



**REVISTA DA**

**CONSULTORIA-GERAL**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RCGERS	Porto Alegre	v. 3	n. 5	p. 1 a 300	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)



Catálogo elaborado pela  
Equipe de Pesquisa e  
Documentação da CGE.

**EUCLIDES TRICHES** — Governador do Estado

**Orlando Giraldi Vanin** — Consultor-Geral

**COMISSÃO DE REDAÇÃO**

**Valdocyr Santa Scamozzon** — Coordenador

**Ellen Gracie Northfleet** — Assistente

**José Maria Rosa Tesheiner**

**Jorge Arthur Morsch**

**Dilmo Mocedo Machado**

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

Couto e Silva, Clóvis V. do	A Hipoteca no Direito Comparado . . . . .	13
Lourenço, Evandro Ramos	Os Créditos Preferenciais e sua Classificação . . .	53
Meirelles, Hely Lopes	Jazida e Concessão de Lavra . . . . .	71
Ramos, Romeo de Almeida	Ilegalidade da Ordem de Serviço POS n.º 4/71 do Presidente do BNH	87
Tesheiner, José Maria Rosa	A Execução Fiscal e o Novo Código de Processo Civil . . . . .	91
Wald, Arnaldo	Do Conceito de Emissão e de Oferta Pública na Legislação do Mercado de Capitais . . . . .	97

### PARECERES

Borba, Bartolomé	Gratificação Adicional . .	115
Cabral, Armando Henrique Dias	Brigada Militar . . . . . Vereador — Subprefeito	117 119
Couto e Silva, Almiro R. do	Poder de Polícia — Gás Liquefeito . . . . . Tempo de Serviço . . . . .	126 127

Cunha, Wenceslau Souza da	Auxílios e Subvenções..	129
Filippi, Adaury Pinto	Prefeito — Aumento de Subsídios (acompanhado de ofício do Sr. Consultor-Geral) .....	136
	Verba de Representação.	146
Hüllen, Renita Maria	Taxa de Conservação de Estradas . . . . .	152
Leal, Caio Martins	Laudêmio . . . . .	156
Miller, José Carlos Torres	Contribuição de Melhoria . . . . .	161
	Subsídios e Verba de Representação do Prefeito (acompanhado de ofício do Sr. Consultor-Geral) . . . . .	164
Monteiro, José Joaquim	Quinquênios . . . . .	169
Rodrigues, Emílio	Aposentadoria (acompanhado de despacho do Sr. Consultor-Geral)..	173
Sá, Ney	Perda de Cargo (acompanhado de ofício do Sr. Consultor-Geral)..	187
Silva, Celeste Pacheco da	Doação . . . . .	197
Soares, Mário Nunes	Vereador . . . . .	204
	Desapropriação Indireta.	208
	Vereança . . . . .	212
	Ato Administrativo (acompanhado de ofício do Sr. Consultor-Geral) . . . . .	218
Souza, Benoni Silveira	Pedido de Reconsideração	227
Vanin, Orlando Giraldi	Acordo de Empréstimos.	234
Zacchia, José	Aposentadoria (acompanhado de despacho do Sr. Consultor-Geral)..	236

## TRABALHOS FORENSES

Tesheiner, José Maria Rosa;  
Moraes, Maurício Azevedo  
& Morsch, Jorge Arthur

Mandado de Segurança.. 245

## JURISPRUDÊNCIA

Ação de Locupletamento fundada em cambial não registrada

Recurso Extraordinário n.º 74.241 — RS. .... 251

Imposto sobre Circulação de Mercadorias — Acácia Negra

Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n.º 56.439 — RS. 253

Desconto em folha para Resarcimento da Fazenda Pública em razão de danos causados por servidor público

Despacho em Recurso Extraordinário nos Autos do Agravo de Petição n.º 19.002 — T. J. R. G. S. .... 256

Agravo de Petição n.º 19.002 — T. J. R. G. S. 257

Parecer do Sr. Procurador da Justiça no Agravo de Petição n.º 19.002 T. J. R. G. S. .... 261

Direito da Fazenda Estadual de cobrar seus Créditos Fiscais por meio do competente Executivo, sem se habilitar em Processo de Falência

Mandado de Segurança n.º 19.317 — T. J. R. G. S. . . . . . 263

Importação para o Ativo Fixo — Imposto sobre Circulação de Mercadorias

Recurso de Revista n.º 15.451 — T. J. R. G. S. 269

Imposto sobre Circulação de Mercadorias — Aproveitamento de Crédito Fiscal	Apelação Cível n.º 18.388 T. J. R. G. S. . . . .	278
Imposto sobre Circulação de Mercadorias — Responsabilidade do sucessor pelos Débitos fiscais do sucedido	Agravo de Petição n.º 18.131 — T. J. R. G. S.	282
Transação em Executivo Fiscal	Agravo de Petição n.º 18.433 — T. J. R. G. S.	288
Imposto sobre Circulação de Mercadorias — Ação Anulatória de Lançamento Fiscal	Sentença do Sr. Dr. Juiz de Direito da 2a. Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública . . . .	291

DOUTRINA

## A HIPOTECA NO DIREITO COMPARADO

Clóvis do Couto e Silva (\*)

1. A hipoteca, atualmente, apresenta semelhanças não só nas legislações dentro dos sistemas de direito continental, como também entre estas e a da "common law". Em decorrência das necessidades sempre crescentes da economia moderna surgem, em todos países, lesões ao princípio da acessoriedade da garantia real a um crédito, bem como a outro princípio básico da hipoteca tradicional, o da indivisibilidade. O princípio da acessoriedade excepciona-se em virtude de admitirem certos códigos e legislações as dívidas imobiliárias, as hipotecas pré-constituídas, não vinculadas a nenhuma relação creditícia que lhes sirva de suporte. Outras modificações ocorrem quanto à execução, pela possibilidade de ser efetivada de modo extrajudicial, com o que se evitam as demoras do processo de execução hipotecária.

Dogmaticamente, a hipoteca insere-se no conceito mais geral dos negócios jurídicos de disposição. Nosso Código Civil não construiu com simetria a teoria das alienações e a da constituição de ônus ou gravames, quando se cuida de examinar a eficácia do registro de imóveis, ou sua constitutividade. O registro, em nosso direito, é constitutivo para as alienações e meramente elemento de eficácia quanto às garantias reais sobre imóveis. No direito brasileiro, a hipoteca existe "inter partes" antes ainda de ser levada a inscrição no registro imobiliário, quando então sua eficácia se estenderá a terceiros. Nossa jurisprudência corrigiu a anomalia, mas não deu à constitutividade do registro, em matéria hipotecária, todas as conseqüências, pois não se tem admitido hipoteca sobre bem próprio. Por fim, a hipoteca se presta a um estudo de direito comparado porque através dele se verifica que a mobilização da riqueza imobiliária suscita em todos

---

(\*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da U. F. R. G. S.,  
Membro da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil.

os sistemas instrumentos jurídicos semelhantes, ainda que não tenham, aparentemente, nenhum ponto de contato como sucede entre o nosso sistema hipotecário e o da "common law".

§ 1.º: A Hipoteca medieval e a "mortgage" da "Common law".

2. No sistema romano e na maioria das legislações modernas não se conferiu a faculdade ao credor pignoratício, anticrético ou hipotecário de adquirir a propriedade do bem dado em garantia. Impede-se, assim, a aposição de cláusulas comissórias. No direito medieval e na "common law", consagrou-se a possibilidade do credor hipotecário tornar-se titular do domínio se a dívida não fosse adimplida em seu vencimento. A hipoteca é "hipoteca de coisa". O desenvolvimento histórico da figura no direito medieval e na "common law" demonstra uma progressiva transformação da "hipoteca de coisa" em hipoteca sobre o valor do bem gravado.

A construção inicial da hipoteca, no direito medieval, era a de alienação em garantia, ou seja sob condição resolutiva do adimplemento da dívida (1). Nessa época, como a posse do bem dado em garantia passava ao credor, não diferia a hipoteca do penhor. A alienação assumia, por vezes, a figura de venda com pacto de retrovenda com escopo de garantia de um empréstimo. Era possível realizar a alienação em garantia sob condição suspensiva do cumprimento da dívida. A vantagem, no caso, era do devedor que podia reter a posse e conseqüentemente usar e fruir a propriedade. Normalmente a hipoteca era de uso e fruição, podendo o credor perceber os frutos e rendimentos, o que não sucedia com o penhor. Facultava-se, na hipoteca, a ambos os figurantes do vínculo convencionar que os frutos e demais utilidades compensariam o uso do dinheiro dado em empréstimo, seja simplesmente para abater os juros — hipótese em que poderia haver suspeita de usura — ou o principal. No direito franco, denominava-se a primeira possibilidade de "mortgage" e a segunda, de "vifgage".

Constituem ambas as formas — logo se percebe — modalidade de anticrese, ainda previstas em muitos códigos. A denominação "mortgage" é bastante exata para exprimir a idéia de que o bem gravado ficava "inerte" ou "morto" para o seu proprietário. Quando se convencionava que as utilidades do imóvel percebidas pelo credor compensariam o principal, então dizia-se que o bem gravado era operante, estava "vivo" e trabalhava pa-

(1) Otto von Gierke, Schuld und Haftung, pág. 26 e segs., ed. 1910 (1969)

ra o devedor, extinguindo progressivamente a dívida (vifgage). Esse primeiro conjunto de normas, ou estatuto, tinha o "nomen juris" de "engagement". (2)

Era comum verificar-se que o direito do credor de adquirir o bem gravado quando o devedor não adimplia sua obrigação lesava a este, pois o imóvel, em regra, possuía valor superior ao crédito. Para evitar o dano, a hipoteca evoluiu no sentido de possibilitar ao credor vender o bem gravado, no geral judicialmente, devendo devolver a quantia que excedesse ao crédito que se denominava de "hyperocha". Nessa fase, a hipoteca recaía sobre o valor do imóvel onerado e conferia a pretensão de vender judicialmente o bem, e, com isso, solver a dívida. Essa transformação ocorreu porque em algumas cidades medievais a hipoteca deixara de ter a feição de anticrese, não conferindo ao credor a faculdade de fruir a substância do bem gravado, tendo o devedor a posse imediata e o credor o direito de excutir o bem hipotecado. Denominou-se, no direito franco, a esse estatuto de "obligation".

Com todas essas modificações, surgiu a virtualidade de hipotecar-se mais de uma vez o imóvel, pois o credor não detinha a posse imediata e revelava-se o princípio das "parcelas de valor" da propriedade, de modo que, se o primeiro gravame não abrangesse a totalidade do valor do imóvel, podia o resíduo ser novamente onerado e assim até a exaustão (3).

3. O direito hipotecário da "common law" tem suas raízes nos sistemas hipotecários medievais anteriores ao estatuto da "obligation" e foi introduzido para garantir transações com mercados estrangeiros. A própria denominação "mortgage" revela sua origem. (4)

No direito inglês, atualmente, ao cabo de uma longa evolução, a hipoteca abrange na sua estrutura tanto o direito do credor tornar-se proprietário ("hipoteca de coisa"), quanto o de vender o bem gravado judicialmente ou extrajudicialmente ("hipoteca de valor"). Mas não são as únicas faculdades que a "mortgage" confere ao credor ("mortgagee"), pois tem ainda o direito de tomar posse do imóvel gravado, para abater progressivamen-

(2) H. Mitteis, Deutsches Privatrecht, pág. 92, ed. 1950

(3) H. Mitteis, Deutsches Privatrecht, pág. 92.

(4) O termo "mortgage" é segundo Littleton (cerca de 1470) poderia também significar que se o pagamento da dívida não se efetivasse, a propriedade ficaria "morta" para o devedor, i. é, ele a perderia para sempre. (Walsh, "On Mortgages", pág. 4, N. Y., 1934).

te a dívida que não foi solvida à data do adimplemento, seja quanto ao principal ("vifgage"), seja quanto aos juros ("mortgage"), podendo, para isso, designar um terceiro para administrá-lo e compensar-se com os frutos.

Tão tradicional era o direito inglês, que no século XVII, a hipoteca se constituía através da convenção de transferência da propriedade plena ("fee simple") com a cláusula ou pacto de retransmissão ("reconveyance") ao devedor com o pagamento da dívida na data fixada.

Esse pacto conferia ao credor a garantia e um lucro com a utilização do imóvel e com o inadimplemento. A "Equity" procurou abrandar a possibilidade do credor lucrar com o devedor, de modo que se aquele pretendesse tomar posse do bem hipotecado deveria pagar um aluguel compensador. O direito de remir ("right of redemption") o imóvel hipotecado, que cabia ao devedor, não ficava mais adstrito ao prazo fixado na convenção, já que a "Equity" poderia determinar ser esse direito exercitável até a época em que fosse declarada a preclusão judicial ("foreclosure") do aludido direito de remição. Assim, o inadimplemento deixou de operar como uma condição, posto que a consolidação definitiva da propriedade em mãos do credor dependia de uma decisão da "Equity", facultando-se, até esse momento, ao devedor o exercício do direito de remir. Modificação igualmente significativa, para transformar a "mortgage" em mera garantia e não em fator de extorsão e lucro do credor, foi a possibilidade da "Equity", no processo de preclusão, verificar se o bem gravado tinha valor superior ao da dívida e, na hipótese afirmativa, determinar sua venda e atribuir ao credor a quantia necessária à solução da dívida e ao devedor o remanescente.<sup>(5)</sup>

O conjunto dessas medidas alterou fundamentalmente a estrutura da hipoteca de modo que o direito que tem o credor de tomar posse, por exemplo, tornou-se desinteressante em face da necessidade de pagar um aluguel ou arrendamento fixado judicialmente. Em razão disso, tornou-se comum a aposição nos contratos de hipoteca da cláusula de que o inadimplemento do devedor autorizaria ao credor vender a terceiros o bem gravado e ressarcir-se de suas despesas, devolvendo o restante ao devedor. A faculdade de vender extrajudicialmente o imóvel gravado tornou-se direito estatutário desde o Lord Cranworth's Act, em 1885

A dificuldade maior para verter o direito inglês em termos de direito continental de tipo romanístico, está em que os con-

(5) Megarry — Wade, *The Law of Real Property*, pág. 842 e segs., ed. 1964.

ceitos e a estrutura de certas figuras não são iguais na "common law" e na "Equity", embora em princípio vigore a regra "Equity follows common law". Antes da grande reforma instituída pela "Law Property Act", em 1925, na "common law" o credor hipotecário tinha propriedade plena dos bens gravados e um direito à posse imediata; o devedor era apenas titular do direito de remição, que se exercita com o cumprimento da obrigação, direito esse que se assemelha ao que decorre da nossa retrovenda.

A concepção da "Equity" é totalmente diversa e se aproxima ao estatuto da "Obligation" com uma construção típica dessa jurisdição especial. Considerou-se a princípio o devedor hipotecário como "cestui qui trust", dando-lhe em consequência a propriedade "beneficial owner" (6), de modo que aparentemente o proprietário seria o credor, mas em realidade esta permanecia com o devedor. Por fim, chegou-se a admitir que embora não tivesse o devedor o direito de remir antes do vencimento do mútuo, detinha ele na "Equity" a propriedade do bem, embora sujeita a um ônus, gravame, ou vínculo ("lien"). O credor hipotecário, por sua vez, é apenas titular de um direito real de garantia em coisa alheia, que se denomina no direito inglês de "incumbrance". (7) A concepção da "Equity" de que o devedor tem sua propriedade apenas onerada se aproxima da noção atual, que tem seu fundamento no estatuto medieval da "Obligation" e o termo "lien" revela bem essa procedência.

A "Law Property Act" (1925) adotou as concepções da "Equity" pois o devedor é proprietário pleno, tendo o credor um ônus ou gravame em garantia de uma dívida. É da natureza da hipoteca do direito inglês a possibilidade de preclusão do direito de remir o gravame, com a consequente integração do bem gravado no patrimônio do credor e o direito de tomar posse do imóvel, no caso de não haver o devedor na data do vencimento da dívida prestado o principal ou os juros, com a finalidade de compensar-se do empréstimo realizado. Esses remédios conflitam, de modo que iniciado o processo de preclusão não se pode pretender a posse do bem para abater progressivamente a dívida. Afora isso, existe a faculdade de vender o bem extraindo-lhe o valor, seja judicial, ou extrajudicialmente pelo próprio credor, ou por terceiro se houver sido convencionado.

Estabelecido o processo de preclusão do direito de remir, tem o devedor, ou qualquer outra pessoa que possa sofrer prejuízo, o direito de requerer que o imóvel seja vendido judicial-

(6) Walsh, *On Mortgages*, pág. 12.

(7) Megarry — Wade, *The Law of Real Property*, pág. 846.

mente, com o que se evitam muitas situações iníquas. Para isso, basta verificar o que sucederia com os demais credores hipotecários se esses não pudessem objetar contra o desenvolvimento do processo de preclusão. Conferiu-se ao credor desde 1885 ("Lord Cransworth's Act") o direito estatutário de vender o bem privadamente, para satisfazer-se com o seu valor. Discutiu-se, no direito inglês, qual a posição do credor, como titular do direito de vender privadamente, e a opinião predominante é a de que ele não seja fiduciário do "power of sale". Entretanto, ainda que não detenha essa qualidade no pertinente ao poder de venda, ele é "trustee" dos procedimentos resultantes da venda ("proceeds of sale"); ao satisfazer o seu crédito, tem o dever de pagar os demais credores hipotecários, todas as despesas, devolver o saldo, acaso existente, ao devedor, segundo uma ordem estabelecida na "Law Property Act". (8)

A alienação efetiva pelo credor tem a natureza de uma venda forçada. Não está, por isso mesmo, obrigado a procurar quem dê melhor preço, ou estabelecer alguma forma de concorrência ou licitação privada como medida preliminar à alienação. Apesar de tudo, não pode vender com a intenção de prejudicar o devedor ou os demais interessados, nem adquirir o imóvel ainda que por interposta pessoa.

Verifica-se pelas faculdades contidas na estrutura da "mortgage" que ela não corresponde perfeitamente à hipoteca do direito continental, pois faculta — o que já não é comum — ao credor através da preclusão judicial tornar-se proprietário do bem gravado; permite-se ainda a venda extrajudicial do imóvel pelo credor, sem que se considere a este como fiduciário do devedor e proprietário, quanto ao "poder vender"; por fim admite-se como modalidade de execução a transformação da hipoteca em anticrese, fruindo o credor as utilidades e compensando, por esse meio, a dívida. Vemos que a hipoteca inglesa é também acessória a um crédito, embora tenha, neste particular sofrido importantes alterações.

Assim, a hipoteca de coisa futura não é permitida pela "common law", que a tem como nula. Todavia, a "Equity", de longa data, a considera válida como contrato implícito de gravar o imóvel ainda inexistente, quando o devedor o adquirir (9). Lesão mais grave ao princípio da acessoriedade encontra-se quando o devedor vende a propriedade gravada, ou seja, a "Equity of redemption", a um terceiro; se este solver o débito, adquire a seu favor a hipoteca.

(8) Megarry — Wade, The Law of Real Property, pág. 866.

(9) Walsh, On Mortgages, pág. 55.

Tem-se aí uma hipótese que fere frontalmente o aludido dogma da acessoriedade, podendo o gravame ser cedido a outrem, mantendo sua prioridade. Certamente, o mesmo não sucede quando o próprio devedor é o proprietário e solve, porque, neste caso, ele está adimplindo sua obrigação e, segundo o direito inglês, não teria sentido manter a hipoteca em seu favor. Com essa solução, melhora-se o "status" econômico dos demais credores hipotecários (10).

4. A "common law" americana, obviamente, guarda muita semelhança com o direito inglês, mas seu desenvolvimento não seguiu inteiramente a mesma orientação, em pontos fundamentais. Não se pode desconhecer que a legislação a respeito é estadual. Um aspecto relevante do direito americano em face do direito inglês reside na atitude de recusa em aceitar os princípios da "Equity" pelas antigas colônias ao se tornarem estados independentes, pois não tinham confiança nos poderes da Chancelaria, por lembrarem-se das faculdades conferidas aos "Royal Governors". Somente se reconheceu à "Equity", nos Estados Unidos, a categoria de um verdadeiro sistema jurídico, a partir da segunda década do século passado. (11) A transposição para o direito americano do conceito de hipoteca segundo a "Equity" ocorreu algum tempo antes, em 1809, num caso famoso, Jackson v. Willard, em que o "chief justice" Kent estabeleceu a natureza da "mortgage", traduzindo o conceito usual na "Equity": "the courts of law inclined to look upon a mortgage, not as a state in fee, but as mere security of debt". (12)

A hipoteca é, também lá, em princípio, estritamente acessória e a sua natureza é de mero vínculo, ônus ou gravame, não dando lugar a que o credor possa exigir a posse do bem hipotecado, para fruir-lhe a substância. O devedor ("mortgager") é proprietário do imóvel gravado a menos que se disponha de modo diverso.

À sua vez, considera-se a preclusão como forma que abrange todos os casos de extinção do direito de remição. Constitui-se em termo técnico bem mais geral do que no direito inglês, pois naquele incluem-se todas as formas de execução hipotecária, inclusive a venda particular pelo credor.

(10) Megarry — Wade, The Law of Real Property, pág. 806.

(11) Kurt Rudolph, Die Bindungen des Eigentums, pág. 31, ed. 1960.

(12) Jackson v. Willard, 4 Johns. 41, 42 (1809) — Walsh, On Mortgages, pág. 22 + pág. 132.

Distinguem-se a hipoteca americana da inglesa, porque naquela o direito de vender particularmente somente existe quando for conferido pelo devedor hipotecário (13) e, neste, esse poder se insere na sua estrutura independente de convenção. Ao conferir o poder de vender, pode o devedor indicar quem o exercerá.

