, o recurso administrativo, além de garantido por caução (fls. 44), não foi amparado pela suspensão.

Em decorrência, cabe o conhecimento do presente mandado de segurança.

IV — Como tese inicial, sustenta a impetrante inexistir a operação, objeto da reclamação fiscal, porquanto não houve saída de pinheiros do estabelecimento produtor de propriedade de Dna. Maria de Lourdes Noronha Pinto para a firma requerente, uma vez que tanto o pinheiral como a serraria localizam-se no mesmo imóvel, além de existir entre a proprietaria dos pinheiros e a firma impetrante uma sociedade em conta de participação, constituindo a entrega dos pinheiros, integralização da quota de capital da sócia oculta.

A própria requerente não deposita muita confiança nessa argumentação, embora repetida na inicial, aduzindo outros fundamentos; ademais, no recurso de fls. 109/110, endereçada ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, apenas em uma linha — item 6 — alega não haver circulação tributável face a existência de parceria.

Na lição do eminente professor Waldemar Ferreira (Tratado de Direito Comercial, 3.º vol., Ed. Saraiva, 1961, pg. 527 e sgs.), a sociedade em conta de participação existe apenas nas relações entre os sócios e não com terceiros; sociedade oculta confunde-se com a pessoa natural ou jurídica, sob cuja firma se apresenta, valendo tão só para "uso interno". As relações que entre os sócios se estabelecem são relações de correntistas, ou seja, de crédito e débito, não se podendo pretender seja viável a integralização de qualquer quota ou parcela de "capital", através da participação do sócio oculto, quando inexiste a sociedade legal.

Aliás, os contratos de parceria industrial, anexados aos autos, não revelam a finalidade de integralizar qualquer quota de capital, mas, sim, especificamente, de industrialização de determinado número de pinheiros.

Qual o objetivo de tais contratos, senão uma garantia de uma transação entre as partes, representando, também, uma tentativa de burlar o Fisco com artifícios que não convencem e que não conseguem ilidir um fato certo, envolvendo circulação, que é a transmissão de bens pertencentes ao sócio oculto e que passa para a propriedade do sócio aparente, não para uma sociedade inexistente.

Ocorrendo saída de mercadoria do produtor para a firma comercial ou industrial, não importa se dentro de um mesmo imóvel, há incidência do tributo.

V. Presente à espécie a existência de uma transação — saída de pinheiros da propriedade de Dna. Maria de Lourdes Noronha Pinto para a firma impetrante, fato reconhecido na inicial que insiste em inúmeros outros fundamentos, resta perquirir da procedência ou não da ação fiscal em reclamar da requerente o estorno relativo ao imposto diferido da operação inicial para a etapa posterior.

Aqui, levanta a impetrante rebatidos orgumentos com base em decisórios, não só do Tribunal de Justiça do Estado como do Supremo Tribunal Federal, suscitando a tese da atividade integrada uma vez que o diferimento estaria subsumido na imunidade.

Entretanto, tais arestos não se aplicam ao caso, especialmente, pela alteração do preceito constitucional relativo à não incidência na hipótese da exportação de produtos industrializados.

A requerente não comprova a exportação da medeira para o exterior, isto sim, a venda às firmas "Irmãos Iochpe S. A." e "Iochpe Exp. Pinho S. A.", ambas de Vacaria (fls. 48/51), oportunidade em que lhe cumpria recolher o imposto diferido na 1.ª etapa, quando da aquisição da matéria prima do produtor; observa-se, através das citadas notas que o pagamento à proprietária dos pinheiros era feito através de duplicatas, com vencimentos certos, a demonstrar, mais uma vez, a inexistência de uma real participação nos lucros da pretendida sociedade por parte de ambos os sócios.

Pontes de Miranda (Com. à Const. de 1967 com a Em. n.º 1, tomo II, pg. 514 e sgs.) deixa claro que a imunidade se caracteriza pela destinação do produto "ab initio"; não se caracterizando a destinação, não há imunidade. Esclarece, ainda, que "se a operação não é para a remessa ao exterior mas para a empresa que adquire para si a mercadoria ou para vendê-la, mesmo que costume vender para o exterior, a destinação não se perfaz.

Nos referidos contratos de parceria se insiste na industrialização dos pinheiros, inclusive com aproveitamento das sobras (cláusula 11.ª), sem qualquer referência à destinação para o exterior.