Se for beneficiário o próprio credor, entende-se que este detém uma posição bifronte, sendo em face do poder de venda um fiduciário, e um "cestui", ou beneficiário, com relação à extensão de seu direito no bem gravado. (14) Discutem, porém, se seriam aplicáveis a essa venda particular as regras da venda forçada. As opiniões se dividem; mas, se consideram o credor como fiduciário do poder de venda, como sucede preponderantemente, deverão aplicar princípios diversos dos do direito inglês, no qual não se dá, nesse particular, ao credor essa categoria. Por fim, a hipoteca americana acompanha a inglesa em suas lesões ao princípio da acessoriedade e, no pertinente ao crédito, admite a "hipoteca pelo valor máximo", ou "por importância não determinada", pois pode ser conferida para cobrir todo tipo de empréstimos, ou outros débitos, cujo montante ainda não se conhece, pelo período previsto na própria "mortgage", sendo assim aplicável também às contas correntes bancárias (15).

## § 2.º — O sistema hipotecário do BGB

5. A hipoteca do direito moderno supõe, diversamente do peñhor, que o devedor hipotecário permaneça na posse do bem gravado, extraindo os seus frutos e no direito continental, segundo a tradição do direito romano, proibiram-se as cláusulas de comisso, mediante as quais podia o credor tornar-se proprietário por força do inadimplemento.

Em alguns sistemas permitiu-se a emissão de cédulas hipotecárias, destinadas à circulação, e não totalmente acessórias a um crédito. Essas últimas não exercem apenas uma função de garantia, mas constituem-se em eficiente instrumento de capitalização do proprietário. No Código Civil Francês (arts. 2.144 e segs.), a hipoteca é estritamente acessória e a aplicação do Código Napoleônico, na Alemanha (Renânia), através do "Rhei-

(13) Corpus Juris Secundum, v. 59, §§ 544 e segs., pág. 882 e segs.

(14) Corpus Juris Secundum, v. 59, § 554, pág. 910.

(15) Jarret v. McDaniel 32 Ark. 598 (1877); Louisville Banking Co. v. Leonard 90 KY 106, 13 Sw (1890) etc. — Walsh, On Mortgages, pág. 77.

nisches Zivilgesetzbuch", até a entrada em vigor do BGB, causou danos profundos ao crédito imobiliário, fazendo necessário o aparecimento das primeiras cooperativas de crédito ("Raiffeisenkassen").

A situação tornou-se ainda mais grave porque naquele Código se permitia, em numerosos casos, hipoteca sobre todo patrimônio. (16)

O direito germânico atual distingue três tipos de garantias: as hipotecas de tráfico e em garantia, a dívida imobiliária e as dívidas imobiliárias de renda, sendo que esta última tem escassa aplicação prática.

Distinguem-se hipoteca e dívida imobiliária porque esta não tem, em princípio, nenhuma vinculação com alguma relação creditícia; não é acessória.

### I. Hipoteca de tráfico e hipoteca em garantia

6. A acessoriedade da hipoteca em relação ao crédito constituiu-se em axioma fundamental por força do § 1.153 do BGB, no qual se dispõe que, "com a transferência do crédito, transmite-se a hipoteca ao novo credor"; e a alínea II do mesmo § 1.153 dá ênfase a essa idéia, ao determinar que o "crédito não pode ser transferido sem a hipoteca, e esta sem aquele". A afirmação de uma regra de tão estrita acessoriedade ou inseparabilidade do crédito e de sua garantia viria criar dificuldades ao tráfico jurídico. E a dificuldade aumentaria, na justificação dogmática, quando o princípio da acessoriedade fosse posto em confronto com o axioma da constitutividade da inscrição do gravame no registro e a fé pública dele resultante. A constitutividade do registro e a abstração do acordo de constituição do ônus real dificultam a vinculação da garantia com qualquer realidade exterior ao albo imobiliário. Para harmonizar o princípio da acessoriedade com a natureza do sistema de registros públicos, adotou o BGB, como regra, a hipoteca de tráfico ("Verkehrshypothek") e não a em garantia. E, em consequência dessa posição, exarou o BGB, no § 1.138, normas que definem a essência da hipoteca de tráfico e põem em harmonia a regra da acessoriedade com os demais axiomas que fundamentam os registros públicos, determinando que "os princípios dos §§ 891 até 899 vigoram para a hipoteca também em face dos créditos e das exceções que cabem ao proprietário, nos termos do § 1.134".

Esses parágrafos (891 e 899) definem precisamente a fé pública do registro e os procedimentos de retificação e inscrição de

(16) H. Mitteis, Deutsches Privatrecht, pág. 90 e segs.

objeção contra alguma inscrição feita anteriormente e a sua eficácia perante terceiros. Aplicando essas regras, conclui-se que se o devedor prestou a importância que ele devia ao credor, mas não cancelou a inscrição no registro próprio, e se o credor ou algum seu sucessor transferir o crédito e a hipoteca a terceiro, ter-se-á que a transferência do crédito é nula, pois a dívida já fora quitada, mas a da hipoteca vale e é eficaz. No caso, cabe ao titular da hipoteca somente a ação de excussão do imóvel gravado e não a de cobrança de empréstimo (17).

A eficácia do registro de imóveis não "dominifica" a relação creditícia tornando-a oponível a terceiros. No sistema germânico, a publicidade diz respeito apenas ao ônus real inscrito e não ao crédito ao qual acedeu. As regras a respeito da extinção dos créditos não são atingidas pelo sistema registral, de modo que, solvida a dívida, não adquire o terceiro a posição de credor. Torna-se titular, contudo, da garantia real, porque esta virtude lhe confere o sistema dos registros públicos por força de sua constitutividade e de sua fé pública.

Em regra, a hipoteca é de tráfico, isto é, destinada a circular permitindo a aquisição pelo terceiro da garantia real, ainda que extinto o crédito e dando margem a que se afirme haver aí um afastamento do princípio da acessoriedade em favor da mobilização. Como a hipoteca de tráfico é destinada a circular, emite-se, sobre ela, uma cédula hipotecária (§ 1.116, alínea I) e o credor torna-se titular da hipoteca quando o devedor lhe transfere a cédula, podendo convencionar-se que o credor a receberá do próprio registro de imóveis, presumindo-se, entretanto, se o credor estiver na posse da cédula, que a recebeu por tradição do devedor (§ 1.117, alíneas I a III).

As hipotecas em garantia ("Sicherungshypothek") realizam, em toda a sua plenitude, o princípio da acessoriedade mas constituem uma exceção (18). Determina-se no § 1.185 que "uma

(17) Baur, Sachenrecht, § 36, pág. 289, ed. 1964.

(18) A denominação hipoteca de tráfico e hipoteca em garantia é em parte equívoca, uma vez que aquelas também garantem uma relação creditícia. Por seu turno, a afirmação de que as hipotecas em garantia não são destinadas a circular é também um pouco convencional, já que as hipotecas em garantia de título valor ou de um título de crédito circulam. A diferença, entre ambos os tipos de hipoteca, está antes na eficácia do registro de imóveis, da inscrição hipotecária, e de suas modificações, sobre a relação creditícia, que não se realiza, do mesmo modo, em ambas as formas de hipoteca.

hipoteca pode ser feita de tal modo que o direito do credor hipotecário se determine ou exerça "somente em conformidade com a relação creditícia, não sendo permitido ao credor, para a prova do crédito, servir-se da inscrição".

Mais importante, para esse tipo de hipoteca, do que as realidades do registro são as vicissitudes pelas quais pode passar a relação obrigacional; o axioma da constitutividade do registro e a fé pública perante terceiros cedem a sua posição ao princípio da acessoriedade, de tal modo que, realizada a cessão do crédito hipotecário, o adquirente somente terá o direito de cobrá-lo ou executar a hipoteca, quando aquele ainda não houver sido solvido, pouco importando o que constar no registro. Extinto o crédito, desaparece a hipoteca, sem que tenha havido ainda o cancelamento da inscrição (19). A hipoteca em garantia necessita estar expressamente assim designada no registro; caso contrário, a hipoteca será de tráfico (20). Excluiu-se nesse tipo de gravame a emissão de cédula hipotecária (21).

O discríme entre os dois tipos de hipoteca, de tráfico e em garantia, resulta, em última análise, da eficácia da inscrição no registro imobiliário sobre os cessionários. A hipoteca em garantia libera-se da constitutividade do aludido registro, para acompanhar, em todas as suas modificações, o crédito por ela garantido, independentemente do que constar nos livros fundiários, como sucedia com as hipotecas no "direito comum", que eram estritamente acessórias. Decorre daí que lhe não são aplicáveis as regras que têm o seu suporte no sistema imobiliário germânico. Não se pense, entretanto, que o direito germânico, em matéria hipotecária, tenha aberto exceções que subverteriam totalmente a teoria dos negócios jurídicos dispositivos, que são abstratos. O acordo de constituição da hipoteca em garantia não deixou de ser abstrato, todavia o registro, quanto às demais alterações da relação creditícia, transferências, solução do débito, etc., perdeu a virtude de ser constitutivo; o fundamental não é o que ele contém, e sim o crédito, o qual, em razão da regra do § 1.184, determina o regime jurídico do ônus real (22).

(19) Baur, Sachenrecht, § 36, pág. 290.

(20) § 1.184, alínea II.

(21) § 1.185.

(22) Explicação diversa é a de Eichler (Institutionen des Sachenrechts, II, 2, pág. 484, ed. 1960 e também a de Palandt — Hochen, Kommentar zum BGB, § 1.184, pág. 1047, ed. 1968) já que afirmam que os §§ 891 e 892 são aplicáveis aos créditos, quando se tratar de hipoteca de tráfico; na em garantia os aludidos

Para se trazer luz ao específico do problema, basta supor que alguém dê em hipoteca, seja de tráfico ou em garantia, um imóvel que esteja registrado em seu nome, mas cujo negócio jurídico obrigacional subjacente contenha algum vício que o torne nulo. Como o acordo de constituição do ônus é abstrato, sem nenhuma vinculação com o negócio antecedente, a hipoteca constituída é válida e eficaz e o credor é em verdade titular da garantia real. Quanto à constituição do ônus, nenhuma diferença existe de tratamento jurídico, neste particular. Imagine-se, também, que o crédito assegurado pela hipoteca já tenha sido solvido, no todo ou em parte, e não se tenha feito a retificação do registro imobiliário. Na hipoteca em garantia, nenhum efeito tem a inexistência de retificação; mas o oposto sucede com as de tráfico, no pertinente à garantia real. Na hipoteca de tráfico, se não houve retificação, não é oponível a terceiros a modificação no conteúdo da relação de direito real. As diferenças, portanto, não se manifestam no início, quanto à constituição do gravame; elas ocorrem posteriormente.

7. As hipotecas em garantia podem ser "pelo valor máximo" ("Maximalhypothek; Höchstbetragehypothek"); ou "em garantia de títulos de crédito" ("Wertpapierhypothek"); ou simplesmente em garantia, como sucede com as hipotecas de direito francês, português ou italiano.

As hipotecas "pelo valor máximo" supõem a indeterminação prévia do montante da dívida a ser garantida e do momento em que ela se determinará. Vinculam-se a créditos futuros, tais como os que podem nascer de uma conta corrente bancária, ou de relações duradouras, cujo saldo não possa ainda ser determinado. Até o momento em que a pretensão do credor não se objetivar, a hipoteca será pelo valor máximo e depois por quantia fixa. A hipoteca não está sob condição; é hipoteca pura, que grava desde logo o bem pelo valor máximo em que foi inscrita (23), de modo que não se pode pensar seja ela, no período intermístico, isto é, até o momento em que a pretensão do credor for determinada quanto ao seu exato valor, dívida imobiliária,

§§ 891 e segs. são aplicáveis somente aos direitos reais.

Não nos parece exata essa opinião, porque se fossem aplicáveis aos créditos os aludidos §§ 891 e segs., ter-se-ia, que na hipoteca de tráfico, o cessionário do crédito já solvido o adquiriria, o que não é certo.

(23) Staudinger — Kober, Kommentar zum BGB, III, § 1.190. pág. 950 7.<sup>a</sup> e 8.<sup>o</sup> edição.

ria, como sugere Eichler (24) ou dívida imobiliária resolutivamente condicionada, como quer Baur (25).

A particularidade dessa figura está em que ela supõe, como exigência de direito material, que se inscreva no registro o valor máximo da garantia, de tal modo que se não constar o valor não pode ser realizada a inscrição (26).

As hipotecas em garantia de títulos de crédito representam uma excelente adaptação dos princípios hipotecários aos do direito cambiário.

Não se extrai, nessa hipoteca, uma cédula que a corporifique, porque isso é vedado a todas as hipotecas em garantia. Como os processos de circulação, de substituição dos credores hipotecários, são diversos, segundo o direito registral e o direito cambiário, resolveu-se a dificuldade, no caso, aplicando-se os princípios de transferência do direito cambiário, ou seja, por acordo de transmissão, seguido de tradição do título, ou por endosso.

Cuida-se na realidade de um título de crédito ao qual acede uma hipoteca, inscrita no registro imobiliário, circulando aquela com sua garantia, segundo as regras do direito cambiário. Aqui, convém esclarecer que a hipoteca depende do crédito, já que predomina o princípio da acessoriedade. Por ser um título de crédito, circula com as regras que lhe são próprias, não transmudando sua natureza o fato de a relação creditícia estar garantida por uma hipoteca. Como esses títulos de crédito são abstratos, o terceiro o adquirirá independentemente do negócio subjacente. E assim os vícios da relação creditícia antecedente não são oponíveis aos adquirentes de boa fé. Em tais termos, desde que o terceiro adquira o crédito, sem que o direito leve em consideração os vícios que possa conter a relação creditícia, se torna titular da garantia real. A sua vez, como é o crédito quem determina o regime jurídico, pode suceder uma falta de coincidência entre o credor inscrito e o real, mas o litígio se resolve segundo o princípio de que o credor é somente o endossatário, ou o detentor se a hipoteca estiver garantindo um título ao portador. Por fim, tem a hipoteca em garantia de título de crédito significação jurídica e econômica semelhante à da hipoteca de tráfico. A diferença maior está na acessoriedade das hipotecas em garantia, mas esta se torna mínima em virtude da abstração dos títulos de crédito. Apesar disso, há tratamento ju-

(24) Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 490.

(25) Soergel — Baur, Kommentar zum BGB, t. 4, § 1.190, pág. 729, ed. 1968.

(26) Staudinger — Kober, Kommentar zum BGB, III, § 1.190, pág. 953.

rídico diverso quanto à hipoteca em garantia de título de crédito, o qual pode resultar do fato de ser incapaz o emitente, ou de ter sido o título posto em circulação contra a sua vontade. (27)

8. Nas hipotecas acessórias a títulos ao portador, a letras de câmbio, ou a outros títulos que podem ser transferidos mediante endosso (28), pode-se designar um representante ("Grundbuchvertreter") legitimado fiduciariamente a representar o credor no desenvolvimento das relações hipotecárias, inclusive na execução. (29)

O acordo que designa o representante deve ser inscrito no registro imobiliário para que produza efeitos. No particular adotou o BGB o princípio dispositivo, pois depende a inscrição dos interessados, mas é inegável que a posição do representante é fiduciária não só do credor como também do devedor (30) embora haja divisão na doutrina, pois muitos o consideram simplesmente representante que age em nome alheio (31).

A tendência no direito germânico é a de estender, para efeitos de segurança creditícia, a figura do fiduciário a outras hipóteses e demonstra assim a necessidade de inserção de terceiras pessoas na relação obrigacional, com a finalidade de assegurar a execução das hipotecas e penhores, como se verifica no direito americano, (32) sendo para isso de maior valor o princípio contido no § 1.189 do BGB. Certo é que além dos casos previstos no § 1.189 não se permite a inserção de um terceiro como fiduciário, por ser na hipoteca figurante essencial o credor e não se pode constitui-la com um credor aparente, fiduciário do credor real. A dívida imobiliária, por não exigir nenhuma relação subjacente de crédito, pode servir à aplicação da "fiducia", conforme sustenta Siebert, porque o legitimado fiduciariamente receberia o título da dívida imobiliária no interesse do credor (33). No direito germânico, chega-se a esse resultado através do contrato ou estipulação em favor de terceiros (34).

(27) H. Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, § 113, pág. 559, ed. 1960.

(28) § 1.187.

(29) § 1.189.

(30) § 1.189, "in fine".

(31) vd. Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, pág. 374, ed. 1933.

(32) Siebert, Treuhandverhältnis, pág. 364 e segs.

(33) Siebert, Treuhandverhältnis, pág. 372.

(34) § 328 do BGB.

## II. A dívida imobiliária ("Grundschuld")

9. Como elemento fundamental do crédito real está a dívida imobiliária, ou a hipoteca pré-constituída. A denominação dívida imobiliária parece ser melhor do que a de hipoteca pré-constituída, termo utilizado em alguns sistemas jurídicos modernos, porque este pode revelar, implicitamente, a acessoriedade, maior ou menor, a uma relação creditícia. A nota característica da dívida imobiliária é o fato de, em regra, ser isolada ("isolierte Grundschuld"), ou seja, totalmente desvinculada de um crédito, pelo menos no momento de sua constituição.

Para dar ênfase a esse aspecto de sua estrutura, há quem afirme ser a hipoteca "causal", pois se relaciona a um crédito e a dívida imobiliária "abstrata", tanto vale dizer, uma vinculação real autônoma. A ela são aplicáveis no geral os princípios que regem a hipoteca, salvo aqueles que não se harmonizam com o elemento básico de sua estrutura, a circunstância de não pressupor uma relação creditícia que lhe sirva de suporte (35).

A hipoteca subordina-se em seu nascimento a um débito e a sua finalidade principal consiste em satisfazer ao credor, na hipótese de não se ter realizado o adimplemento. A dívida imobiliária disso independe e pode ser extraída pelo proprietário em seu favor e somente depois vir a ser dada em garantia. A vantagem para o credor é evidente pois ele não necessita preocupar-se em saber se a relação creditícia subjacente existia ou não, podendo sempre executar o imóvel gravado. A composição dos interesses, na hipótese de não haver causa, far-se-á do mesmo modo que nas promessas abstratas, através do instituto do enriquecimento injustificado (36).

Como pura responsabilidade real, a dívida imobiliária corresponde ao "Gült" do direito suíço (37), por meio do qual se põe um crédito como "ônus imobiliário", produzindo o efeito de desfazer a relação creditícia subjacente por força de uma novação "ex lege" (38). A faculdade de extrair uma dívida imobiliária é muito importante também para o devedor porque, ao constituí-la por ato unilateral de inscrição no registro, poderá obter o gravame em primeiro grau. A hipoteca que venha a ser feita posteriormente será de segundo grau.

(35) § 1.192 do BGB.

(36) Staudinger — Kober, Kommentar, III, § 1.191, pág. 996; Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 500.

(37) arts. 847 e segs., do BGB.

(38) vd. Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 503, nota 2.

Essa possibilidade dá nova significação à figura dos pactos de reserva prelatícia, ou simplesmente de reserva de grau ("Rangvorbehalt"), admitidos pelo direito germânico (39) e que têm grande importância para todo o sistema creditício, pois, certas instituições somente concedem empréstimos com a constituição de gravames de primeiro grau.

A reserva de grau supõe acordo entre devedor e credor, de modo que este confere àquele a faculdade de registrar outro ônus real posteriormente, mas com prioridade de eficácia. Sendo possível ao proprietário extrair em seu favor uma dívida imobiliária, por negócio jurídico unilateral, só com essa providência, sem necessidade de nenhum acordo, ele deterá a aludida preferência, pois o direito real em seu favor foi inscrito anteriormente. O sistema creditício germânico opera com gravames de primeiro, segundo e até mesmo terceiro grau. Os bancos e as caixas ou associações de poupança concedem empréstimos com garantia hipotecária de primeiro grau. As entidades de direito público financiam mediante gravames de segundo ou terceiro grau, percebendo juros maiores correspondentes ao risco também maior (40).

Utilizam-se nesses negócios creditícios hipotecas pelo restante do preço (alienação e hipoteca pelo saldo), hipotecas de amortização, por meio de pagamentos fracionados, ou através da organização de um fundo constituído pelos pagamentos do mutuário, para final compensação. A dívida imobiliária é direito real em coisa própria e uma lesão ao velho princípio "nemo res sua servit". A admissão de direitos reais sobre bens próprios permite que o pagamento, realizado pelo proprietário que seja ao mesmo tempo devedor pessoal, extinga a relação creditícia, mas não a hipoteca, o que suporia retificação do registro. Nesse caso, o proprietário torna-se detentor de uma "hipoteca sobre imóvel de sua propriedade", ou seja, de uma dívida imobiliária (41). Se o proprietário for um terceiro, a solução do débito acarretará a transmissão em seu favor do direito creditício que cabia ao credor contra o devedor, e a constituição em seu benefício de uma dívida imobiliária (42).

O direito hipotecário germânico dá ênfase à posição do credor e à dos terceiros, o que se manifesta na adoção, como regra,

(39) § 881 do BGB.

(40) H. Westermann, Sachenrecht, § 91, II, pág. 445.

(41) Staundiger — Kober, Kommentar, III, § 1.163, pág. 858.

(42) § 1.143, do BGB; vd. Soergel — Baur, Kommentar, v. 4, § 1.142, pág. 662.

da hipoteca de tráfico, e na possibilidade de extrair-se uma dívida imobiliária, e também ao devedor, pela facilidade em constituir direitos reais de garantia. A figura do representante inscrito no albo imobiliário ("Grundbuchvertreter") torna mais segura a circulação das hipotecas em garantia de títulos de crédito, pois o devedor sabe perante quem deve operar-se a solução da dívida. O instituto da reserva de grau hipotecário serve muito bem aos interesses do devedor, dando-lhe maiores virtualidades na obtenção de empréstimos. Há, assim, uma certa ambivalência no direito hipotecário germânico: os institutos que protegem o credor dão também segurança ao devedor.

### § 3.º: A Hipoteca no direito brasileiro

10. A hipoteca nos sistemas romanísticos, de que são exemplo o Código Civil Francês (arts. 2.144 e segs.), o Português de 1967 (arts. 686 e segs.) e o italiano (Código Civil, arts. 2.808 e segs.), é estritamente acessória. No direito brasileiro, há certa dúvida a respeito sustentando o Pntes de Miranda (43), que nosa hipoteca se assemelharia à hipoteca de tráfico do direito germânico, embora não fosse emitida mediante cédula, o que lá se faculta excepcionalmente. A maioria dos autores tem a hipoteca como acessória, transmitindo, de alguma forma, como elemento interpretativo de nossas disposições, o direito francês e o italiano. A fundamentação de Pontes de Miranda tem suas raízes no disposto no art. 850 do Código Civil Brasileiro, que faz depender a extinção da hipoteca do cancelamento do registro. Em matéria registral, há em nosso direito a particularidade de que a hipoteca antes da inscrição existe "inter partes" (44), de modo que o registro é mero elemento de eficácia, não tendo o efeito constitutivo que lhe atribuem, por exemplo, o direito germânico e suíço. Guardando simetria com a constituição do gravame, a extinção da hipoteca realiza-se entre os figurantes, entre outras hipóteses, pelo desaparecimento da obrigação principal (45), ainda que só comece a ter efeitos perante terceiros depois de averbada no respectivo registro (46), embora seja diverso o entendimento da jurisprudência.

A existência da hipoteca "inter partes", antes da inscrição no registro, é princípio que não se harmoniza com o nosso sis-

(43) Tratado de Direito Privado, t. 20, pág. 23.

(44) Cód. Civil, art. 848, "in fine".

(45) Cód. Civil, art. 849, inc. I.

(46) Cód. Civil, art. 850.

tema em matéria de alienações, posto que a propriedade somente se adquire com a transcrição (47) e não se admite como sucedo no direito francês (48) e italiano (49) a transferência para o adquirente do bem alienado antes da realização daquele ato.

Nessa parte, deve-se corrigir o texto porque os negócios jurídicos de disposição sobre imóveis, sejam translativos ou constitutivos de gravames, devem ter o mesmo regime jurídico. No particular, nosso Código Civil normou com desarmonia os negócios dispositivos, seguindo nas alienações as regras do BGB e na hipoteca, as do Código Civil francês. Todavia, neste último Código, há simetria entre as disposições, pois a compra e venda transmite "inter partes" a propriedade, sendo o registro mero elemento de eficácia perante terceiros. Não se pode, entretanto, adotar na disciplina, que deve ser unitária, dos negócios dispositivos regras colidentes entre si, considerando como uma das exceções à regra exposta no art. 676 do Código Civil a constituição das hipotecas negociais (50).

O alcance que Pontes de Miranda dá ao art. 850 é lógica e sistemática dentro das premissas de seu raciocínio, de que os acordos de transmissão de propriedade e os de constituição de ônus sobre imóveis sejam abstratos e a eficácia de registro imobiliário "juris et de jure". Acolhendo em seu monumental Tratado de Direito Privado, em toda a sua extensão, o princípio da fé pública do registro, o art. 850 passa a ter outra significação que não possuiria se os negócios dispositivos fossem causais, ou se a aludida fé pública, ao invés de absoluta, se constituísse em algo meramente relativo, de modo que a boa fé do terceiro adquirente não tivesse a virtude de lhe tornar indisputável a aquisição. Ocorre que em nosso direito a alienação foi considerada causal, não desligada dos negócios antecedentes, e a presunção de pretender o direito real à pessoa em cujo nome se transcreveu, ou inscreveu (51), não é absoluta, nem essa presunção foi modificada pelo D. 4.857, de 9 de novembro de 1939, que estabeleceu o "Regulamento dos Registros Públicos", ou pelo DL. 1.000, de

(47) Cód. Civil, art. 530, inc. I; art. 589, § 1.º.

(48) Cód. Civil francês, art. 1583.

(49) Cód. Civil ital., art. 1376.

(50) Certas disposições, no direito de família, constituem em muitos códigos, inclusive no BGB, exceções à regra da constitutividade do registro, como sucede quando se opta por algum regime de bens, porque, no caso, o aludido registro é mero elemento de eficácia perante terceiros (nosso Cód. Civil, art. 261).

(51) Cód. Civil, art. 859.

21 de outubro de 1969, que "consolidou e atualizou o aludido Regulamento". A jurisprudência tem como constitutivo o registro não apenas para as alienações, como também para a constituição de ônus, realizando desta forma uma obra de harmonização sistemática, embora esse não seja o sistema exposto nas disposições de nosso Código Civil.

Duas interpretações são assim possíveis para o art. 850 do Código Civil Brasileiro: a) a transferência do crédito hipotecário a terceiro de boa fé, depois de solvida a dívida, preclui o direito de averbar a quitação, ou de cancelar a inscrição do gravame; b) a cessão a terceiro de boa fé não gera a decadência do direito formativo extintivo, de cancelamento da inscrição.

A solução a) assemelharia a hipoteca brasileira à hipoteca de tráfico do direito germânico; a outra, b), faria com que nossa hipoteca fosse igual à do direito comum, com certo temperamento porque a extinção não seria imediata, com a simples solução da dívida, mas dependeria da averbação, sendo, entretanto, hipoteca em garantia, isto é, acessória.

Pela redação do art. 850 do Cód. Civil, "a extinção da hipoteca só começa a ter efeitos contra terceiros depois de averbada no respectivo registro", diversa, aliás, do art. 848, pertinente à constituição, tem-se que a solução do nosso direito é da letra b), sendo a hipoteca meramente acessória.

### I. O princípio da Acessoriedade

11. A acessoriedade da hipoteca significa que a relação creditícia comanda e determina o regime jurídico da garantia de direito real. Mais do que isso, tem o sentido de que a garantia se refere sempre a um crédito. Particularmente interessante em nosso direito é a de que um ônus real constituído sobre um bem de propriedade alheia, "a non domino", portanto, existe e vale, sendo apenas ineficaz, apesar de a redação do art. 756, § único, do Cód. Civil ser equívoca, porque alude à revalidação da hipoteca, quando quem a deu tornar-se posteriormente proprietário. Nosso Código Civil não normou as hipotecas pelo valor máximo, ou de importância não determinada, mas a praxe tem admitido o registro de tais hipotecas, exigindo-se, entretanto, um regramento dessa figura.

Discute-se no direito brasileiro a possibilidade de que o proprietário possa constituir sobre imóvel que lhe pertença uma hipoteca em seu favor. Pela afirmativa, manifestou-se Pontes de Miranda (52). A maioria dos autores nacionais, passou desperce-

(52) Tratado de Direito Privado, v. 20, pág. 323 e segs.

bido esse problema, preocupados quase exclusivamente em explicar o direito hipotecário à luz do princípio de acessoriedade. À sua vez, a própria jurisprudência não deu maior relevo ao princípio da constitutividade do registro e às conseqüências que dele haviam de derivar. É implícita assim a resposta negativa à possibilidade de constituição de ônus sobre bem próprio. O problema maior está em saber se quando o proprietário, devedor pessoal ou terceiro adquirente, solve a dívida adquire em seu favor a hipoteca, ou ela se extingue. O princípio da constitutividade do registro levaria à conclusão de que enquanto não cancelada a inscrição o gravame perduraria em favor do proprietário, se este fosse também devedor pessoal; se, no caso, ele fosse terceiro que deu sua propriedade em garantia de dívida alheia, ter-se-ia sub-rogação no crédito contra o devedor e aquisição de hipoteca sobre bem próprio, solução essa idêntica à do direito germânico, em que se deram todas as conseqüências ao princípio da constitutividade. A primeira dúvida está na possibilidade de existir a figura da hipoteca pré-constituída, como pré-forma da dívida imobiliária, ou mesmo como dívida imobiliária. A vantagem de tal sistema seria a de poder constituir um gravame real antes de se ter um credor e também a faculdade de reservar pela só vontade do proprietário uma melhor posição dentro do registro imobiliário. Para admissão dessa figura haveria necessidade de norma expressa, pois representa profunda lesão ao princípio da acessoriedade e, embora a jurisprudência tenha considerado o registro como constitutivo, não consta que tenha admitido a extração de uma hipoteca sem que houvesse uma relação de crédito, servindo de suporte, sobretudo por força do art. 755 do Código Civil, que impõe, como elemento estrutural, a aludida dependência (53).

12. Problemática das mais importantes é a das cédulas hipotecárias instituídas pelos DL. 70, de 21 de novembro de 1966, DL. 167, de 14 de fevereiro de 1967 e DL. 413, de 9 de janeiro de 1969. Por meio desses Decretos-leis criaram-se cédulas hipotecárias, destinadas a atender ao financiamento de construções pelo Banco Nacional de Habitação (DL. 70), da agricultura (DL. 167) e indústria (DL. 413).

O DL. 70 instituiu a cédula hipotecária para "hipotecas inscritas no Registro Geral de Imóveis, como instrumento hábil

(53) Cód. Civil, art. 755: "Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita por vínculo real ao cumprimento da obrigação".

para a representação dos aludidos créditos imobiliários" (54). Podem recair sobre primeiras e segundas hipotecas (55) e são emitidas pelo credor hipotecário, preenchidos certos requisitos, mas somente podem ser lançadas em circulação depois de averbadas à margem da inscrição da hipoteca a que disser respeito (56) e depois de autenticadas pelo oficial do Registro Geral de Imóveis competente, com todas as indicações (57). A cédula é sempre nominativa, podendo ser transferida por meio de endosso nominal, lançado no verso (58) de modo que a hipoteca passa a fazer parte integrante do título, acompanhando nos endossos subsequentes, sub-rogando-se o endossatário em todos os direitos creditícios (59). A cédula hipotecária instituída pelo DL. 70 é cédula hipotecária em garantia, que se submete aos princípios da cessão de crédito por força do disposto no art. 16 do referido DL., embora haja no pertinente à forma de transferência alguns princípios de direito cambiário, tais os referentes ao endosso (60). Na cessão de crédito a título oneroso, o cedente é responsável pela existência do crédito (61), mas não o é pela solvência do devedor (62). A eficácia da cessão de crédito perante o devedor supõe que esse tenha sido notificado (63).

No art. 17 do DL. 70 exara-se a regra de que na emissão, ou no endosso da cédula hipotecária, "o emitente e o endossante permanecem solidariamente responsáveis pela boa liquidação do crédito, a menos que avisem o devedor e o segurador, quando houver, de cada emissão ou endosso até trinta dias após a sua realização por carta enviada mediante recibo, pelo Registro de Títulos e Documentos, ou, ainda, por meio de notificação judicial..."

Essa regra não modificou o princípio de que a transferência da cédula se constitui em cessão "pro soluto", pois quando o art. 17 do DL. 70 alude "a boa liquidação", se refere à circunstância de que, não avisado o devedor da emissão ou do endosso, eles

(54) DL. 70, art. 10.

(55) DL. 70, art. 11.

(56) DL. 70, art. 13.

(57) DL. 70, art. 13, § único.

(58) DL. 70, art. 16.

(59) DL. 70, art. 16, § único.

(60) DL. 70, arts. 16 e 17.

(61) Cód. Civil, art. 1.073.

(62) Cód. Civil, art. 1.074.

(63) Cód. Civil, art. 1.069.

assumem solidariamente o risco de não se fazer o pagamento ao verdadeiro credor (64).

A entrega da cédula quitada ao devedor prova a extinção da hipoteca, independentemente de cancelamento da inscrição (65), não havendo impedimento que essa prova se faça por outros meios. Se permanecer em circulação, porque não lhe quis devolver o emittente ou endossante, são eles responsáveis perante terceiros adquirentes (66).

O § único do art. 18 do DL. 70 abre uma problemática de interpretação de grande alcance. No caso de se haver solvido o débito e ter, inobstante isso, permanecido em circulação a cédula, como se resolverá o conflito? Se na cédula hipotecária houvessem sido adotados os princípios do direito cambiário quanto ao fundo, então o terceiro adquirente de boa fé seria credor em virtude da abstração do título e, em consequência, titular da hipoteca, pois essa faz parte da cédula, acompanhando-a nos endossos. Por serem aplicáveis os princípios da cessão de crédito e sendo esta considerada, entre nós, negócio jurídico dispositivo causal, tem-se que o terceiro não adquire o crédito, nem a hipoteca, mas deve ser indenizado.

A cédula hipotecária do DL. 70 distingue-se da hipoteca de tráfico do direito germânico, porque, nesta, não cancelado o registro, o terceiro adquire a garantia real (e não o crédito) e também da hipoteca em garantia de um título de crédito, porque a ele são aplicáveis os princípios do direito cambiário, quanto ao fundo, e não somente no que toca à forma de transferência.

13. Regime jurídico diverso é o das cédulas de crédito rural (DL. 167) e industrial (DL. 413). São promessas de pagamento abstratas, no pertinente aos créditos que corporificam (67).

A cédula de crédito rural terá a denominação de cédula rural hipotecária, quando preencher os requisitos do art. 20, DL. 167, entre os quais está a descrição do imóvel hipotecado. A terminologia do DL. 413 é equívoca ao afirmar, em seu art. 9.º, que "a cédula de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro com garantia real cedularmente constituída". Em verdade, não se extraem duas cédulas como a aludida disposição dá a entender, a de crédito industrial e a hipoteca cedular (68), garantindo esta àquela. O processo é totalmente diverso pois a cé-

(64) Cód. Civil, art. 1.071.

(65) DL. 70, art. 18.

(66) DL. 70, art. 18. § único.

(67) DL. 167, DL. 413, art. 9 e 10.

(68) DL. 413, art. 19, inc. III.

dula é uma só e tem a particularidade de constar em seu corpo (69), ou mesmo fora dele, em documento separado (70), ou até mesmo pela anexação dos títulos de propriedade à cédula de crédito industrial (71), a descrição do imóvel, com suas confrontações, dimensões, benfeitorias, título e data da aquisição, etc.

A eficácia perante terceiros começa da data da inscrição da cédula de crédito rural (72) e cédula de crédito industrial (73) no Cartório de Registro de Imóveis, devendo ser averbados os endossos posteriores à inscrição, avisos, aditivos, etc., e qualquer ato que promova alteração na garantia e condições pactuadas (74). Essas averbações são necessárias, para que as modificações no crédito ou na hipoteca tenham eficácia perante terceiros, pois de outro modo seus efeitos se reduzem aos contratantes. (75)

Por força dos arts. 24 do DL. 167 e 26 do DL. 413, aplicam-se à hipoteca cedular os princípios da legislação ordinária a respeito, desde que não colidam com preceitos de ambos os Decretos-Leis.

Convém indagar, para descrever a estrutura da cédula de crédito industrial e da cédula de crédito rural garantidas por hipotecas, se lhes são aplicáveis as regras sobre a extinção da hipoteca comum, (76) ou se os Decretos-Leis 167 e 413 conferiram ao terceiro de boa-fé uma posição de inatacabilidade por qualquer outro interessado na relação obrigacional, ou real. Dever-se-ia questionar se a hipoteca inserida numa daquelas cédulas, após a circulação, daria ao terceiro adquirente a titularidade da garantia real, na hipótese em que quem a houvesse dado não fosse proprietário. Se a resposta pendesse para a afirmativa, estaria vigorando para essas cédulas o sistema de abstração dos negócios dispositivos, ou o da causalidade, em que se deu proteção, ao terceiro de boa-fé. Todavia, protegem-se os terceiros de boa-fé, adquirentes da cédula hipotecária rural ou da cédula hipotecária industrial, por força dos arts. 30 e 35 do DL. 167 e arts. 29 e 36 do DL. 413, apenas quanto aos endossos posteriores à inscrição da cédula, as menções adicionais, aditivos e qualquer outro ato que promova alteração nas garantias e condições pac-

(69) DL. 413, art. 14, inc. V.

(70) DL. 413, art. 14, § IV.

(71) DL. 413, art. 14, § V.

(72) DL. 167, art. 30.

(73) DL. 413, art. 29.

(74) DL. 167, art. 35; DL. 413, art. 36.

(75) DL. 167, art. 30; DL. 413, art. 29.

(76) Cód. Civil, art. 850.

tuadas. Não se tem, em consequência, o sistema da aquisição da garantia real pelo terceiro, quando não for titular do domínio quem deu o imóvel em segurança das aludidas cédulas. Aplicam-se, nesse particular, as regras dos negócios jurídicos dispositivos, os quais, entre nós são causais, por força de reiterada jurisprudência. Todavia, as modificações posteriores à inscrição da cédula, tanto na relação creditícia, quanto no gravame real, que não tenham sido averbadas, não são oponíveis a terceiros. Tem essas cédulas a característica de não acompanharem o princípio da acessoriedade em toda sua extensão, pois mais importantes que as vicissitudes da relação creditícia são, perante terceiros, as averbações dessas alterações no Registro Imobiliário, em livro próprio, denominado, respectivamente, de "Registro de Cédulas de Crédito Rural" (77) e "Registro de Cédulas de Crédito Industrial" (78).

A cédula de crédito rural e a cédula de crédito industrial assemelham-se, quanto ao tratamento jurídico, às hipotecas de tráfico do direito alemão, nas quais mais importantes que as modificações da garantia real são as alterações no registro imobiliário, o que fere o dogma da acessoriedade. Há diferenças específicas, não só quanto à constituição ou omissão, mas também quanto ao alcance da presunção do registro, no direito germânico se restringe à garantia real, tanto que, adimplido o crédito e não retificado o registro, o terceiro adquirente não tem ação obrigacional (o crédito está extinto) e sim a excussão real da garantia. Em nosso direito, ainda que solvido o crédito e não averbado o adimplemento, torna-se o terceiro titular da relação creditícia e real. Salva-se, assim, de alguma forma o princípio da acessoriedade.

14. A cédula hipotecária no direito brasileiro ficou restrita a operações com instituições financeiras, (79) ou com os órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural (80).

(77) DL. 167, art. 31.

(78) DL. 413, art. 31.

(79) O DL. 70 permitiu a extração de cédula hipotecária para as operações compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação; com as instituições financeiras em geral, ou entre outras partes, desde que emitidas em favor de pessoas jurídicas que façam parte das "instituições financeiras", ou de companhias de seguro (art. 10, inc. I a III). Também a cédula de crédito industrial somente é utilizável em operações com instituições financeiras (DL. 413, art. 1.º).

(80) A lei n.º 4.829, de 5 de novembro de 1965, criou o crédito ru-

ral e definiu o que se deveria ter como tal, no art. 2.º, restringindo o conceito a recursos financeiros supridos por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares. A cédula rural hipotecária somente pode ser emitida por particulares, no âmbito fixado pelo art. 2.º da lei 4.829, a cujos preceitos o DL. 167 visou atender.

Não podem os particulares, entre si, em suas operações utilizar qualquer desses tipos de cédulas hipotecárias. Para eles ficou reservada, apenas, a hipoteca tradicional, da qual não se extrai nenhum título hábil para fazê-la circular. Constitui, entretanto, má política permitir-se somente a certas entidades poder lançar mão, em seus negócios, de cédulas hipotecárias, pois nenhum argumento existe para restringi-las desse modo. No Projeto Orlando Gomes (81) previu-se a possibilidade de extrair uma cédula, mas não se regrou a figura, indicando apenas que ela se regularia por lei especial e se lhe aplicariam, no que coubesse, os preceitos relativos à cédula rural pignoratícia. É de toda conveniência que o Código Civil regre, pela sua importância em nossos dias, a estrutura dessas cédulas, como o fez o BGB ao recolher os diversos sistemas hipotecários então existentes, como o prussiano, o bávaro e o romano etc.

## II. O Princípio da Indivisibilidade.

15. O axioma da indivisibilidade da hipoteca tem sido posto em rude prova em face de novas necessidades. O princípio diz respeito ao crédito, o qual, fracionado, não divide o gravame, e também ao imóvel onerado, pois ainda que este se tenha dividido, esse fato não se projeta sobre a hipoteca. A regra da indivisibilidade não é cogente, ou de "ordem pública" e sim dispositiva, já que as partes podem tornar o gravame divisível. O DL. 70, ao criar as cédulas hipotecárias, determinou que o credor poderia emití-las (82) como cédula integral, representando a totalidade do crédito, ou fracionária, limitada a parte dele, sendo que essas últimas não podem exceder, em hipótese alguma, o valor total do crédito hipotecário (83). Deu-se ao credor a faculdade de fracionar o crédito e conseqüentemente emitir títulos até o limite total independentemente de concordância do proprietário do prédio gravado. O exercício dessa faculdade plura-

ral e definiu o que se deveria ter como tal, no art. 2.º, restringindo o conceito a recursos financeiros supridos por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares. A cédula rural hipotecária somente pode ser emitida por particulares, no âmbito fixado pelo art. 2.º da lei 4.829, a cujos preceitos o DL. 167 visou atender.

(81) Art. 695 e § único.

(82) DL. 70, art. 10.

(83) DL. 70, art. 10, § único.

liza os créditos, mas não constitui lesão ao princípio da indivisibilidade da hipoteca, pois cada uma delas tem como garantia o imóvel em sua totalidade.

A indivisibilidade da hipoteca significa também que os pagamentos parciais da dívida não autorizam a sua redução, ainda que ela compreenda vários bens (84).

No projeto Orlando Gomes (85), previu-se a possibilidade de redução do gravame, não se restringido como fez o Código Civil de Portugal às hipotecas judiciais (86). Hipótese de maior alcance é a da oneração dos prédios em construção e a dos terrenos destinados a loteamento. No direito suíço, só se admite que vários prédios sejam dados em garantia de um só crédito se pertencerem a um proprietário, ou se forem de propriedade de vários devedores solidariamente obrigados. Nos demais casos de hipoteca de vários prédios por um só crédito, deve ser cada um deles onerado com uma fração correspondente ao débito (87).