Em decisão anexa aos autos pelo impetrado (fls. 117/131), do ilustre colega da 2.ª Vara da Fazenda Pública, relativa à espécie semelhante, se destaca, com propriedade e clareza, a seguinte fundamentação:

"Por força da organização fiscal gaúcha, a saída antes referida deixou de pagar o I.C.M. de imediato: o recolhimento ficou diferido para a operação seguinte. Argumenta a impetrante que, sendo dita operação seguinte imune ao I.C.M. por força do artigo 23, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1, e sendo esta imunidade extensiva a todas as operações que destinavam o produto industrializado ao exterior, o diferimento estaria subsumido na imunidade. Não tem qualquer procedência dita tese. Basta recordar que a operação que o Fisco está pretendendo tributar no caso dos autos não é circulação de algum produto industrializado, sim a da matéria prima anterior à industrialização. A operação "integrada" de exportação protegida pela imunidade constitucional somente se refere aos "produtos industrializados", obviamente não alcançando as operações anteriores à industrialização. "In casu", o tributo exigido à impetrante, por diferimento, é aquele que havia recaído sobre a saída de pinheiros, antes de

serem transformados em madeira industrializada. A declarada inconstitucionalidade do artigo 25, inciso IX, da Lei n.º 5.373, em nada aproveita a tese da impetrante".

VI — Todavia, não bastassem tais considerações, é de se invocar a autoridade inconteste de outros julgados do S.T.F. e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado.

Em recente pronunciamento, o S.T.F. reafirma a inaplibilidade da não incidência na venda de matéria prima à firma exportadora, pois que "imune à tributação é o produto exportável, inexistindo na exigência de pagamento do ICM devido pelo produtor da matéria prima e de recolhimento diferido para outra oportunidade qualquer ofensa a texto constitucional." É ao produto exportável ou às operações que o destinem ao exterior que se refere a imunidade e não à matéria prima. (Agravo n.º 56.439 — RS., D. O. da União de 25/2/73, pg. 1025/6).

A mesma tese é sustentada em acórdão da 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça (agravo n.º 18.348).

VII — Evidente, pois, a responsabilidade da impetrante pelo pagamento do imposto, porquanto na hipótese de diferimento, quem promove a saída subseqüente da mercadoria se torna obrigado ao recolhimento do tributo.

Isto posto, entendendo correta a posição do Fisco, já então amparada por decisão do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, DENEGO o mandado de segurança impetrado por Madeireira Socorro Limitada, cassando-lhe a medida liminar e condenando-a ao pagamento das custas.

Comunique-se, intime-se e registre-se.

Porto Alegre, 26 de julho de 1973.

Celso Luiz F. Gaiger
Juiz de Direito

ÍNDICE

Pág.

ABANDONO DE CARGO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO
Agravo de Petição n.º 20.178 — T. J. R. G. S. 276

AÇÃO DECLARATÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Athos Gusmão Carneiro) 17

APOSENTADORIA. PROVENTOS
Memorial em Recurso Extraordinário (Orlando Giraldi Vanin) 237

CARGO PÚBLICO. NOMEAÇÃO POR CONCURSO INANULABILIDADE DO ATO (parecer 2331/CGE).
Confirmando-se o ato de nomeação com as leis vigentes à data de sua prática e eperfeiçoando-se o mesmo pela posse do nomeado, não cabe o seu desfazimento, para efeito de retornar o servidor à sua anterior posição funcional 161

COBRANÇA JUDICIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A FALÊNCIA, A (Maurício Azevedo Moraes) 77

COMÉRCIO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1969, ART. 15, II. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO. (parecer 2383/CGE)
É o Município competente para legislar sobre horário do comércio, respeitadas as prescrições da legislação do trabalho. Aplicação da Súmula 419 do S. T. F. 220

CONVÊNIOS. HOMOLOGAÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO
Mandado de Segurança n.º 18.129 — T. J. R. G. S. 253

Pág.

DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREA DE TERRA PARA A INSTALAÇÃO DE DISTRITO INDUSTRIAL. (parecer 2381/CGE)
A declaração de utilidade pública deve ser feita, de regra, por decreto do Poder Executivo, nele convindo a especificação do caso visado, sendo dispensável a prolação de lei ratificando-o. Desapropriação parcial. Possibilidade de não implicar em impedimento de destinação do bem ao fim previsto. Doação dos bens expropriados. Admissibilidade quando se enquadrar na destinação prometida. Alienação do bem declarado de utilidade pública. Efeitos 150

EMPRESA PÚBLICA, ORDEM JURÍDICA E CONDICIONAMENTO POLÍTICO. (José Hugo Castro Ramos) 93

ENFOQUE SISTÊMICO DA ATIVIDADE JURÍDICA DOS ESTADOS (Ana Maria Landell de Moura & Clarita Galbinsky) 85

ESTÁGIO PROBATÓRIO. (parecer 2399/CGE)
De acordo com o Estatuto do Funcionário Público do Município, para efeito do estágio será contada a interinidade no mesmo cargo, ou o tempo de serviço prestado em outros de provimento efetivo, desde que não tenha havido solução de continuidade. Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso 200

FATO GERADOR DO ICM, O (José Maria Rosa Tesheiner) 133

FUNCIONALISMO ver páginas 147, 161, 186, 192, 200, 210, 237, 263, 268 e 276

FUNDOS ESPECIAIS, NATUREZA JURÍDICA (parecer 2390/CGE)
O Fundo Operação Empresa — FUNDOPEM/RS, instituído pela Lei Estadual n.º 6427, de 13 de outubro de 1972, é serviço público, autônomo na gestão financeira dos recursos que foram vinculados aos seus objetivos, mas carente de personalidade jurídica própria, cabendo assim a sua representação, como parte que é da Administração Direta Estadual, ao Senhor Governador do Estado 222

Pág.

GRATIFICAÇÃO NATALINA A FUNCIONÁRIO PUBLICO (parecer 2444/CGE)
Pode o município instituir tal remuneração enquanto não for fixado limite em lei federal preconizada no art. 13, inciso V, da Carta Magna. A regra da paridade não incide quanto a esferas distintas do sistema federativo. Parecer do Tribunal de Contas relativo à gestão financeira é atividade auxiliar da fiscalização exercida pelo legislativo sobre as contas municipais, e não tem força vinculativa. Inteligência do art. 16 e seu parágrafo 1.º, da Constituição Federal. A Gratificação natalina não pode ser estendida ao chefe do Executivo por haver óbice à alteração dos subsídios prefeiturais na legislação em causa 210

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (parecer 2422/CGE)
se compreendem dentro das custas processuais. As custas são cotadas em favor da parte vencedora. Os preceitos da Lei n.º 4.215/63 são ordenamentos dispositivos, enquanto o conjunto de normas legais aplicáveis aos servidores públicos são cogentes, afastando a incidência daquelas. Servidor público tem vencimentos fixados em lei, em conformidade com o cargo titulado, sendo defeso o estabelecimento de outras formas de remuneração. Arts. 196 da Constituição Federal e 105 da Lei Orgânica do Município de Esteio 227

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS
Sentença do Sr. Dr. Juiz de Direito da 1.ª Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública 279

IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS "MORTIS CAUSAE". FATO GERADOR (Parecer 2382/CGE)
O fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis "mortis causae" ocorre pela simples verificação do óbito do autor da herança, independentemente da transmissão fáctica dos ditos bens aos herdeiros legítimos ou testamentários. Súmulas 112 e 183 do S. T. F. Distinção entre o momento em que o imposto é devido, porque já ocorreu o respectivo fato gerador, é aquele em que ele pode ser pago, dependente do lançamento da partilha 216

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DO URBANISMO (Sérgio Ferraz) 61

Pág.

LEASING, ICM E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO (Fernando de Vasconcellos Coelho) 41

LICENÇA-PRÊMIO (parecer 2427/CGE)
Sua conversão em moeda corrente é possível no Município de Pinheiro Machado, porque prevista em sua Lei n.º 405, de 1971. Férias. A conversão em pecúnia contraria a natureza do instituto 186

PENSÃO DEVIDA AOS DEPENDENTES DE SERVIDORES MORTOS EM SERVIÇO
Mandado de Segurança n.º 19.972 — T. J. R. G. S. 263

PODER DE POLÍCIA (parecer 2392/CGE)
O livre ingresso de servidores estaduais às praças de esporte durante a realização de espetáculos de jogos de futebol destina-se a possibilitar o exercício pelo Estado de seu poder de polícia. Apenas os servidores em serviço e, mais, que aí, durante a realização do espetáculo, devam desempenhar suas funções, tem livre ingresso às praças de esportes por ocasião dos jogos 164

PREFEITO E VICE-PREFEITO (parecer 2402/CGE)
Viabilidade do pagamento de subsídios e verba de representação, concomitantemente, a ambos, em razão de impedimento do titular 157

PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, OS (Joaquim Correia de Carvalho Júnior) 25

SERVIDOR FERROVIÁRIO. REVISÃO DE PROVENTOS (parecer 2420/CGE)
Interpretação e aplicação do art. 4.º e parágrafo único da Lei n.º 3828/59 extensiva aos servidores ferroviários ex vi do disposto na Lei 4345/62 192

TETO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS
Apelação Cível n.º 15.347 — T. J. R. G. S. 268

TRIBUTOS ver páginas 25, 41, 77, 133, 216 e 279

VEREADOR (parecer 2329/CGE)
Não pode ocupar cargo em comissão de Oficial de Gabinete do Prefeito, por ser demissível "ad nutum"; se o fizer, perde o mandato 147