Na edificação para venda de apartamentos e nos loteamentos surge o problema com maior intensidade, pois a hipoteca inicialmente se projeta sobre todo o terreno e posteriormente sobre os apartamentos e os lotes. O credor, em razão da indivisibilidade, retém em seu favor a hipoteca, gravando todos os apartamentos e terrenos, não sendo possível a remição parcial, como disposto no art. 766 de nosso Código Civil, quando forem alienados. Todas essas realidades exigem um abrandamento do princípio da indivisibilidade, com a sua aplicação em outras hipóteses, que não foram previstas no Projeto Orlando Gomes. Nenhum prejuízo adviria ao credor se, realizado o loteamento ou a edificação, fosse possível aos adquirentes, na proporção do valor de seu prédio ou de seu terreno, restringir a hipoteca à fração por eles adquirida, inclusive para poder remi-la. Seria, em consequência, um ato complementar à venda dos lotes ou à individualização do edifício. Para isso não se faria necessário que o devedor hipotecário já houvesse pago a metade da dívida como se previu no § 1.º do art. 655 do Projeto Orlando Gomes.

O direito germânico conhece a hipoteca em comum, ou em mão comum, quando o gravame abrange vários prédios de dife-

(84) Cód. Civil, art. 758.

(85) Art. 655.

(86) Cód. Civil português, art. 720. A redução das hipotecas voluntárias supõe o consentimento de quem puder dispor do gravame (art. 719), ou seja, do credor.

(87) BGB, art. 798.

rentes proprietários (88). Se a hipoteca recair em vários prédios de um só proprietário, não se tratará, evidentemente, de um gravame em comunhão. A natureza jurídica dessa hipoteca, no direito germânico, tem sido objeto de inúmeras discussões, havendo quem afirme constituir uma espécie da comunhão "em mão comum" (89), ou uma comunhão segundo quotas (90). O certo é que a alínea 2.ª do § 1.172 deu a cada um dos proprietários, desde que diversamente não haja sido disposto, o direito de exigir a redução da hipoteca que grava o seu prédio à fração correspondente à relação dele com o da totalidade dos prédios gravados. Esse dispositivo é do maior alcance, pois vem resolver precisamente os casos em que se edificou um prédio de apartamentos para vender ou se realizou um loteamento; em nosso direito, tudo ficaria na dependência do consentimento do credor. As regras da hipoteca em comunhão ("Gesarmthypothek") serviriam para resolver as dificuldades anteriormente expostas, e existentes em nosso direito, e para todos os demais em que houvesse uma pluralidade de prédios de mais de um proprietário, garantindo somente uma relação creditícia.

O princípio da indivisibilidade das garantias reais, no pertinente à hipoteca, tem de ceder no sentido de permitir a redução do gravame hipotecário, quando efetuados pagamentos substanciais, e também quando se cuidar de edifícios para venda de apartamentos ou de loteamentos, pois é de todo interesse do adquirente que grave o prédio apenas a fração que corresponda à totalidade dos prédios hipotecados.

A divisão dará lugar ao aparecimento de várias hipotecas, cada uma delas vinculada a um imóvel determinado. A solução do § 1172 do BGB é bem melhor do que a do art. 798 do Cód. Civil suíço, porque esta apenas permite, no caso de hipotecas de vários prédios por um só débito, pertencentes a diversos proprietários não obrigados solidariamente, que o ônus real grave cada um deles, segundo a fração que lhe caiba no débito total. No § 1.172 do BGB conferiu-se a cada um dos proprietários o direito formativo modificativo, de fracionar a hipoteca que grava a totalidade, de modo a que o seu prédio fique gravado apenas com uma parcela correspondente ao todo.

(88) BGB, § 1.132; §§ 1.172 e segs.

(89) Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 1.172, pág. 884.

(90) Soergel-Baur, Kommentar, v. 4, § 1.172, pág. 705.

### III. Os Pactos de Reserva Prelática

16. Sempre foram admitidos, em nosso direito, os pactos de reserva prelatícia, ou de reserva de prioridade de ônus (91), por se localizar a faculdade na ampla faixa de autonomia da vontade. A dificuldade está, porém, em fixar seus efeitos, se reais, ou meramente obrigacionais.

Toda a sistemática do registro, nesse particular, atende a dois princípios fundamentais, o da prioridade e o da continuidade. Convém, desde logo, frisar que a adoção da reserva de prioridade de ônus tem valor econômico relevante e atende às necessidades do crédito imobiliário visto que algumas instituições financeiras somente operam com gravames de primeiro grau. A "posição" dos gravames entre si quem a dá é o número de ordem e daí decorre normalmente a prioridade dos direitos reais em relação a outros inscritos posteriormente. Em algumas legislações, não se atribuiu ao proprietário a faculdade de reservar para outrem, mediante negócio jurídico com o credor, a preferência. Mas, em outras, a precedência entre os direitos reais depende em princípio da "posição" no registro imobiliário, embora seja possível, por meio de negócio jurídico dispositivo, conferir-se prioridade a direitos reais a serem inscritos posteriormente. No caso, a "posição" em que se encontra o credor hipotecário no registro não significa que ele tenha preferência, pois se destacou da anterioridade do número de ordem o efeito que lhe é normal, para atribuí-lo a outrem.

No DL. 1.000, reitera-se, no art. 193, a regra constante no art. 206 do anterior "Regulamento dos Registros Públicos", segundo a qual "apresentado o título da segunda hipoteca com referência à existência de anterior, o oficial, depois de prenotá-lo, esperará trinta dias que o interessado na outra promova o registro, com a devida preferência". Se tal não ocorrer, acrescenta o DL. 1.000, isto é, "esgotado esse prazo, que correrá da data da apresentação, sem que apareça o primeiro título, o segundo será registrado e obterá preferência sobre aquele." Discute-se se o princípio é dispositivo e Pontes de Miranda o considera modificável pelas partes (92). O art. 245 do DL. 1.000 consagra axioma igual ao art. 262 do anterior Regulamento dos Registros Públicos, no qual se afirma que "a prioridade das hipotecas de

(91) Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 18, págs. 38 e segs.; Carvalho dos Santos, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. 25, vb. Hipoteca, pág. 20 e segs.

(92) Tratado de Direito Privado, v. 18, pág. 38.

qualquer natureza será regulada exclusivamente pelo número de ordem do protocolo, ressalvadas as hipóteses dos arts. 193 e 195". A fixação da natureza e da eficácia dos pactos de reserva prelatícia depende de ser ou não constitutivo o registro. Se ele possuir o predicamento da constitutividade, nenhum óbice haverá quanto à utilização dos aludidos pactos, salvo se existir proibição.

Se for vedado outorgar-se prioridade diversa do número de ordem, o pacto de reserva prelatícia terá somente eficácia obrigacional, impedindo, nesse plano, que o credor inscreva o ônus, mas nenhuma influência terá na dimensão dos direitos reais, de tal modo que se o credor entender de não cumprir sua obrigação, poderá ser constrangido a indenizar os prejuízos daí decorrentes, embora isso não se reflita quanto à prioridade por ele adquirida no momento em que requereu o registro. Nos códigos em que a hipoteca existe "inter partes", antes de ser inscrita, tem-se que o pacto de reserva-prioridade não depende do registro para sua existência ou eficácia, que é de direito real, mas "inter partes", tornando-se "erga omnes", realizada aquela providência.

O art. 245 do DL. 1.000 fixa o princípio da imodificabilidade convencional dos graus de prioridade no registro, abrindo, apenas, no que aqui interessa, uma exceção, ou seja, a do art. 193, correspondente ao art. 206 do anterior Regulamento dos Registros Públicos.

A espécie prevista no art. 193 constitui-se em germe imperfeito dos pactos de reserva prelatícia dotados de eficácia real. Pré-notada hipoteca em que se alude à existência de outra, o oficial esperará por trinta dias, findos os quais será feita a inscrição. Os negócios jurídicos de reserva de grau atendem à necessidade de nossos dias de que o imóvel seja fator de crédito, cuja obtenção dura sempre período bem maior do que o previsto no art. 193 do DL. 1.000.

O Código Civil português não normou a figura, mas permitiu a cessão do grau hipotecário dos credores entre si (93). O direito germânico, além de regrar essa hipótese (94), disciplinou os negócios jurídicos de reserva de grau (95), que são de direito das coisas. No sistema do BGB, o proprietário, por meio de um negócio jurídico dispositivo com o credor, pode reservar-se o direito de inscrever com anterioridade de eficácia outra hipoteca, conforme as condições estabelecidas entre ambos. Siste-

(93) Cód. Civil, art. 729.

(94) BGB, § 880.

(95) BGB, § 881.

ma diverso seria o de registrar a hipoteca, objeto da reserva, com exclusão do eventual e futuro credor, para posterior complementação. Esta foi a solução do direito bávaro anterior portanto ao BGB (96).

Poder-se-ia, por fim, aperfeiçoar a disposição constante no art. 193 do DL. 1.000 permitindo-se, no caso de existir um pacto de reserva prelatícia, que se faça a pré-notação da hipoteca e do aludido pacto, o qual há de conter as condições gerais de gravame a ser posteriormente inscrito. A inscrição da hipoteca ficaria pendente durante o período estabelecido, mas se tornaria imediatamente eficaz se o imóvel fosse alienado, ou se se pretendesse registrar outra hipoteca sem as condições expressamente determinadas no pacto de reserva prelatícia. Essa solução aproximaria o tratamento do pacto de reserva de grau ao do das hipotecas diferidas, existentes em alguns sistemas modernos, as quais têm a característica de que a inscrição somente se opera quando o proprietário tentar registrar ou inscrever algum negócio jurídico capaz de prejudicar direitos do futuro credor hipotecário. Na hipoteca diferida não se faz desde logo a inscrição, mas os títulos necessários para isso estão em poder do oficial do registro, aguardando apenas a ordem, ou a ocorrência de algum fato que possa prejudicar os interesses do credor, tornando ineficaz a hipoteca a ser inscrita ou lhe dando categoria inferior à da data da entrega dos documentos. Com essa disposição, poder-se-ia impedir que a pré-notação tivesse eficácia apenas pelo período de trinta dias, o que é totalmente sem sentido em face das necessidades de obtenção de crédito imobiliário, as quais exigem espaço de tempo muito superior. À sua vez, constitui problema de não fácil solução o da extinção dos direitos reais pelo transcurso de tempo. Nas legislações que dão à constitutividade do registro um caráter absoluto, a inscrição de algum ônus ou gravame, de modo igual ao que sucede com a transcrição das alienações, não perde a sua eficácia apenas porque fluiu certo período de tempo. Esse princípio liga-se com o axioma de que as retificações do registro, quaisquer que sejam elas, dependem de provocação do interessado, não realizando o oficial nenhuma modificação "ex-officio". Afirma-se, em consequência, que a regra da extinção dos efeitos do registro pelo simples decurso de um prazo seja peculiar aos códigos que adotaram o princípio de que o registro tem efeitos meramente declaratórios, preponderando sobre a realidade que ali se contém as vicissitudes pelas quais pode passar o negócio jurídico que lhe deu causa. Por

(96) Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 881, pág. 133.

esse motivo, no direito germânico, em que se deu ampla eficácia à constitutividade do registro, a reserva de grau de inscrição não está submetida a nenhum prazo e adere de tal modo ao direito do proprietário sobre o imóvel, que o acompanha nas alienações.

O pacto de reserva prelatícia não é objeto apenas de pré-notação, mas ele deve ser inscrito juntamente com o gravame. Não se altera o "número de ordem" ("Post") da inscrição do ônus, apenas a hipoteca inscrita posteriormente prefere à anterior, por força do pacto de reserva de grau. (97)

A particularidade de nosso direito em face do BGB está em que entre nós se restringiu a possibilidade de alterar, por negócio jurídico, os graus de prioridade do registro, adotando, entretanto, quanto ao mais, um sistema móvel, já que, segundo a jurisprudência, no caso de vários credores hipotecários, o pagamento a um deles, ao credor da primeira hipoteca por exemplo, melhora a situação dos demais, porque o devedor não adquire em seu favor a hipoteca e as demais decrescem de grau.

No sistema do BGB, as hipotecas não modificariam nossa última hipótese a sua posição, pois o proprietário que prestou e solveu o débito adquiriria o gravame em seu favor (98), mantendo o seu grau. A vantagem para o proprietário é relevante, uma vez que ele poderá ceder o ônus real a outrem, com o grau em que estava inscrita.

O direito brasileiro adotou uma posição intermediária e não satisfatória, pois segundo o art. 193, "in fine", do DL. 1.000, não apresentado acordo de constituição de hipoteca no prazo de trinta dias, o oficial inscreverá a que lhe foi entregue como primeira hipoteca, perdendo o credor da outra a preferência. Cuida-se, aqui, apenas da perda de preferência de direito real, porque se o credor da segunda hipoteca se houvesse obrigado a não levá-la a registro antes que o da primeira o fizesse e se o prazo convencionado para isso fosse superior a trinta dias, o fato de o credor da segunda haver levado o título ao albo imobiliário seria, desde logo, infringência aos efeitos obrigacionais do pacto de reserva prelatícia, devendo, se disso resultou algum prejuízo, indenizar.

Em nosso Código Civil, no art. 817 (99), determinou-se que perfazendo 20 anos só poderá subsistir a hipoteca reconstituindo-se por novo título e nova inscrição e, neste caso, lhe será man-

(97) Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 362.

(98) § 1.163 do BGB.

(99) Com a redação dada pela Lei n.º 2.437, de 7 de março de 1955.

tida a preferência, que então lhe competir. Esta hipótese era a única em nosso direito, em que a extinção de uma hipoteca não alterava a ordem de precedência, quando se renovava o título e o próprio registro. Todavia, em face do art. 245 do DL. 1.000, que resolveu apenas dois casos em que a aludida precedência não se regularia pelo número de ordem (arts. 193 e 195) e não constando entre elas a preferência do art. 817 do Código Civil, em sua parte final, tem-se que a mesma foi derogada pelo aludido Decreto-Lei.

Por fim, a legislação sobre registros públicos não adotou, senão em escassa medida, a modificação convencional dos graus de prioridade por meio de pactos de reserva prelatícia, como também não normou a cessão dos graus hipotecários entre os credores. O pagamento do crédito hipotecário faz com que o gravame se extinga, sem que se transforme em hipoteca em favor do proprietário, o que seria uma solução prática e de grande alcance econômico.

17. O direito de remição, no direito brasileiro, cabe ao credor da segunda hipoteca, ao próprio devedor (100) e ao adquirente (101).

A particularidade de nosso direito, do italiano e do português, para somente enumerar alguns sistemas jurídicos, está em que o adquirente do imóvel gravado tem o direito de remi-lo antes do vencimento do crédito hipotecário (102). Na "common law" inglesa, denomina-se de remição também ao dever que tem o obrigado de adimplir a dívida, mas isso atende à peculiaridade de que nesse sistema o credor pode tornar-se proprietário através de declaração judicial de preclusão do direito de remir e também à concepção vigorante até o advento da "Law Property Act", em 1925, de que na hipoteca se transferia desde logo a propriedade ao credor, embora sob condição resolutiva, ficando, em princípio, o devedor hipotecário com a posse imediata.

No direito germânico (103), deu-se o direito de remição "Ablösungsrecht" ao proprietário do bem gravado que seja também devedor e a qualquer terceiro que possa perder, por meio da execução hipotecária, um direito no imóvel, incluindo-se, en-

(100) Cód. Civil, art. 814.

(101) Cód. Civil, art. 815.

(102) Cód. Civil, art. 815, § 1.º.

(103) BGB, §§ 1.142 e segs.

(104) BGB, §§ 268 e 1.150.

(105) H. Westermann, Sachenrecht, § 103, pág. 499 e segs.

tre eles, o possuidor que sofrer o risco de se ver privado da posse (104).

Merece crítica considerar-se exercício de direito de remir o adimplemento do devedor que seja ao mesmo tempo proprietário do imóvel onerado, pois nenhum direito existe para ser exercido, já que se trata precisamente do contrário, isto é, de cumprir um dever. Não haveria sentido usar a expressão o direito de remir, ou remição, para essas hipóteses (105).

Em algumas legislações, o direito de remição, ou de expurgação de ônus, como lhe denomina o Código Civil português (106), é somente aplicável aos adquirentes de imóveis gravados, não se considerando os demais casos, como o do credor hipotecário, espécies do direito de remir.

O conceito do direito de remir dependerá dos efeitos que o ordenamento jurídico atribuir ao seu exercício. Nos códigos que dispuseram que a remição somente terá lugar quando um terceiro adquirir o domínio de um imóvel gravado, a remição terá o sentido de liberação, de extinção ou expurgação de um gravame. Em outros sistemas, e isso se deduz pelo § 268 do BGB, a remição se constitui em "direito à proteção de outros direitos" e o seu exercício supõe o vencimento da dívida hipotecária. Nosso Código Civil tem a remição no sentido dos códigos romanísticos, isto é, independentemente do vencimento da dívida quando o terceiro adquire imóvel gravado, propondo para a liberação pelo menos o preço pelo qual obteve o bem (107), e também no do BGB.

Se o ordenamento admitir hipotecas em favor do proprietário, o exercício do direito de remir não gera imediatamente a liberação e apenas transfere a quem prestou a titulariedade da garantia real. Mas, se do exercício do direito resultar a consumção da garantia, a remição terá o significado de liberação.

No direito brasileiro, cabe ao devedor, ao titular da segunda hipoteca e ao terceiro adquirente, o aludido direito. Nas duas primeiras hipóteses, é necessário que a dívida esteja vencida e, na última, tem-se que o nascimento do direito de remir opera-se pelo simples fato da aquisição por terceiro de bem gravado.

A razão pela qual o ordenamento dá ao credor da segunda hipoteca o direito de remi-la outra não é senão a de impedir que o credor da segunda venha a sofrer o risco resultante de uma possível execução e o adimplemento que este realizar re-

(106) Cód. Civil port., art. 721; Cód. Civil ital., arts. 2.889 e segs.

(107) Cód. Civil, art. 815.

(108) Cód. Civil, art. 814, § 2.º; art. 985, inc. I.

percutirá no mundo jurídico como sub-rogação (108) nos direitos do credor cujo débito foi solvido. Todavia, não parece acertado conferir esse direito apenas ao credor da segunda hipoteca, como se dispôs no direito brasileiro, pois a situação deste é análoga a de todos os demais que podem perder um direito sobre o imóvel, por força de uma execução hipotecária.

O direito de remir, no particular, liga-se com a teoria do pagamento ou adimplemento. Se todos e qualquer um pudessem prestar independentemente da vontade do devedor nenhum sentido haveria em falar-se em direito de remir, pois o pagamento teria sempre a virtude de liberar o ônus, embora pudesse não gerar a sub-rogação nos direitos do credor. No direito germânico, se o devedor objetar ou contraditar a oferta da prestação por terceiro, terá o credor a faculdade de recusá-la (109). Todavia, se se tratar de exercício de direito de remição, o seu titular poderá prestar ainda que o devedor tenha objetado e que o credor se tenha recusado a aceitar o adimplemento. Distinguem-se, aí, nitidamente direito e faculdade; e a remição é exercício de direito.

#### IV. O Direito de Remição

No direito brasileiro, não se vinculou o direito de remir com a teoria de pagamento e dispôs-se apenas a respeito de uma hipótese de remição, a do credor da segunda hipoteca, não se facultando aos demais detentores de um direito sobre o imóvel o exercício do aludido direito.

Nosso Código submete a outros requisitos o direito de remir de terceiro, adquirente de imóvel gravado, já que este direito nasce independentemente do vencimento da dívida e a remição pode ser feita pelo valor da alienação.

No BGB, adotou-se uma norma igual para todas as hipóteses em que o imóvel gravado não pertence ao devedor hipotecário e pouco importará se foi um terceiro quem deu a garantia real, ou se alguém posteriormente adquiriu a propriedade gravada, pois o tratamento jurídico é o mesmo.

Conforme disposto no § 1.172, o proprietário está legitimado a satisfazer o credor quando o crédito se venceu, ou quando o devedor pessoal tenha o direito a efetivar a prestação.

Tanto a "common law" quanto o direito germânico desconhecem o benefício de poder utilizar o adquirente do imóvel gravado o direito de remição antes ainda do vencimento da dí-

(109) BGB, § 267, alínea 2.<sup>a</sup>.

vida, pois este direito somente pode ser exercido como está expresso com mais generalidade no BGB, desde que possa haver a execução hipotecária (110), uma vez que existem causas de dissolução de contrato por descumprimento de obrigações.

Cuida-se, então, de saber da compatibilidade do direito de remição com a circulação das hipotecas por meio de cédulas. O direito dos adquirentes dos imóveis gravados de liberarem-se de ônus sem que a dívida esteja vencida dificulta a circulação hipotecária, pois submete o credor ao dever, se não concordar com a oferta do valor da remição, que é pelo menos o da aquisição, de ter de submeter-se a um processo de licitação (111). Apesar de ser a remição o exercício de um direito, o Código Civil, paradoxalmente, onera o devedor de tal modo se não notificar o credor dentro em trinta dias a contar da data da aquisição para esse efeito (112), que ele tem de iniciar o processo de liberação do imóvel. Como este pode ser liberado propondo-se o preço pelo qual foi obtido, tudo isso pode resultar em grave prejuízo para o credor e para as demais transações que tenham por base a cédula hipotecária. Não seria, em consequência, aconselhável permitir o exercício do direito de remição antes do vencimento da dívida, ou sem que o imóvel estivesse sofrendo o risco de vir a ser executado, pelo menos nas hipotecas cedulares.

Se quem adquiriu prestar ao credor, operar-se-á em seu benefício, e de pleno direito, a sub-rogação (113). Se quem tornar-se proprietário do prédio, em razão da licitação, for o credor hipotecário, o devedor e alienante será responsável por evicção (114), em face daquele que perdeu o domínio.

No direito italiano (115), deu-se a faculdade ao adquirente do imóvel hipotecado, no momento em que o compra, de reter a prestação do preço para ofertá-la ao credor. Com esse procedimento, evita-se que haja uma nova prestação do adquirente, com a qual ele se sub-rogaria nos direitos do credor em face do devedor e tenha depois de cobrar deste o que pagou.

É costume, entre nós, que na alienação haja também uma "assunção interna de adimplemento", pela qual o novo proprietário, como parte do preço, promete ao vendedor quitar a hipoteca. Nessa hipótese, não se pode falar em pagamento que gere

(110) BGB, § 268.

(111) Cód. Civil, art. 815, § 1.º e 2.º; art. 816.

(112) Cód. Civil, art. 815, § 1.º; art. 816, § 2.º, inc. I a III.

(113) Cód. Civil, art. 985, inc. II.

(114) Cód. Civil, art. 816, § 4.º; art. 1.108.

(115) Cód. Civil ital., art. 1.482; art. 2.897.

sub-rogação, pois parte ou a totalidade do preço tem de ser pago ao credor hipotecário. Cuida-se de estipulação em favor de terceiro "solvendi causa", normalmente em sentido impróprio, uma vez que a "assunção interna de adimplemento" é negócio jurídico somente entre devedor e terceiro e não gera direitos ao eventual beneficiário, no caso, ao credor hipotecário.

A posição jurídica do adquirente de um imóvel hipotecado é a mesma de quem não é devedor e deu em garantia de um débito um imóvel de sua propriedade. A identidade entre ambos os casos está em que eles não devam, apenas respondam. Tudo isso está a exigir um tratamento igual.

#### V. Os Representantes para fins de Execução Extrajudicial

18. Determinou-se no art. 29 do DL. 70 que "as hipotecas a que se referem os arts. 9 e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (arts. 298 a 301) ou deste Decreto-lei (arts. 31 a 38)."

A execução das cédulas hipotecárias (116) pode ser realizada através de "agentes fiduciários", sendo um deles, para as hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, o Banco Nacional de Habitação (BNH) e, nos demais casos, as instituições financeiras, inclusive as sociedades de crédito imobiliário (117). Os agentes fiduciários, nas hipotecas não compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, deverão ser escolhidos de comum acordo entre credor e devedor, no contrato originário ou em aditamento ao mesmo, salvo se estiverem agindo em nome do BNH, como delegados para esse efeito (118), ou nas hipóteses em que não havendo acordo sobre quem deverá ser agente fiduciário seja o mesmo designado pelo juiz competente (119). No processo de execução de cédulas hipotecárias por meio de agentes fiduciários, ou de representantes, adotou-se o modelo da execução forçada, pois, embora ela se realize extrajudicialmente, ela se efetiva através de leilões públicos, guardando semelhança com o que ocorre nas execuções judiciais (120). Em sua essência, esse tipo de execução extrajudicial é análogo ao das

(116) DL. 70, arts. 9 e 10.

(117) DL. 70, art. 30, I e II. O termo agente fiduciário provém da "common law" ("trustee") e seria melhor designá-lo simplesmente como "fiduciário", ou como representante.

(118) DL. 70, art. 30, § único.

(119) DL. 70, arts. 41 e 30, § 2.º.

(120) DL. 70, arts. 32 a 34.

"mortgages" do direito americano em que o credor (121), ou um terceiro, inclusive órgãos públicos, desde que assim se tenha convencionado, têm legitimação para realizar a extração do valor do imóvel, como fiduciários do credor e do devedor, sendo autorizados a receber quantias e a realizar pagamentos, tal como se previu no DL. 70 (122).

No sistema do DL. 70, o representante de ambos os figurantes da relação de crédito hipotecário é fiduciário não só do "power of sale", como também dos "proceeds of sale", devendo, para isso, realizar leilões públicos, o que não sucede, em princípio, no direito inglês.

No DL. 70, previra-se dois tipos de agentes fiduciários em seu art. 30, sendo o do inciso I, o BNH, de natureza diversa dos demais. É da competência do BNH, nas hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, a qualidade de agente fiduciário, por força de lei, se optar pela execução extrajudicial (123) independentemente, portanto, de acordo entre os figurantes da relação jurídica (124).

Essa competência é de direito público e pode ser delegada às instituições financeiras (125) pelo Conselho de Administração do BNH, o qual lhes fixará a forma de atuação.

Nos demais casos, o agente fiduciário depende da concordância do credor e devedor, ou ainda de indicação judicial, se não houver acordo. Sua posição é, entretanto, mais restrita do que a do "Grundbuchvertreter", pois o representante inscrito no albo imobiliário não é figura que surja apenas na execução da hipoteca, mas um representante com características de fiduciário que pode acompanhar todo o desenvolvimento da relação obrigacional e hipotecária, restrito, é verdade, aos gravames em segurança de títulos ao portador, letras de câmbio ou outros títulos endossáveis.

A posição jurídica do agente fiduciário, escolhido por ambos os figurantes, é peculiar: não se vincula ao proprietário ou ao credor, por uma relação de mandato. Ele representa a ambos por direito autônomo tal como sucede com o representante ins-

(121) No DL. 70, salvo quando se cuidar do BNH como "agente fiduciário" por natureza, este deverá ser sempre um terceiro que não mantenha vínculos com credores ou devedores (art. 30, § 3.º).

(122) DL. 70, art. 35.

(123) DL. 70, arts. 29 e 30, inc. I.

(124) DL. 70, art. 30, § 2.º.

(125) DL. 70, art. 30, § 1.º.

crito no albo imobiliário, no direito germânico (126), embora lá não se admita a execução extrajudicial da hipoteca. É o que se deduz também do art. 35 do DL. 70, em que se afirma ser o aludido agente "autorizado independentemente de mandato do credor ou devedor, a receber quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo público leilões, que deverá entregar ao credor ou ao devedor conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração".

O agente fiduciário tem, entretanto, poderes menos amplos, posto que vinculados somente à execução hipotecária extrajudicial. O próprio BNH reconheceu essa insuficiência tanto que por Resolução de Diretoria (127) criou a figura dos "cobradores", aos quais compete o recebimento do crédito incorporado nas cédulas hipotecárias.

No direito germânico, todas essas funções, de cobrança, de fiscalização, de denúncia do contrato hipotecário e de execução, podem ser atribuídas ao representante. Para constituir o representante inscrito no registro imobiliário, é necessário, segundo o BGB, também acordo entre o proprietário e o credor se o título for a ordem; se se tratar de título ao portador, basta a declaração de vontade de quem tem o domínio, exigindo-se em ambos os casos a inscrição no registro de imóveis (128).

A instituição do representante inscrito no albo imobiliário, que pode ser pessoa física ou jurídica, tem por finalidade tornar ao devedor mais fácil a prestação, principalmente quando se cuida de títulos amortizáveis e evitar que este não saiba, em face da circulação do título, quem deverá receber a prestação.

No DL. 70 (129), facultou-se às partes, em qualquer momento, em aditamento ao contrato hipotecário, substituir o agente fiduciário. A substituição convencional do agente supõe apenas acordo entre credor e proprietário e refere-se, obviamente, àqueles casos em que a indicação do representante é convencional. De modo igual, pode ocorrer, no direito germânico, mediante acordo entre proprietários e credores, a destituição do representante, devendo, entretanto, esse acordo, para produzir efeitos, ser levado a registro.

O direito brasileiro demonstra assim uma aproximação progressiva à figura do representante, com poderes mais extensos

(126) Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 1.189, VI, pág. 949.

(127) RD, 16/67, de 24.5.1967, publicada no Diário Oficial da União de 7.6.1967.

(128) BGB, § 1.188.

(129) DL. 70, art. 30, § 4.º.

do que o de simples "agente fiduciário". Seria de toda conveniência dar maior dimensão a essa figura atribuindo-lhe um sistema de regras claramente definido. Um bom modelo para isso poderia ser o representante inscrito no registro de imóveis, abrangendo não só as hipotecas em garantia do DL. 70, mas também as hipotecas de tráfico, previstas nos DLs. 167 e 413, facilitando os recebimentos das quantias para amortização ou quitação, regularizando a todo o momento o registro em razão da circulação, como também conferindo-lhe a representação para execução judicial ou extrajudicial até final extração do valor do bem onerado.

## VI. Hipoteca e Anticrese

19. No direito inglês, a "mortgage" contém, como uma virtualidade de execução do débito, a transferência da posse imediata ao credor para que este possa fruir as utilidades do bem e compensar os juros ou o capital. No direito brasileiro, há uma certa tendência para a extinção da anticrese. Uma das razões de não ser aplicável entre nós a anticrese está em que o seu regramento, ao contrário do usufruto, não permite que essa garantia recaia sobre universalidades. Por sua vez, impunha-se que o Código Civil houvesse exarado certas regras sobre a administração, prestação de contas e até mesmo, como sucede no direito inglês, sobre a possibilidade de ser fixado judicialmente o preço do arrendamento que compensasse a utilização do imóvel. Deixar ao arbótrio do credor essa providência, torna extremamente desinteressante o instituto. O Projeto Orlando Gomes não consagrou a anticrese entre os direitos reais da garantia, seguindo, aliás, o exemplo do Código Civil português. Os direitos do usufrutuário, no Projeto Orlando Gomes, podem ser cedidos a terceiros, resolutivamente, tendo o nu-proprietário direito de preferência na aquisição (130) de modo que esses direitos podem ser objeto de hipoteca (131).

Todavia, não parece acertado extinguir a anticrese, quando em outros países ela tem sido aplicada até mesmo no direito de

(130) Art. 533 e § único. No Projeto Orlando Gomes consagra-se princípio diverso do Código Civil (art. 717), pois nestes o usufrutuário somente poderá transferir o seu direito ao Proprietário da coisa. O Projeto adotou o mesmo princípio que o do art. 1.444, alínea 1.ª, do Código Civil português.

(131) Projeto Orlando Gomes, arts. 644 e 647; Cód. Civil port., art. 699, alíneas 1 a 3.

empresas, com excelentes resultados. O BGB não contemplou a anticrese no catálogo dos direitos reais de garantia sobre imóveis, mas a praxe criou o denominado "usufruto em garantia", por meio do qual se pode atribuir ao credor hipotecário o usufruto sobre o bem gravado, para desse modo imediatamente (e não após o "seqüestro") poder fruir os frutos do imóvel (por exemplo, os aluguéis) (132). Os frutos destinam-se a abater a dívida garantida por hipoteca. Com a combinação dessas duas figuras, hipoteca e usufruto, chegou-se à permissão fática da anticrese sobre bens imóveis que o BGB não consagrara, pois o "penhor de fruição" somente pode recair sobre bens móveis. Nosso Código Civil define a anticrese (133) como direito de real garantia através do qual o devedor, ou um terceiro, entrega ao credor um imóvel, cedendo-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos. Essa definição corresponde à da "vifgage", e a do § 1.º do art. 805, à da "mortgage" medieval, já que é lícito estipular também que os frutos e rendimentos do imóvel, na sua totalidade, sejam percebidos pelo credor somente à conta de juros. Em nosso direito, permite-se que o imóvel hipotecado possa ser dado em anticrese pelo devedor ao credor hipotecário, assim como o imóvel sujeito à anticrese possa ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético (134).

Critica-se a anticrese por não ser utilizada em nossos dias. A verdade é que a anticrese, no Código Civil, restringiu-se aos frutos e rendimentos produzidos por imóveis, o que não satisfaz numa época predominantemente industrial, na qual a empresa tende a ser o centro da economia. Assim, impunha-se que objeto de anticrese pudessem ser também empresas, ou seja, universalidades, tal como sucede com o usufruto.

(\*) Trabalho realizado para a reforma do sistema hipotecário brasileiro, e apresentado na Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil.

(132) Baur, Sachenrecht, § 32, I, b, pág. 260.

(133) Art. 805.

(134) Cód. Civil, art. 805, § 2.º.

## OS CRÉDITOS PREFERENCIAIS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Evandro Ramos Lourenço (\*)

### I

#### Necessidade de Atualização da Matéria

Segundo o art. 1.557 do Código Civil, "os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais". Entretanto, refletindo as grandes transformações econômicas e sociais do mundo contemporâneo, o legislador brasileiro, rompendo as estreitezas do civilismo, estabeleceu, nas esferas financeiras, tributária e trabalhista, normas autônomas instituidoras de específicas preferências, situadas acima dos direitos reais e dos privilégios contemplados nas anteriores codificações de direitos privado.

Neste setor, as modificações da ordem jurídica nacional, parecem remontar ao Governo Provisório, que, pelo Decreto n.º 22.866, de 28 de junho de 1933, outorgou ao crédito tributário preferência a quaisquer outros, ainda quando gravados de ônus real. (1) A partir daí múltiplas alterações foram levadas a efeito, surgindo sérios obstáculos para o atendimento às causas legítimas de prelação, face ao emaranhado de leis esparsas disciplinadoras da matéria, às vezes obscuras, outras vezes exigindo do intérprete cuidado especial para solucionar os conflitos intemporais de normas legais que, com efêmera vigência, se revogam tacitamente.

(\*) Promotor Público no Estado do Rio de Janeiro.

(1) O Supremo Tribunal Federal denominou tal preferência de "ônus real de direito público, contra o qual não pode prevalecer o ônus real de direito privado" (apud J. G. R. de ALKMIN, "Direito das Coisas", pág. 744, n.º 1.784).

Em razão disto, há muita desatualização nas obras dos mestres que abordaram, entre nós, a graduação legal das preferências, na falência e no concurso de credores. (2) Até os trabalhos mais recentes olvidaram a norma límpida do art. 186 do Código Tributário Nacional, de 1966, que, mantendo a superpreferência dos créditos trabalhistas, fixou os créditos tributários em posição inferior à daqueles. Isto sem falar na novidade trazida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que, em seu art. 9.º, inciso I, fez desaparecer a prioridade creditícia da União sobre os Estados e deste sobre os Municípios, **situando-os no mesmo grau de preferência.**

Este trabalho pretende dar atualidade à matéria dentro do direito positivo vigente, fixar novos problemas correlatos e demonstrar a quase uniformização das preferências legais, quer o devedor comum seja comerciante, quer não. (3)

(2) Entre eles, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. "Tratado de Direito Comercial Brasileiro": WALDEMAR FERREIRA, "Instituições de Direito Comercial — A Falência", ed. de 1955; WALTER T. ALVARES, "Direito Falimentar", ed. de 1966; ALFREDO BUZAID, "Do Concurso de Credores no Processo de Execução", ed. de 1950; JOSÉ MARINS CATHARINO, "Contrato de Emprego", 1.ª ed., págs. 74/77; AMILCAR DE CASTRO, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. 10, ed. da Revista Forense; PONTES DE MIRANDA. "Comentários ao Código de Processo Civil", volume 6, ed. da Revista Forense.

(3) Tratando-se de assunto vasto e complexo, apenas serão abordadas, neste trabalho, as hipóteses de maior incidência nas relações de crédito mais comuns. Não se mencionou, por **altamente específico**, o esquema de preferências conferidas aos chamados **créditos marítimos ou navais** (Convenção de Bruxelas, de 1-4-26, aprovada pelo Decreto n.º 351, de 1-10-35; Decreto n.º 15.788, de 8-11-42) e **aeronáuticos** (Convenção de Genebra, de 19-6-48, aprovada pelo Decreto n.º 33.648, de 25-8-53; art. 21 do Decreto-Lei n.º 32, de 18-11-66, alterado pelo Decreto-Lei n.º 234, de 28-2-67; Decreto-Lei n.º 496, de 11-3-69). Tratamento também à parte merecem as denominadas **operações de crédito imobiliário** (art. 22, § 1.º da Lei n.º 4.864, de 9-11-65 e art. 33 do Decreto-Lei n.º 70, de 21-11-66), sendo de notar que **"as letras imobiliárias** emitidas por sociedades de crédito imobiliário terão preferência sobre o ativo da sociedade emitente em relação a quaisquer outros créditos contra a sociedade, inclusive os de natureza fiscal ou parafiscal" (art. 44, § 2.º da Lei n.º 4.380, de 21-8-64). O portador de **warrant** tem também preferência específica (art. 26, § 1.º do Decreto n.º 1.102,

### Superpreferência dos créditos trabalhistas

Dentre os créditos trabalhistas, ocupavam posição primacial os decorrentes de **indenizações por acidente do trabalho**, que preferiam "a todos os créditos admitidos na falência" (§ 1.º do art. 102 da Lei de Falências, em sua redação dada pela Lei n.º 3.726, de 11-2-60). O Código Tributário Nacional, consubstanciado na Lei n.º 5.172, de 25-10-66, entretanto, em seu artigo 186 (4), estendeu esta vantagem a todos os créditos trabalhistas, colocando, assim, na mesma classe, em condições de igualdade, **salários e indenizações**, incluindo-se nestas as da Lei de Acidentes do Trabalho, texto especial em relação à Constituição das Leis do Trabalho. (5)

Pelo citado art. 186, o crédito por **férias** deixou de ter apenas **privilegio geral** (item XI infra), para ser alçado à classe de preferencial, juntamente com os salários e indenizações, alterado, portanto, o art. 144 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Tendo em vista, naturalmente, que apenas as indenizações por acidente e os salários têm natureza alimentar, visto que constituem, regra geral, a única fonte de renda do empregado, o De-

de 21-11-03). O crédito da Caixa Econômica Federal decorrente do **programa de assistência financeira às empresas** goza de prioridade (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 21, de 17-9-66, com as alterações do Decreto-Lei n.º 732, de 5-8-69 e do Decreto-Lei n.º 933, de 13-10-69). **Garantias especiais são dadas ao crédito rural** (art. 34 do Decreto n.º 58.380, de 10-5-66, e Decreto-Lei n.º 784, de 25-8-69; Decreto-Lei n.º 167, de 15-2-67, arts. 9, 64, 28, 45 e 53) e ao **crédito industrial** (Decreto-Lei n.º 413, de 9-1-69, arts. 9, 17, 46 e 56).

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

(5) "O privilégio do crédito tributário pode ser considerado absoluto, pois deverá ser pago de preferência a qualquer outro, **exceto os decorrentes da legislação do trabalho, isto é, salários e indenizações, incluindo-se nestas, a nosso ver, também as indenizações da Lei de Acidentes do Trabalho, texto especial em relação à C.L.T.** (ALIOMAR BALEEIRO, "Direito Tributário Brasileiro", 1.ª edição, 1970, Forense, Rio, pág. 538).

creto-Lei n.º 192, de 24-2-67, restringiu a preferênça dos créditos oriundos das demais indenizações trabalhistas para somente um terço do respectivo montante. (6)

Com essas modificações, deve ser assim entendida a redação do art. 449, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho: na falência, na concordata e no concurso de credores (item XIV, 6 infra), constituirão crédito **preferencial** (e não apenas privilegiado) a **totalidade dos salários devidos** ao empregado e **um terço das indenizações a que tiver direito**, e crédito quirografário os restantes dois terços.

Ao homem do campo a prioridade também se confirma. Segundo o disposto no art. 66 do Estatuto do Trabalhador Rural, seus direitos "decorrentes do contrato de trabalho gozarão dos privilégios (7) estatuidos na legislação falimentar, civil e trabalhista, sempre que ocorrer falência, concordata, concurso de credores, execução ou cessação da atividade rural".

---

(6) Dentro do mesmo espírito de atribuir supergarantias ao crédito por salários, foi baixado o Decreto-Lei n.º 368, de 19-12-68, que assim dispôs: "Art. 1.º A empresa em débito salarial com seus empregados não poderá:

I — pagar honorário, gratificação, "pro labore" ou qualquer outro tipo de retribuição ou retirada a seus diretores, sócios, gerentes ou titulares de firma individual;

II — distribuir quaisquer lucros, bonificações, dividendos ou interesses a seus sócios, titulares, acionistas ou membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;

III — ser dissolvida".

No seu art. 4.º preceituou: "os diretores, sócios, gerentes, membros de órgãos fiscais ou consultivos, titulares de firma individual ou quaisquer outros dirigentes de empresa responsável pela infração do disposto no art. 1.º, incisos I e II, estarão sujeitos à pena de detenção de 1 mês a 1 ano".

(7) A lei, nesse ponto, carece de precisão terminológica. Aí, "privilégios" deve ser entendido, no mais amplo sentido, como sinônimo de "preferências". O art. 1.557 do Código Civil faz nítida diferença entre estes dois conceitos (cfr. item I supra). Aliás, prevalece a regra geral e posterior do já citado art. 186 do Código Tributário Nacional, que fixou os créditos trabalhistas, sem distinção, como sendo preferenciais.

### III

#### Créditos tributários — Revogação constitucional das escalas entre eles

Como se vê, os créditos trabalhistas supramencionados são pagos precipuamente a quaisquer outros, inclusive aos tributários, que lhes seguem imediatamente na ordem de graduação das preferências. (8) Nos termos do art. 1.751 do Código Civil, repetido pelo art. 60, parágrafo único, da Lei dos Executivos Fiscais, e pelo art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a Fazenda Federal prefere à Estadual e esta à Municipal. Tais disposições se consideram, entretanto, revogadas (9), à vista do texto atual do Estatuto Magno, que, pela Emenda n.º 1, de 1969, conferiu a seguinte redação ao art. 9.º, inciso I: "A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra". Corolário lógico deste preceito é que o Fisco Federal, Estadual e Municipal disputam seus créditos na mesma classe e, "pro rata", se o resultado da apuração dos bens do devedor não der para o pagamento integral.

### IV

#### O crédito tributário e as contribuições parafiscais

Mister se faz delimitar, com precisão, o conceito de "crédito tributário", a fim de que se possa concluir se tal expressão abrange ou não as chamadas **contribuições parafiscais**. Diante da nova sistemática implantada pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 27, de

---

(8) Observe-se que o art. 188 da citada Lei n.º 5.172, de 25-10-66, concede preferência sobre quaisquer outros créditos ao do Fisco por prestações vencidas e vincendas no decurso do processo de falência. ALIOMAR BALEEIRO assevera que, "apesar dos termos gerais do dispositivo, há de subentender-se a execução da cláusula "in fine" do art. 186, em relação aos créditos oriundos da legislação do trabalho" (Ob. cit., nota 5, pág. 540).

(9) Conforme ensinamento do eminente jurista VITOR NUNES LEAL, "a incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova" é "um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade" (cfr. LEIS COMPLEMENTARES DA CONSTITUIÇÃO "in Revista de Direito Administrativo (F. G. V.), volume VII, páginas 389/390).

14-11-66, com a modificação que lhe trouxe o art. 9.º do Ato Complementar n.º 27, de 18 de dezembro de 1966 (10), pode-se dizer que o legislador pátrio se deixou influenciar, conforme lembra ALIOMAR BALEEIRO, pela doutrina que considera as contribuições parafiscais como autênticos tributos. (11) Dando margem à constituição de crédito tributário, desfrutam elas, inegavelmente, da preferência estatuída no art. 186 do Código Tributário Nacional, ao lado dos impostos, taxa e contribuição de melhoria instituídos pelos poderes federais, estaduais e municipais. Por esta interpretação, estarão no mesmo plano da escala de prioridades, ao lado dos créditos fiscais correspondentes aos tributos mencionados nos arts. 16, 77 e 81 da Lei n.º 5.172/66, as quotas de previdência, a contribuição sindical, as contribuições para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, para a Previdência Social (INPS), para o 13.º salário, para salário-família e salário-educação, para o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) ou Comer-

(10) Tais diplomas dispõem que os arts. 17, 74, § 2.º, 77, parágrafo único e outros mais do Código Tributário Nacional "não excluem a incidência e a exigibilidade:

I — da contribuição sindical, denominação que passa a ter o imposto sindical de que tratam os arts. 578 e seguintes da CLT, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei n.º 4.589, de 11-12-64;

II — das denominadas quotas de previdência a que aludem os arts. 71 e 74 da Lei n.º 3.807, de 26-8-60, com as alterações determinadas pelo art. 34 da Lei n.º 4.863, de 29-11-65, que integram a contribuição da União para a Previdência Social, de que trata o art. 157, item XVI da Constituição Federal;

III — da contribuição destinada a constituir o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, de que trata o art. 158 da Lei n.º 4.214, de 2-3-63;

IV — da contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criada pelo art. 2.º da Lei n.º 5.107, de 13-9-66;

V — das contribuições enumeradas no § 2.º do art. 34 da Lei n.º 4.863, de 29-11-65, com as alterações decorrentes do disposto nos arts. 22 e 23 da Lei n.º 5.107, de 13-9-66, e outras de fins sociais criadas por lei."

(11) "As contribuições parafiscais, em resumo, são tributos e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição" (Ob. cit. nota 5, pág. 571).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

cial (SENAC), para o Serviço Social da Indústria (SESI) ou do Comércio (SESC), para o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário (INDA/INCRA) e quaisquer outras de fins sociais criadas por lei (cfr. nota 10).

Mantendo esta mesma orientação, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, incluiu, no capítulo que trata o "Sistema Tributário", norma que dá competência à União para "instituir contribuições, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais" (art. 21, § 2.º, inciso I).

Apesar da evidência dos citados dispositivos legais mais recentes, se vier a prevalecer o entendimento oposto de que as contribuições parafiscais não são tributos, os créditos correspondentes às supramencionadas contribuições cobradas pelo INPS (Lei n.º 4.863, de 29-11-65, com as alterações efetuadas pela Lei n.º 5.107, de 13-9-66, também modificada pelo Decreto-Lei número 20, de 14-9-66) passarão a gozar de preferência imediatamente inferior à dos créditos tributários, nos termos da Lei Orgânica da Previdência social. (12)

## V

### A Fazenda Pública não está sujeita à habilitação em falência ou em concurso de credores

#### Posição dos credores trabalhistas no executivo fiscal

O Código Tributário Nacional, depois de fixar o primado do crédito trabalhista, estatuiu que "a cobrança judicial do crédito

(12) "Os créditos da previdência social relativos a contribuições por ela arrecadadas, com seus adicionais ou acréscimos de qualquer natureza, inclusive a quota de previdência, a correção monetária e os juros de mora correspondentes, nos processos de falência, concordata ou concurso de credores, estão sujeitos às disposições atinentes aos créditos da União, aos quais são equiparados, seguindo-se a estes na ordem de prioridade" (art. 156 da Lei n.º 3.807/60, com a redação dada pelo art. 25 do Decreto-Lei n.º 66, de 21-11-66; ver também art. 20 da Lei n.º 5.107, de 13-9-66, com as alterações determinadas pelo Decreto-Lei n.º 20, de 14-9-66).

No tocante à previdência social rural, ver art. 58 do Decreto n.º 53.154, de 10-12-63.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento”.

Há visível incompatibilidade entre este preceito legal e o anterior (art. 186), que proclama, na ordem de classificação, a preferência dos credores trabalhistas sobre a Fazenda Pública. De fato, ficaria violado esse direito se o Fisco, liberto da habilitação em falência ou concurso creditório, pudesse intentar a ação executiva com penhora de parte ou de todos os bens do devedor comercial ou civil, e ficasse vedada aos empregados a disputa de preferência de seus créditos naquele executivo. Poderia acontecer que os Fiscos Federal, Estadual e Municipal absorvessem todo o patrimônio do devedor comum, tornando sem efeito a antecedência legal atribuída aos créditos decorrentes da legislação trabalhista.

Segundo o magistério de CARLOS MAXIMILIANO, “se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem supremacia” e, “se uma disposição é secundária ou acessória e incompatível, com a principal, prevalece esta”. (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Ed. Freitas Bastos, 1941, 3.<sup>a</sup> edição, págs. 168/170).

No caso, vingaria, sem dúvida, a disposição principal contida no art. 186, que escalona a preferência entre os créditos trabalhistas e tributários, sendo preceito acessório o subsequente, que apenas regula a forma de cobrança de um deles.

Segundo a lição dos mestres, havendo incompatibilidade entre duas normas jurídicas, só se pode considerar como insubsistente uma delas quando impossível, por todos os modos, sua conciliação. Assim sendo, é de se concluir pela inexistência de antinomia entre os dois textos, senão no que tange à exclusão dos créditos trabalhistas no concurso de preferência com o Fisco, a ser instaurado no executivo fiscal. Caso é, pois, de se harmonizarem os dois dispositivos, no sentido de se permitir que os empregados disputem a preferência com o Fisco. Salva-se, deste modo, a superpreferência dos créditos trabalhistas e, ao mesmo tempo, o princípio de não se sujeitar a Fazenda Pública ao concurso de credores ou à habilitação em falência, já que ela não deve ficar, na cobrança de sua dívida ativa, à mercê do longo e acidentado processamento dos concursos de credores e falências.

Aliás, face às modificações trazidas pelos arts. 186 e 187 do Código Tributário Nacional e, também, pelo art. 9.<sup>o</sup>, inciso I, da Emenda Constitucional n.<sup>o</sup> 1, de 1969, o que restou em vigor do texto do art. 60 do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 960, de 1938, foi apenas a menção de que a Fazenda não está sujeita a concurso de credores

nem a habilitação em falência, concordata ou inventário. Não poderá, porém, excluir a habilitação dos credores trabalhistas no concurso de preferência a se instaurar no executivo fiscal, mesmo porque a Lei n.<sup>o</sup> 4.839, de 18-11-65, assim preceituou:

“Art. 1.<sup>o</sup> — O art. 60 do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 960, de 17-12-38, não exclui a preferência dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, a que se refere a Lei n.<sup>o</sup> 3.726, de 11-2-60, que alterou o art. 102 do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 7.661, de 21-6-45.”

## VI

### Créditos por encargos e dívidas da massa falida

Logo após as prioridades acima analisadas, abre-se lugar aos créditos decorrentes de encargos e dívidas da massa falida pela já mencionada nova redação do art. 102 da Lei Falimentar vigente. Tais créditos são especialíssimos e definidos nos §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> do art. 124 (nova redação) da citada lei, notadamente as custas judiciais do processo de falência e seus incidentes, cuja analogia com os salários devia conferir-lhes a mesma posição ou a intermediária entre eles e os direitos da Fazenda Pública. (13)

Consigne-se que, feita claramente a distinção entre encargos e dívidas da massa, nos §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> do art. 124, aqueles são pagos

---

(13) WALTER T. ALVARES sustenta que “os credores da massa não precisam se habilitar e, por conseguinte, nem estão sujeitos ao processo de verificação” (Ob. cit., nota 2, pág. 519). Justifica sua assertiva com base nas opiniões de PIPIA, PERCEROU e CARVALHO DE MENDONÇA. É certo que o magistério deste se fundou na superpreferência atribuída aos credores da massa pela Lei de Falências vigente ao tempo em que veio a lume a 2.<sup>a</sup> edição de seu “Tratado”. Todavia, embora desaparecido o fundamento em que se abroquelou o eminente comercialista, é justificável a dispensa da habilitação, em vista de alguns serem créditos da massa, de trato contínuo, como as custas, as despesas com a arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do passivo, e outros de ocorrência em qualquer fase do processo, como as despesas com a moléstia e o enterro do falido que morrer na indigência, a indenização por acidentes do trabalho que, no caso de continuação do negócio do falido, se tenha verificado nesse período.

antes destas, "fazendo-se rateio, em cada classe, se necessário, sem prejuízo, porém, dos créditos de natureza trabalhista" (§ 3.º) e tributária (itens III e IV supra).

## VII

### As despesas de conservação feitas por terceiro com o imóvel hipotecado, mediante consenso do devedor e do credor

Imediatamente depois das dívidas da massa, serão pagas "as despesas de conservação, feitas por terceiro com o imóvel hipotecado mediante consenso do devedor e do credor, depois de constituída a hipoteca" (art. 1.564 do Código Civil). Tal dispositivo legal não se aplica apenas ao concurso de credores. Estende-se também à falência, em decorrência do princípio de que "a lei da hipoteca é a civil, e civil a sua jurisdição, ainda que a dívida seja comercial e comerciantes as partes" (art. 809 do Código Civil).

## VIII

### Créditos com direitos reais de garantia

Seguem-se os **créditos com direitos reais de garantia** (inciso I do citado art. 102, nova redação). O art. 125 da Lei Falimentar dispõe que, "vendidos os bens que constituam objeto da garantia real ou de privilégio especial, e descontadas as custas e despesas da arrecadação, administração, venda, depósito ou comissão do síndico, relativas aos mesmos bens, os respectivos credores receberão imediatamente a importância dos seus créditos, até onde chegar o produto dos bens que asseguram o seu pagamento". (13-A)

(13-A) O Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, relatado pelo Ministro EVANDRO LINS E SILVA, proferido em 11 de junho de 1964, no Recurso Extraordinário n.º 53.562, proclamou que "o art. 102 da Lei de Falências, com a nova redação dada pela Lei n.º 3.726, de 11 de fevereiro de 1960, dá preferência absoluta aos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, nos processos falimentares, **sobrepondo-se aos créditos com direito real de garantia**. O princípio aí contido revela a intenção do legislador de proteger especialmente os créditos resultantes do trabalho" (Jurisprudência citada pelo Juiz CLÓVIS C. SALGADO, "in" REVISTA LTr. — Legislação do Trabalho, volume n.º 31, página 639, ano de 1967).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

Feitas as deduções catalogadas no texto transcrito, "o que sobrar do preço da venda — conclui WALTER T. ALVARES — será utilizado para pagamento ao credor com direito real de garantia e, se por acaso não for pago integralmente, pelo seu saldo passa à classe dos credores quirografários" (ob. cit., volume 2.º, n.º 555). Tal assertiva seria válida se feita antes da vigência da nova redação dada ao art. 102 (ano de 1960). É que, por esse novo texto legal, os créditos com direitos reais de garantia e os demais que lhes seguem só podem ser liquidados "depois" de solvidos os débitos trabalhistas, tributários e os encargos e dívidas da massa. Esta condição é indesejável porque, sem ela, os credores com privilégio superior ao da garantia real seriam prejudicados e ficaria letra morta a legislação subsequente ao disposto no transcrito art. 125. (14)

(14) A **alienação fiduciária em garantia** (Decreto-Lei n.º 911, de 1-10-69; ver também Decreto-Lei n.º 413, de 9-1-69, arts. 9.º e 19, II) foi incluída pelo legislador "no elenco dos **direitos reais**, como uma das modalidades da propriedade resolúvel" (ORLANDO GOMES, "Alienação Fiduciária em Garantia". Ed. Rev. Trib., 1970, pág. 45). "Por via deste contrato, o devedor (**fiduciante**) transfere ao credor (**fiduciário**) a propriedade de bens móveis, para garantir o pagamento da dívida contraída, com a condição de, ao ser liquidada, voltar a ter a propriedade do bem transferido". "Assemelha-se ao penhor pela função de garantia e qualidade do objeto, mas dele se diferencia porque o fiduciante transfere a propriedade da coisa, enquanto o devedor pignoratício a conserva. O credor, no penhor, tem **direito real na coisa alheia**, e, na fidúcia, **direito real na coisa própria**" (Ob. cit., págs. 20 e 21). Entretanto, apesar dessa semelhança com o penhor (ob. cit. págs. 106, 73 e 84/85), a **alienação fiduciária em garantia dá ao fiduciário o direito de ser pago preferencialmente a qualquer outro credor** (Ob. cit., pág. 114), pois lhe confere a lei "a faculdade de vender extrajudicialmente o bem, se o devedor não cumprir a obrigação no tempo e pelo modo devidos" (Ob. cit., pág. 78). Para maior segurança do crédito, pode o fiduciário requerer a **busca e apreensão** do bem havido fiduciariamente, ou ação de **depósito**, se o bem não se achar na posse do fiduciante, ou, ainda, **ação executiva** (Ob. cit., pág. 78). Neste último caso, entretanto, o fiduciário "não terá, evidentemente, preferência" sobre os demais credores, equiparando-se aos quirografários, sujeitando-se "pessoalmente ao concurso, sem a posição privilegiada" (Ob. cit., págs. 115 e 123). "Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alie-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

## IX

### Condicionamentos atuais do art. 822 do Código Civil

Nos termos do art. 822 do Código Civil, "pode o credor hipotecário, no caso de insolvência ou falência do devedor, para pagamento de sua dívida, requerer a adjudicação do imóvel, avaliado em quantia inferior a esta, desde que dê quitação pela sua totalidade".

No contexto dessa codificação de 1917, o preceito transcrito estava bem ajustado. A preferência do credor com garantia real não era superada pelas indenizações trabalhistas nem pelos créditos fazendários. Estes ficavam relegados ao sexto lugar na ordem de classificação dos credores de privilégio geral, mesmo assim por impostos devidos no ano corrente e no anterior (art. 1.569). Só em 1933, pelo Decreto n.º 22.866, é que se conferiu supremacia absoluta à Fazenda Pública. Entretanto, em 1966, pelo Código Tributário Nacional, os créditos decorrentes da legislação trabalhista passaram definitivamente para o primeiro plano, ficando os direitos reais de garantia em posição inferior, não só, à daqueles, mas também à dos da massa, como já foi esclarecido.

Desse modo, a faculdade prevista no art. 822 do Código Civil, de adjudicação pelo credor hipotecário do imóvel avaliado em quantia inferior ao crédito, em caso de insolvência ou falência do devedor, só poderá ser atendida se não estiverem habilitados ou se já houverem sido pagos aqueles credores que gozam de graduação primacial na escala estabelecida pela legislação posterior ao Código Civil.

## X

### Créditos com privilégio especial sobre determinados bens

Após os créditos com direitos reais de garantia vêm, no esquema legal, os que têm **privilégio especial sobre determinados**

nado fiduciariamente" (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 911/69). Assim, o fiduciário "está excluído do processo concursal" (Ob. cit., página 137). Na opinião de Orlando Gomes, "a posição de fiduciário é reservada, nesse negócio translativo, às sociedades de crédito e financiamento autorizadas a funcionar pelas autoridades monetárias do país" (Ob. cit., pág. 53). Finalmente, é reconhecido ao fiduciante o direito de desobrigar o bem, na liquidação concursal da financeira (Ob. cit., pág. 91).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

**bens**, isto é, os que deverão ser pagos pelo produto da venda de determinados bens vinculados ao crédito. São eles os créditos por aluguer do prédio locado ao falido para seu estabelecimento, sobre o mobiliário respectivo, e os demais catalogados no art. 102, § 2.º, incisos I, II e III do diploma falimentar. Vendido o bem sobre o qual incide o privilégio especial, deduzidas as respectivas despesas, será pago ao credor, caso já estejam solvidos, se houver, os débitos trabalhistas, tributários e os da massa, como se frisou no item VIII supra. Se estes credores com prioridade maior absorverem o produto da venda do objeto do privilégio especial, o valor deste passará a quirografário e, se a absorção for parcial, somente o saldo passará a essa última categoria. No concurso de credores, o privilégio especial está definido no art. 1.566 do Código Civil (15), incluídas as custas, cuja classificação será objeto dos itens XIV.2 a XIV.5 infra.

## XI

### Créditos com privilégio geral

O último privilégio é o geral, e os respectivos credores dele se beneficiam com o que se apurou relativamente a todo o patrimônio do falido, depois de pagos os créditos com prioridade superior. (16) No concurso creditório, o privilégio geral abrange o elenco dos créditos mencionados no art. 1.569 do Código Civil (17), exceto os impostos e as custas, cuja classificação foi modificada.

(15) PONTES DE MIRANDA relacionou minuciosamente grande número de créditos com privilégio especial em "Comentários ao Código de Processo Civil" (vol. 15, pág. 83 e segs., 2.ª ed.) e "Tratado de Direito Privado, vol. 27, págs. 171 a 196."

(16) As **debêntures** gozam de privilégio geral, a não ser quando emitidas sob garantia hipotecária (cfr. WALTER T. ALVARES, ob. cit., nota 2, pág. 486).

(17) Veja-se a relação dos créditos com privilégio geral elaborada por PONTES DE MIRANDA no "Tratado" cit., vol. 27, págs. 184 e segs., e nos "Comentários" cit. vol. 15, págs. 54 e segs.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

## XII

### Créditos quirografários

Na última escala colocam-se os créditos sem qualquer preferência, designados como quirografários, como os títulos de crédito sem vinculação a contrato em que as obrigações de pagamento não gozam de prioridade legal. O § 4.º do art. 102 da Lei de Falências assim os conceitua: "são quirografários os créditos que, por esta lei, não entram nas classes I, II e III deste artigo e os saldos dos créditos não cobertos pelo produto dos bens vinculados ao seu pagamento". (18)

## XIII

### Resumo da classificação atualizada dos credores na falência

- 1.º **Indenizações por acidentes do trabalho, salários, férias e um terço das indenizações trabalhistas.**  
(Art. 102, § 1.º, da Lei de Falências, em sua redação dada pela Lei n.º 3.726, de 11-2-60, combinado com o art. 186 do Código Tributário Nacional e art. 1.º do Decreto-Lei n.º 192, de 24-2-67; art. 66 do Estatuto do Trabalhador Rural)  
— cfr. item 2 retro.
- 2.º **Crédito tributário federal, estadual e municipal, em concorrência na mesma classe, sem preferência entre eles, inclusive no tocante às contribuições parafiscais.**  
(Arts. 186 e 217 do Código Tributário Nacional e arts. 9.º, inciso I, e 21, § 2.º inciso I, da Emenda Constitucional n.º I, de 1969)  
— cfr. itens 3 e 4 retro.

(18) Pela interpretação exclusivamente literal, concluir-se-ia que os créditos tributários seriam quirografários. Tal exegese conduziria ao absurdo de um retrocesso jurídico incomensurável. Certamente, foram omitidos na gradação da Lei de Falências porque a ela não estão sujeitos, gozando para a sua cobrança do processo especial do executivo fiscal. Esse reparo só tem, na atualidade, interesse histórico, eis que, pelo Código Tributário Nacional, sua preferência foi proclamada sobre quaisquer créditos, ressalvados apenas os decorrentes da legislação trabalhista.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

- 3.º **Encargos da massa.**  
(Art. 102, "caput", da Lei de Falências, combinado com seu § 3.º)  
— cfr. item 6 retro.
- 4.º **Dívidas da massa.**  
(Art. 102, "caput", da Lei de Falências, combinado com seu § 3.º)  
— cfr. item 6 retro.
- 5.º **Despesas de conservação, feitas por terceiro com o imóvel hipotecado, mediante consenso do devedor e do credor, depois de constituída a hipoteca.**  
(Arts. 1.564 e 809 do Código Civil)  
— cfr. item 7 retro.
- 6.º **Créditos com direitos reais de garantia.**  
(Art. 102, inciso I, combinado com art. 125, ambos da Lei Falimentar vigente)  
— cfr. item 8 retro.
- 7.º **Créditos com privilégio especial.**  
(Art. 102, inciso II, combinado com seu § 2.º — nova redação —, da Lei de Falências).  
— cfr. item 10 retro.
- 8.º **Créditos com privilégio geral.**  
(Art. 102, inciso III, combinado com seu § 3.º — nova redação —, da Lei de Falências).  
— cfr. item 11 retro.
- 9.º **Créditos quirografários.**  
(Art. 102, inciso IV, combinado com seu § 4.º — nova redação —, da Lei de Falências).  
— cfr. item 12 retro.

## XIV

### Classificação no concurso de credores

XIV.1. Agora examine-se o sistema legal de graduação das preferências atribuídas aos credores sobre os bens do devedor civil comum. A respeito desta matéria AMILCAR DE CASTRO levantou uma classificação que foi referendada por PONTES DE MIRANDA e confirmada por ALFREDO BUZAID. (19)

(19) AMILCAR DE CASTRO (Ob. cit., nota 2, vol. X, pág. 491); PONTES DE MIRANDA (Ob. cit., nota 2, vol. VI, pág. 511, 1.ª edição); e ALFREDO BUZAID (Ob. cit., nota 2, pág. 332).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 53-70, 1973

XIV.2. Sem reparos na ocasião, hoje se encontra completamente desatualizada. De fato, conferiu-se primazia às **custas da execução**, certamente com base no Código de Processo Civil, em cujos termos, "proferida a sentença, o escrivão remeterá os autos ao contador, que organizará um plano de distribuição no qual, **deduzidas as custas**, se tomarão por base as preferências disputadas e os créditos apresentados" (art. 1.028). Em três palavras, a lei processual constituiu uma superpreferência, matéria de direito substantivo, mas solução justa.

XIV.3. Dá-se, porém, que, a partir da vigência do Código Tributário Nacional (1-1-67), ficou estabelecido que preferem a quaisquer outros créditos, "seja qual for a natureza ou o tempo da constituição destes": (1.º) os decorrentes da legislação do trabalho; 2.º) os tributários (art. 186). Assim, a rigor, o disposto no citado art. 1.028 do Código de Processo Civil ficou revogado no concernente às custas. Mas como, pela lei processual, estas são devidas pelo requerente logo depois de concluído o ato e antes da interposição de recurso ou da execução da sentença (art. 56 e §. 2.º), é possível que, numa interpretação liberal, os juízes continuem a observar o estipulado no art. 1.028. A propósito, é sempre atual a observação de RUY BARBOSA, em sua Plataforma: "Toda codificação, apenas decretada, entra, sob o domínio dos arestos, num movimento evolutivo que, com o andar do tempo, acaba por sobrepor à letra escrita o direito vivo dos textos judiciais".

XIV.4. Afóra tal solução, as custas, no concurso de credores, ficariam classificadas no privilégio geral (art. 1.569, II, do Código Civil), e as da arrecadação e liquidação dos créditos com privilégio especial, nessa categoria (art. 1.566, I, do mesmo Código).

XIV.5. Assim, as custas ou ficam fora de qualquer classificação, porque são de trato sucessivo e devidas logo após a conclusão de cada ato (art. 56 do Código de Processo Civil), ou se inserem nos mencionados privilégios geral e especial do Código Civil.

XIV.6. Em conseqüência, o primeiro lugar na classificação do concurso de credores deve ser o mesmo da falência: **as indenizações por acidentes do trabalho, os salários, as férias e um terço**

**das indenizações trabalhistas do empregado urbano ou rural**, em face do art. 186 do Código Tributário Nacional e do art. 66 do Estatuto do Trabalhador Rural.

XIV.7. Na antiga classificação dos mestres, o segundo lugar cabia aos tributos federais; o terceiro e o quarto, aos estaduais e municipais, respectivamente. Como já se frisou, pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o art. 9.º, inciso I, do Estatuto Supremo extinguiu essa ordem de preferência, concorrendo todos na mesma classe, e "pro rata" se o produto da execução dos bens não for suficiente para o pagamento integral. Cabe aos **créditos tributários**, em concurso, a mesma posição que têm na falência, isto é, o segundo lugar.

XIV.8. O quinto lugar, na citada classificação antiga, foi atribuído às dívidas provenientes de salários de trabalhador agrícola, hoje elevada, como crédito trabalhista, à mesma categoria que lhe foi reservada em caso de falência (item XIV.6 retro).

XIV.9. Na referida graduação confirmada por ALFREDO BUZAID, o sexto lugar era destinado às "despesas de conservação feitas por terceiro com o imóvel hipotecado, mediante consenso do devedor, depois de constituída a hipoteca". Conforme se acentuou no item VII supra, tais dívidas ocupam idêntico posto no quadro de pagamentos do falido.

XIV.10. Também conferem com a classificação dos credores na falência as quatro últimas categorias de créditos apontadas pelos mencionados juristas, no esquema que elaboraram para a hipótese de concurso de credores. São elas, pela ordem: os direitos reais de garantia, os créditos garantidos por privilégio especial, os garantidos por privilégio geral e os créditos quirográficos. Tal graduação deflui do disposto nos arts. 1.556 e seguintes do Código Civil.

## XV

### Conclusão

Como se ressaltou no item I supra, a elaboração de um quadro de credores, quer na falência, quer no concurso de credores, quer no processo concursal administrativo, esbarra em sérios obstáculos. No concurso de credores, o atendimento às diversas pre-

ferências ainda se vê dificultado pelas próprias normas adjetivas vigentes, que prevêem um intrincado processamento, verdadeiro "labirinto" na expressão da doutrina mais autorizada. Entretanto, (historicamente, o concurso civil e a falência têm a mesma origem e dogmaticamente há entre eles inegável unidade". (20) Não se justifica, pois, a diversidade de tratamento do devedor, conforme seja ele comerciante ou não, tanto no plano processual, como no material. Em boa hora, portanto, o projeto de Código de Processo Civil vem inovar a matéria, procurando "equiparar o devedor civil ao comerciante" (21), disciplinando a execução contra o insolvente em seus arts. 796 e seguintes. Por outro lado, conforme se procurou demonstrar acima, pela vigente legislação é a mesma a ordem de classificação das preferências atribuídas aos créditos, quer se trate de devedor civil, quer de comerciante, excluídos os encargos e dívidas da massa e solucionando-se o problema das custas na forma exposta nos itens XIV.2 a XIV.5.

O problema das prioridades e seu escalonamento tem conotações em vários ramos do Direito: civil, comercial (sobretudo na parte relativa a falências), tributário, trabalhista e, incidentemente, processual. A diversificação legislativa, agravada pela obscuridade de alguns dispositivos, conduz a conflitos e controvérsias prejudiciais à segurança dos direitos das partes. Melhor seria que, de futuro, se desse tratamento sistemático a esta matéria, em lei específica que dispusesse sobre a graduação entre as preferências atribuídas aos diversos credores, quando estes concorressem ao produto dos mesmos bens do devedor comum, seja este comerciante ou não.

(20) ALFREDO BUZUID, ob. cit., nota 2, página 33.

(21) Exposição de Motivos. Departamento de Imprensa Nacional, 1964, pág. 31.

## JAZIDA E CONCESSÃO DE LAVRA

Hely Lopes Meirelles (\*)

- O sistema minerário vigente no Brasil
- Situação legal da jazida concedida
- Impossibilidade de desapropriação pelo Estado de jazida em lavra
- Inexequibilidade do decreto expropriatório estadual
- Cabimento de mandado de segurança contra o decreto expropriatório.

O Consultente, Dr. L. C. S., por seu advogado, expõe que é proprietário de uma área de terras no Município de São Vicente, denominada "Sítio Quitué", na qual se localiza uma jazida de areia quartzosa, cuja concessão de lavra foi outorgada pelo Decreto federal 29.820, de 27 de julho de 1951, a I. R. V. Ltda.", que a transferiu regularmente ao Consultente e este organizou a "S. M. M. P. Ltda.", em favor da qual já foi expedido alvará de empresa mineradora pelo Departamento Nacional da Propriedade Mineral (D. N. P. M.), sob o n.º 414, e as partes já assinaram escritura definitiva da cessão da concessão de lavra, tudo nos termos e para os fins do Código de Mineração.

O minério dessa jazida é areia quartzosa (Classe VII), destinado à fabricação de vidro liso, vidro impresso e fibra de vi-

(\*) Professor na Universidade de São Paulo.

dro, bem como à fundição de ferro, aço e cristais finos, cujas características específicas constam dos Relatórios Anuais depositados e aprovados pelo D. N. P. M., e a mina está em exploração industrial, com reserva de minério "medida", conforme Relatório Anual de Lavra de 1970, já entregue ao D. N. P. M., sendo que a reserva efetiva é muito superior, segundo os estudos geológicos em andamento para oportuna comunicação ao órgão federal competente.

A despeito da concessão federal e de estar a jazida em plena lavra, o Governo do Estado de São Paulo, a 29 de setembro de 1971, publicou decreto expropriatório de terras do "Sítio Qui-tué", em favor da DERSA, o que virá impedir a exploração da mina na área atingida pela desapropriação.

O Consulente esclarece, finalmente, que a área expropriada não é atingida por nenhuma rodovia construída, projetada ou em construção, a cargo da DERSA, e que a areia vai ser usada em aterros da Rodovia dos Imigrantes que passa a aproximadamente quatro quilômetros da jazida, não tendo, portanto, qualquer utilização como minério quartzoso que é.

Em face dessa exposição e anexando a documentação relativa ao caso, o Consulente indaga-nos:

- 1.º) É possível a desapropriação, pelo Estado, de jazidas em lavra com concessão federal?
- 2.º) É legal a desapropriação, pelo Estado, da área em que se encontra jazida em exploração concedida pelo Governo Federal, impedindo a lavra do minério pelo concessionário?
- 3.º) Cabe imissão provisória na posse da área expropriada, que abrange parte da jazida?
- 4.º) Quais as vias judiciais cabíveis para invalidar o decreto expropriatório ou impedir sua execução?
- 5.º) Se se executasse o decreto expropriatório, como se calcularia a indenização dos bens e direitos atingidos pela desapropriação?

As respostas aos quesitos exigem considerações esclarecedoras do sistema minerário no Brasil, segundo a vigente Constitui-

ção da República e o Código de Mineração, para o exato equacionamento da questão, em face da competência da União e dos limites do poder expropriatório dos Estados. É o que veremos a seguir.

## I — O SISTEMA MINERÁRIO VIGENTE NO BRASIL

1. É sabido que o sistema minerário no Brasil evoluiu do regime **regaliano** da Coroa e do Império, para o regime **fundiário** da Primeira República e, finalmente, para o regime de **domínio federal** sobre os minérios, a serem explorados no sistema de **autORIZAÇÃO e concessão**, com **direito de preferência** do proprietário do solo, na Constituição de 1946, substituído, finalmente, na Constituição de 1967, pelo direito de **participação no resultado da lavra**, regime este mantido pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 (PANDIÁ CALÓGERAS, *Minas do Brasil*, 1904; ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, *A Evolução do Direito das Minas e a Constituição de 1967*, in *Rev. Dir. Adm.*, 90/1).

2. Com efeito, a Constituição vigente, reproduzindo a norma de 1967, estabelece textualmente que "As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial" (art. 168), e que a exploração e o aproveitamento "dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei", ficando "assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra" (§§ 1.º e 2.º). Esses dispositivos fixam os lineamentos constitucionais do sistema minerário brasileiro, completado pelas normas do **Código de Mineração** (Decreto-lei 227, de 28/2/1967, modificado pelos Decretos-leis 318 e 330, de 14/3/1967 e de 13/9/1967, respectivamente, e por seu **Regulamento** (Decreto 62.934, de .... 2/7/1968).

3. Por sua vez, o **Código de Mineração** estabelece que a **autorização de pesquisa** será outorgada por **Alvará do Ministro das Minas e Energia** (art. 21) e que a **concessão de lavra** terá por **título um decreto assinado pelo Presidente da República**, o qual será transcrito em livro próprio do D. N. P. M. (art. 43). Finalmente, o **Regulamento do Código de Mineração** especificou os direitos e deveres do pesquisador e do minerador em relação à União, que é o poder autorizante e concedente da pesquisa e da

lavra, e estabeleceu os casos de caducidade da autorização e da concessão, atribuindo ao D. N. P. M. competência para os registros, fiscalização e controle de toda atividade minerária no País.

4. A autorização de pesquisa e a concessão de lavra são, portanto, atos administrativos da competência exclusiva da União. A concessão de lavra — que é a que interessa nesse estudo —, no regime minerário vigente, é ato administrativo negocial, vinculante para as partes, tanto quanto a concessão de serviço público, com a só diferença de esta depender normalmente de autorização legislativa e concorrência para a sua formalização contratual, ao passo que aquela (a concessão de lavra) se perfaz com o só Decreto Presidencial que a outorga, atendidos os requisitos constitucionais, legais e regulamentares que regem a mineração no País. A concessão não é ato precário, revogável ao nuto do Governo; é ato definitivo de outorga de um direito de lavra, exercitável sob o amparo do Código de Mineração e de seu Regulamento, e só cassável pela União, nos casos previstos em lei.

5. O ato administrativo negocial — *atti amministrativi negoziali*, dos italianos; *acto administrativo, negócio jurídico*, dos espanhóis; *Rechtsgeschaeftliche Verwaltungsakte*, dos alemães — gera direitos e obrigações recíprocos entre as partes, oponíveis a terceiros que pretendam desconhecê-los ou negá-los. A propósito já escrevemos em estudo anterior que tais atos “contêm uma declaração de vontade da Administração, apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a outorgar certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público” (Cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 1966, pág. 194 e segs. — No mesmo sentido, confira-se: UMBERTO FRAGOLA, *Gli Atti Amministrativi*, 1952, pág. 89; MANOEL MARIA DIEZ, *El Acto Administrativo*, 1956, págs. 92 e segs.; FRIEDRICH GIESE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1952, págs. 84 e segs.). É exatamente o conteúdo do **Decreto de concessão de lavra**, que outorga ao particular a faculdade de explorar a jazida pesquisada e garante-lhe a posse da mina para os fins concedidos (Cód. Min., arts. 43 a 50 e Reg., arts. 53 a 65).

6. Finalmente, é de se recordar que só a União tem competência para legislar sobre “jazidas, minas e outros recursos minerais” (Const. Rep., art. 8.º, “h”), ficando assim concentrados no Governo Federal todos os poderes normativos e executivos em tema de mineração. Nada resta, nesse campo, aos Estados e Municípios, senão cumprir as normas federais e acatar os atos ad-

ministrativos da União, no tocante à pesquisa e lavra de minérios, qualquer que seja a classificação das jazidas (Cód. Min., art. 5.º). A matéria é excludente da competência estadual e municipal, por constituir reserva constitucional da União, sem admitir, sequer, a interferência supletiva do Estado (Const. Rep., art. 8.º, parágrafo único); ou a ação local do Município, por ser assunto que transcende do seu peculiar interesse (Const. Rep., art. 15).

## II — O IMPEDIMENTO DA LAVRA E A INDENIZAÇÃO DO MINERADOR

7. A concessão de lavra, desde a sua outorga, erige-se num direito pessoal do minerador, numa verdadeira “property”, como é considerada no direito anglo-saxônico (Cf. ERNEST FREUND, **Administrative Powers over Person and Property**, 1928, pág. 89 e segs.), com valor econômico proporcional ao da jazida, uma vez que tal concessão faculta a exploração do minério pelo concessionário, até o exaurimento da mina, e é alienável e transmissível a terceiros que satisfaçam as exigências legais e regulamentares da mineração (Cód. Min., art. 55 — Reg., art. 59). O título de concessão de lavra é, pois, um bem jurídico negociável como qualquer outro, apenas sujeito às formalidades da legislação minerária do País. O seu valor econômico integra-se no patrimônio do titular e é comerciável como os demais bens particulares. Daí porque toda vez que a União suprime ou restringe a concessão, fora dos casos de caducidade previstos no Código de Mineração e em seu Regulamento (arts. 63, III e 65 — arts. 64; 99, III; e 102), fica obrigada a indenizar o concessionário da lavra.

8. É certo que a União, como Poder concedente, pode revogar a concessão, desde que interesse público superveniente exija a cessação da lavra. A faculdade de revogar os seus próprios atos, para atendimento de interesse público superior, é inegável ao Poder Público; mas quando o ato revogado tem valor econômico ou propicia renda para o seu titular, é necessária a indenização dos prejuízos ocasionados ao particular pelo ato revogador. Não se confunda, entretanto, **revogação com anulação** do ato administrativo. Revoga-se o ato legal e válido, que se tornou inoportuno ou inconveniente ao interesse público; anula-se o ato ilegal e inválido por contrário à lei (Cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 1966, págs. 210 e segs.). A União pode revogar a con-

cessão de lavra que se tornou inoportuna ou inconveniente por evento superveniente, e **deve anular** a concessão nula por infringente da lei; no primeiro caso, é imprescindível a **indenização do titular** da lavra, que legitimamente explorava a jazida; no segundo, **nenhuma indenização é devida**, porque o ato nulo não gera direito algum para o seu beneficiário, ressalvados apenas os efeitos quanto a terceiros de boa-fé.

9. Alguns julgados, infelizmente, têm confundido a indenização da concessão ou da licença de lavra, com a indenização da jazida em si mesma. É certo que nenhum particular pode pretender indenização de jazida, enquanto bem da União; mas desde o momento em que a própria União concedeu ou licenciou a sua exploração, a lavra passa a pertencer ao concessionário ou licenciado e tem um valor econômico integrado no patrimônio de seu titular. Esse valor da jazida legalmente explorável é que se torna indenizável, quando é impedida a lavra, sem culpa de seu titular, como no caso de revogação da concessão ou da licença, ou de desapropriação superficial que impeça a exploração da mina.

10. Em dois recentes julgados, o Excelso Supremo Tribunal Federal e o Colendo Tribunal Federal de Recursos assentaram que não são indenizáveis, em caso de desapropriação ou revogação da concessão, as jazidas **não manifestadas** (no regime anterior (ou que **não tenham concessão de lavra** (Rev. Dir. Adm. 104/223 e 81/226)). A contrário senso, **são indenizáveis as concessões de lavra** revogadas ou impedidas de exploração por efeito de desapropriação dos terrenos em que se encontram as jazidas concedidas, porque estas — é de repetir-se — representam um efetivo valor econômico para o titular da concessão. Há, portanto, fundamental diferença entre a jazida não pesquisada e não concedida, e a jazida concedida e em lavra, isto é, a mina em exploração regular. Aquela não propicia indenização; esta exige indenização quando atingida por desapropriação ou revogada a concessão.

11. A mesma regra se aplica às pedreiras, à argila, à areia comum e demais minérios de utilização "in natura", explorados no **regime de licenciamento**, como permite a legislação minerária (Cód. Min., art. 8.º — Reg., art. 13). Em tais casos, essa **licença** equivale à **concessão de lavra** e representa para o seu titular um valor econômico que, quando suprimido ou restringido por ato do Poder Público, fora dos casos previstos em lei, enseja indenização ao proprietário do solo ou ao beneficiário da licença.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 71-85, 1973

12. Essa obrigação de indenizar decorre de princípios constitucionais que vedam o confisco e impedem que a Administração cause dano ao administrado, principalmente no caso de desapropriação em que a reparação deve ser **justa**, vale dizer, **plena**, de modo a recompor o patrimônio do expropriado em todos os valores de que fora despojado pelo ato de império do Poder Público. Mas essa desapropriação só pode ser decretada pela União, ou por sua autorização. É o que demonstraremos a seguir.

### III — IMPOSSIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO, PELO ESTADO, DE JAZIDA CONCEDIDA

13. Fixados esses princípios constitucionais e legais, verifica-se, desde logo, a impossibilidade de desapropriação, pelo Estado, da jazida ou da superfície da mina. Isto porque, como já vimos precedentemente, a jazida constitui propriedade distinta da do solo, e a sua exploração ou aproveitamento depende **exclusivamente** de concessão federal. Ora, a desapropriação da jazida concedida ou da área que a recobre, pelo Estado, importaria em impedir a exploração concedida pela União. Estaria assim, o Governo do Estado, cassando, revogando ou anulando, **por via oblíqua**, o ato de concessão da lavra expedido pelo Governo Federal. Isto seria a inversão da hierarquia federativa, em que os Estados-membros não podem invalidar atos federais e, muito menos, atos da competência privativa da União, como é a **concessão de lavra**. Essa concessão, no caso, está consubstanciada no Decreto do Presidente da República 29.820, de 27 de julho de 1951, com plena validade, o que já permitiu ao concessionário iniciar a lavra e depositar no D. N. P. M. os Relatórios Anuais exigidos por lei, nos quais consta tratar-se de jazida de **areia quartzosa**, com reserva já "medida", tendo sido dado prosseguimento aos trabalhos geológicos para quantificação da reserva real da mina e oportuna comunicação ao órgão federal competente. Tal concessão federal, portanto, constitui um título de propriedade do beneficiário, integrado em seu patrimônio econômico.

14. Diante disso, não pode o Estado invalidar esse título de concessão federal, por via expropriatória de seu objeto, que é a jazida. Aliás, nunca se admitiu que o Estado pudesse desapropriar bens da União, como não se permite que o Município desapropriar bens do Estado ou de seus concessionários ou delegatários (Cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 1966, pág. 499 — No mesmo sentido, confira-se: SEABRA FAGUNDES,

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 71-85, 1973

**Da Desapropriação no Direito Brasileiro**, 1949, pág. 81; PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967**, V/400 e segs.; THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, **A Constituição Federal Comentada**, 1949, III/140; CIRNE LIMA, **Princípios de Direito Administrativo**, 1954, pág. 130; FIRMINO WHITAKER, **Desapropriação**, 3a. Ed., pág. 16 e 22; CLOVIS BEVILACQUA, **Direito das Coisas**, 5a. Ed., I/192). Esse entendimento da doutrina harmoniza-se com o disposto no § 2.º do artigo 2.º da Lei de Desapropriações (Decreto-lei 3.365, de 21/7/1941), que só se refere às desapropriações de bens do Município pelo Estado ou os deste pela União, sem admitir a recíproca expropriatória. O mesmo princípio se aplica às concessões que, quando outorgadas pelo Governo Federal, não podem ser desapropriadas, cassadas, anuladas ou revogadas pelas administrações estaduais ou municipais.

15. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, em caso em que o Município pretendeu expropriar bens de concessionária estadual, sendo idêntica a situação do Estado que pretende desapropriar bens de uma concessão federal, como é a concessão de lavra:

“Se o município não pode expropriar bem do Estado ou da União, também não o poderá fazer quanto aos serviços públicos concedidos pelo Estado ou pela União... Teria o Município (ou o Estado), em tal hipótese, a prerrogativa de desfazer o que tivesse feito a União ou o Estado, no uso regular de sua competência.”

.....

“Essa possibilidade subverteria o equilíbrio federativo, e o legislador federal, dispondo sobre a desapropriação, matéria de sua competência, a repeliu a **contrário senso**, no art. 2.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 3.365.” (STF, Rev. Dir. Adm. 84/165 e, também, nos julgados in Rev. Trim. Jur. 35/11 e 44/717).

No mesmo sentido já havia julgado anteriormente o Egrégio Tribunal de Justiça, de São Paulo, nestes termos:

“O decreto emanado de Executivo municipal é inexecutável. A Prefeitura agravada (em mandado de segurança) não pode desapropriar bem algum pertencente à

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 71-85, 1973

agravante. Esta é concessionária de um serviço de utilidade pública que lhe foi concedido pelo Governo do Estado de São Paulo. A execução da concessão é feita pela agravante, como mandatária do Estado. Só a União é que poderia se fosse o caso, intervir como sujeito ativo da desapropriação contra a concessionária aludida.” (TJSP, Rev. Dir. Adm. 37/225, confirmado pelo STF pela decisão supra transcrita. Idêntica decisão proferida o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, in Rev. Dir. Adm. 2/683).

16. Quanto à desapropriação de jazida em lavra, que é precisamente o caso da consulta, merece ser invocada a lição autorizada de SEABRA FAGUNDES, neste passo:

“A desapropriação só pode ter por objetivo a exploração industrial da jazida ou mina; nunca o seu abandono ou obstrução. Ainda que a exploração seja nociva ao bem público não cabe expropriação. A medida será, em tal hipótese, o cassamento da autorização.”

“Este caso de desapropriação, pela natureza do direito a que se refere, só interessa à Administração Federal, único dos ramos da Administração Pública que o pode utilizar em seu favor.” (MIGUEL SEABRA FAGUNDES, **Da Desapropriação no Direito Brasileiro**, 1949, pág. 114).

17. Ferindo o mesmo ponto, o Professor FREDERICO MARQUES nega ao Estado o poder de expropriar área com concessão de lavra, invocando a mesma passagem de SEABRA FAGUNDES acima transcrita, e o faz nestes termos:

“Deduz-se, daí, que a expropriação não poderia abranger os direitos sobre o subsolo resultantes de ato do Governo da União, porquanto, se assim não fosse, o Estado-membro se encontraria intrometendo-se em órbita que refoge de suas atribuições e poderes.” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Parecer**, in Rev. Dir. Adm., 84/317).

18. Finalmente, é de se trazer à colação a palavra de um especialista do direito minerário brasileiro, ELIAS BEDRAN, que assim indaga e responde:

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 71-85, 1973

"Entendida, em última análise, a desapropriação como uma alienação ela poderá recair sobre as jazidas ou minas? É preciso distinguir antes de responder.

Se se trata de mina manifestada e, portanto, de domínio particular (por direito adquirido anterior a 1934), ela será passível de desapropriação; se, porém, for jazida ou mina, como bens de propriedade da União, não serão desapropriáveis." (ELIAS BEDRAN, *A Mineração à Luz do Direito Brasileiro*, 1967, 1/113).

19. Conclui-se, portanto, pela orientação da doutrina e pela firme jurisprudência dos Tribunais, que o Estado não tem o poder de expropriar área com concessão de lavra, porque isto importaria na obstrução da exploração da jazida concedida pelo Governo Federal. O decreto estadual em exame é **inconstitucional** por invadir matéria reservada à União e é **ilegal** por contrariar o Código de Mineração e seu Regulamento, que deferem a concessão da lavra e a sua cassação, anulação ou declaração de caducidade exclusivamente ao Presidente da República (arts. 2.º, I, e 43, do Cód. Min. — arts. 2.º, 53 e 99, § 1.º, e 106, § 2.º, do Reg.). Nenhum outro órgão ou poder tem a faculdade de invalidar concessão de lavra. Nem mesmo por ação judicial se poderá paralisar a execução da exploração da mina (Cód. Min., arts. 57 e 87 — Reg., arts. 61 e 122).

#### IV — A INEXEQUIBILIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO ESTADUAL

20. O decreto expropriatório estadual, de 28 de setembro de 1971, embora não se refira à jazida, incide precisamente sobre parte da concessão de lavra, porque abrange área da mina concedida de areia quartzosa, do "Sítio Quitué", conforme se verifica da planta de situação e da delimitação da jazida em lavra, constante dos relatórios aprovados pelo D. N. P. M., que instruem a consulta. É uma forma oblíqua e dissimulada de invalidar-se a concessão federal, por ato do Estado.

21. Se isso fosse permitido, os Estados e Municípios poderiam contrariar toda a política de minérios da União, através de desapropriações de terras em que houvesse jazidas em pesquisa ou lavra, superpondo, assim, interesses menores, regionais ou locais, ao interesse maior, nacional. Se a Constituição reservou para a União a autorização e concessão de pesquisa e lavra de minérios, é porque considera tais matérias de interesse geral do

País, sobrepondo às conveniências isoladas das unidades federadas ou de seus municípios. Só a União, portanto, poderia trocar a exploração de um minério por outra utilização da jazida, desejada pelo Estado ou por seus Municípios.

22. No caso em exame, agrava-se ainda mais a situação do decreto expropriatório, porque é sabido que o Estado, através de uma sociedade de economia mista — DERSA — pretende empregar um minério de alta utilidade industrial — **areia quartzosa**, classe VII, usada na fabricação de vidro liso, vidro impresso, fibra de vidro, bem como na fundição de aço, ferro e cristais finos — em aterros de uma rodovia estadual. Ora, a jazida de minérios não pode ter outra destinação senão aquela que o D. N. P. M. indica para o ato da concessão da lavra. Mudar essa destinação é burlar a legislação minerária do País, substituindo o emprego industrial específico do minério em lavra, por outro uso não admitido em lei. Tal é o caso da utilização de areia **quartzosa** para aterro de estrada, quando o Regulamento do Código de Mineração classifica-a dentre os "minerais industriais" (classe VII), juntamente com as argilas refratárias, os diamantes industriais, o enxofre, a magnesita, o mármore, o quartzo e outros minérios nobres requisitados pela indústria de transformação, e não pela construção civil para emprego **in natura**, como as areias comuns, a pedra e a terra de aterros.

23. Além disso, a referida desapropriação é inexecutável no que tange à imissão na posse da jazida, porque o Código de Mineração veda qualquer procedimento judicial "que resulte em interrupção dos trabalhos de lavra" (art. 57) e reitera noutro dispositivo, textualmente: "Não se impedirá, por ação judicial de quem quer que seja, o prosseguimento da pesquisa ou lavra" (art. 88). E o Regulamento repete o preceito proibitivo, nestes termos: "A propositura de qualquer ação ou medida judicial não poderá impedir o prosseguimento dos trabalhos da pesquisa ou lavra" (art. 122). Ora, a desapropriação contenciosa é ação judicial; é medida judicial compulsória; é procedimento que visa a despojar o expropriado dos bens ou direitos atingidos pela expropriação. Logo, entra na vedação da legislação minerária, que proteja a exploração das jazidas, enquanto vigente a concessão federal de lavra. Conclui-se, portanto, que a imissão provisória (ou definitiva) de posse, na desapropriação de área em que há jazida em lavra, é **inviável**, por contrariar norma legal regedora da mineração, posterior à Lei de Desapropriações e, por isso mesmo, derogatória desta no que colide com seus preceitos preservadores da exploração de minérios.

24. Diante dessa inviabilidade da desapropriação decretada pelo Estado, **inconstitucional e ilegal** por incidente sobre **jazida em lavra, com concessão federal**, o concessionário poderá opor-se desde logo à sua execução, por via judicial consistente em **mandado de segurança** contra o Governador que expediu o decreto expropriatório, que é **ato administrativo de efeito concreto** e, como tal, passível de invalidação pelo "mandamus" (Cf. nosso **Mandado de Segurança e Ação Popular**, 1969, pág. 18). Nesse sentido é remansada a jurisprudência de nossos tribunais, bastando lembrar que todas as decisões por nós citadas precedentemente (item 15) foram proferidas em **mandados de segurança** impetrados contra desapropriações ilegais dos Estados e Municípios. Todas essas decisões se pautam pelo **leading case** do Colendo Supremo Tribunal Federal, assim fundamentado:

"Realmente, executa-se a desapropriação por ato ulterior ao que declara a utilidade pública. Mas a ameaça de execução permanece, enquanto não for revogado, ou não se consumir o prazo de caducidade. Se a desapropriação for ilegal, **cabem mandado de segurança**, ou com efeito restaurador depois de iniciada a execução, ou com efeito preventivo, antes dela."

"Por outro lado, "ação direta", a que se refere o art. 20 da Lei das Desapropriações, não exclui o mandado de segurança, pois o que caracteriza esse remédio processual é haver direito líquido e certo, violado ou ameaçado por ato de autoridade." (STF, **in Rev. Dir. Adm.** 84/165, seguido pelos seguintes julgados do próprio Supremo e de outros Tribunais: **Rev. Trim. Jur.** 35/11, 44/717; **Rev. For.** 158/262; **Rev. Dir. Adm.** .. 37/225; **Rev. Tribs.** 342/427).

25. Outra via judicial adequada para impedir o ilegal apossamento da área em que se encontra a jazida do Consulente será o **interdito proibitório** (Cód. Proc. Civ., art. 377), pois o decreto expropriatório é nulo de pleno direito, mas representa uma efetiva ameaça à sua posse, até mesmo por mandado de imissão provisória. Em tal caso é admissível o interdito proibitório contra o Poder Público, como têm admitido nossos Tribunais, em casos assemelhados (TFR, **Rev. Tribs.** 252/643 — TJSP, **Rev. Tribs.** 273/342 — TASP, **Rev. Tribs.** 240/391, e 254/532). E compreende-se a admissibilidade dessa via preventiva possessória, porque a Administração Pública sujeita-se aos mesmos procedimentos judiciais que amparam o direito individual do par-

titular lesado ou ameaçado de lesão por ato administrativo (Cf. SEABRA FAGUNDES, **O Controle dos Atos Administrativos**, 1967, pág. 415 e, também, o nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 1966, pág. 597).

26. Finalmente, é de se esclarecer que, se fosse legal e exequível a desapropriação em exame — o que só se admite para argumentar —, a indenização haveria de abranger não só a superfície expropriada mas, também, o valor econômico da concessão da jazida em exploração, como todos os gastos já feitos pelo concessionário para a pesquisa e a lavra do minério. E a indenização, no que tange à areia, teria que levar em consideração o preço industrial desse minério, que não é uma areia comum mas uma **areia quartzosa**, de emprego no fabrico de vidros e cristais, além de seu consumo em fundição de aço e ferro. Não seria, assim, a indevida utilização do minério em **aterro de estrada**, que reduziria o seu valor econômico quando regularmente usado na sua destinação industrial, nos termos da concessão do Consulente. Nem se invoque, neste passo, as decisões dos Tribunais que excluem indenização de argilas e areias comuns, exploradas (sem concessão ou licença do Governo Federal, porque em tais casos a lavra é clandestina e ambiciosa, hipótese repudiada pelo próprio Código de Mineração (arts. 47, III, e 48). Na jazida em tela, a lavra é legítima, por regularmente concedida pela União.

## V — RESPOSTAS AOS QUESITOS

27. Examinada, assim, a questão proposta, à luz da doutrina, da legislação minerária e da jurisprudência pertinente, passamos a responder sinteticamente aos quesitos do Consulente, nestes termos:

### Ao 1.º quesito

Não. Não é possível a desapropriação de jazida em lavra, pelo Estado, porque a jazida em si é bem da União e a lavra só se faz por concessão federal, imodificável por ato de qualquer entidade inferior, na ordem federativa.

### Ao 2.º quesito

Não. Não é legal, no caso, a desapropriação decretada pelo Estado, por incidir sobre área com jazida em lavra, concedida pela União. O Estado não tem o poder de expropriar bens da

União, nem o de invalidar concessões do Governo Federal, porque nesses atos o interesse público se presume nacional *ex lege*, superior, portanto, à utilidade declarada pelo Estado, que só pode ser de interesse regional ou local. Só a União pode declarar a caducidade da concessão de lavra, nos casos previstos na legislação minerária, ou anulá-la por ilegalidade, ou revogá-la por interesse público superveniente, mediante a indenização correspondente.

#### Ao 3.º quesito

Não. Não cabe imissão provisória na posse da área expropriada pelo Estado, porque essa desapropriação, como já demonstramos, é nula por inconstitucional e contrária ao Código de Mineração. Ato nulo não produz qualquer efeito válido. Acresce, ainda, que o Código de Mineração proíbe qualquer medida judicial que impeça a exploração da lavra concedida (arts. 57 e 88). Nessa vedação se inclui a imissão provisória do expropriante, que não seja a União, porque tal medida viria impedir o prosseguimento da lavra concedida.

#### Ao 4.º quesito

É cabível mandado de segurança preventivo ou corretivo contra o decreto expropriatório, por consubstanciar ato ilegal de autoridade, lesivo de direito líquido e certo do expropriado. A jurisprudência é pacífica ao admitir a segurança contra lei ou decreto de efeitos concretos; como é o de desapropriação. Poderá, também, o Consulente, requerer preventivamente **interdito proibitório** contra a DERSA, que é a beneficiária da expropriação, nos termos do decreto que já representa uma ameaça à posse do expropriado, pela possibilidade de imissão provisória, fundada em ato ilegal e, conseqüentemente, nulo. Se o decreto expropriatório é ilegal e nulo, ilegítimo será o apossamento fundado nesse decreto.

#### Ao 5.º quesito

Se executada a desapropriação (inadmissível juridicamente), a indenização haveria de ser total, cobrindo o valor dos bens expropriados, as despesas de pesquisa e lavra, o valor econômico da jazida concedida representado pelos lucros cessantes do concessionário calculados sobre a reserva efetiva da mina. O minério — areia quartzosa — deveria ser computado ao preço de venda às indústrias que o consomem, como matéria-prima de

seus produtos (vidro, fibra de vidro etc.), ou na modelagem de materiais fundidos em que é empregado (aço, ferro, cristais, etc.). A destinação que a beneficiária da desapropriação viesse a dar ao minério (aterro de estrada) seria irrelevante para a fixação do justo valor da indenização, porque o montante a ser pago ao expropriado seria o que efetivamente representasse a jazida concedida, com a área superficial, mais as despesas efetuadas com a pesquisa e a lavra.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

**PARECER DA CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA, aprovado pelo senhor PRESIDENTE DA REPÚBLICA, tornando ineficaz a POS 4-71 do BNH, sobre depósito de FGTS referente a Diretores não-empregados de empresas de economia mista, empresas públicas e autarquias**

**Romeu de Almeida Ramos (\*)**

**Assunto:** Sem autorização legal não se pode estender a aplicação da Lei 5.107/66 aos Diretores das Entidades da Administração Indireta que não pertençam a seus quadros.

Illegalidade da Ordem de Serviço POS n.º 4/71 do Presidente do BNH.

O Presidente do BNH, tendo em vista decisão proferida pelo Egrégio Conselho Curador do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, estabeleceu, conforme Ordem de Serviço POS n.º 4-71, que

“Os depósitos relativos ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) devem ser realizados, também, em relação aos exercentes de cargos de diretoria de sociedade de economia mista, de empresas públicas e de autarquias, cujo regime de pessoal seja o da CLT, ainda que não pertencentes aos quadros dessas entidades.”

2. Entre outros argumentos, deu-se ênfase à circunstância de que o Regulamento do FGTS (aprovado pelo Decreto n.º 59.820,

---

(\*) Consultor-Geral da República

de 20/12/66, com as alterações decorrentes do Decreto n.º 61.405, de 28/9/67), no § 4.º, de seu artigo 9.º, tornou exigível o depósito referente ao citado Fundo “quando o empregado passar a exercer cargo de diretoria, gerência ou outro de confiança imediata da empresa, incidindo a percentagem sobre a remuneração neste percebida, salvo se a do cargo efetivo for maior.”

3. A norma referenciada está em consonância com o disposto no artigo 2.º, da Lei n.º 5.107, de 13/9/66, que “dava ampla liberdade de ação à autoridade regulamentadora, maximé quando ela podia inspirar-se na regra do artigo 499, da CLT”, de sorte que não teria inovado, ultrapassando os limites do poder regulamentar (ELSON GOTTSCHALK).

4. Essa conclusão, entretanto, não pode aplicar-se relativamente às disposições antes transcritas da **Ordem de Serviço POS n.º 04-71**. Esta, indo além do **Regulamento**, ampliou a exigência também a ocupantes de cargo de diretoria “não pertencentes aos quadros dessas entidades.” Fê-lo, **data venia**, extravasando a competência do Conselho Curador, no particular, que é de **dirimir dúvidas quanto à aplicação do Regulamento**, e, não, refundir, acrescentar ou alterar as normas regulamentares. Note-se que a Ordem de Serviço em questão não dirime dúvidas — que dúvidas não existiam quanto à exigência do depósito em relação ao empregado que passou a exercer cargo de confiança na empresa, pois, não nas permitiam as expressas disposições do § 4.º, do artigo 9.º do Regulamento — ao contrário, à guisa de interpretação, acrescenta situações não previstas, ampliando o raio de ação da lei e criando ônus novos para as sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias, representados em um acréscimo de 8% ao mês nos estipêndios dos Diretores não pertencentes a seus quadros, depositado em conta bancária individual, a título de fundo de garantia do tempo de serviço, a ser levantado pelo beneficiado, ao fim do mandato, quando demitido ou exonerado, conforme o caso.

5. Poderia o Conselho Curador assim decidir? A esse respeito, parece absolutamente pertinente a lição do Ministro Bilac Pinto ministrada em voto que emitiu no julgamento do **mandado de segurança n.º 19.939**, na sessão plena de 4 de novembro de 1970, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

“Em direito público os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais tenham recebido da lei uma delegação de competência.

A lição de Kelsen, na sua **General Theory of Law and State** (ed. 1949, p. 264) a propósito da tese acima enunciada, é peremptória:

“Um indivíduo age como órgão do Estado somente enquanto atua mediante a autorização de alguma norma válida.

Esta é a diferença entre o indivíduo agindo como pessoa privada e o indivíduo agindo como órgão do Estado.

O indivíduo que não age como órgão do Estado pode fazer tudo o que não seja proibido pela ordem legal, enquanto que o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado, pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer.

Do ponto de vista da técnica legal, portanto, é supérfluo estatuir proibições para um órgão do Estado. Basta não autorizá-lo. Se o indivíduo age sem a autorização da ordem legal, ele não está mais agindo como órgão do Estado. Seu ato é ilegal pela simples razão de que não está apoiado por nenhuma autorização legal.”

É isso que ocorre com a **Ordem de Serviço POS 04-71**. Não encontra apoio em qualquer autorização legal ou regulamentar, por isso mesmo, irremediavelmente, insubsistente.

6. Os doutrinadores — tendo em vista a evolução do conceito de empresa — têm especulado acerca da conceituação jurídica do Diretor eleito ou nomeado para representá-la e administrá-la. O tema está em pauta.

As atribuições conferidas, legalmente, ao Conselho Curador do FGTS, sobretudo porque normativas, não lhe permitem, entretanto, tomar partido nessa discussão. A ele cabe zelar pela aplicação do Fundo na conformidade de seu Regulamento, além de “dirimir dúvidas quanto a aplicação deste Regulamento, nas matérias de sua competência”, nos precisos termos do artigo 42, III, do Decreto número 59.820, de 20/12/66. Não constitui matéria de sua competência decidir sobre se os ocupantes de cargos de diretoria de sociedade de economia mista, empresas públicas e autarquias — eleitos ou nomeados para representá-las e administrá-las, sem pertencerem ao quadro dessas entidades — devam equiparar-se a empregados das mesmas para fins de depósitos do FGTS. Competirá à lei dizê-lo, cabendo ao Conselho fazer cumprí-la pela forma como vier a ser regulamentada.

Porque inexistente dispositivo legal que autorize a equiparação pretendida, é que tramita no Congresso Nacional projeto de lei para permití-la.

7. Assim sendo, a Ordem de Serviço de que se trata, estendendo, mediante **interpretação construtiva**, os benefícios da Lei n.º 5.107/66, sob a forma de **depósitos garantidos**, aos Diretores em referência, é, **data venia**, ilegal, portanto, nula. Em razão disso, o levantamento de tais depósitos foge à sistemática preconizada pela citada lei, uma vez que, não se tratando de empregado, as condições impostas para o processamento do mesmo se tornam inviáveis e teriam de ser substituídas, apelando-se para a analogia, a fim de contornar as dificuldades naturais à adaptação das exigências legais, a casos não previstos na lei, e, por isso mesmo, não regulamentados.

Que isso não se pode fazer, o demonstra, à toda evidência, a solução dada para os trabalhadores AVULSOS. A fim de que se lhes pudesse estender o benefício, foi necessário que a lei, o dissesse (Lei 5.430/68, artigo 3.º) e de modo peremptório:

“Aplicam-se aos trabalhadores avulsos as disposições da Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, nos termos de regulamentação a ser expedida pelo Poder Executivo.”

8. Os ocupantes de cargo de direção da empresa — seus representantes legais, indispensáveis ao funcionamento da pessoa jurídica — não detêm a **condição de empregado**, por isso mesmo só se beneficiariam com o depósito para o FGTS excepcionalmente, mediante expressa disposição legal. Na hipótese do empregado nomeado diretor, o depósito **continua** a ser feito porque perdura o vínculo empregatício, tanto que pode retornar a seu cargo efetivo.

Em face do exposto, pois, na ausência de autorização legal e por entender inadmissível a construção interpretativa, na espécie objeto deste parecer, sou pela ilegalidade da Ordem de Serviço POS 04-71, anulando-se-lhe os efeitos, retornando aos cofres das entidades respectivas os **depósitos garantidos** em favor de seus Diretores não pertencentes a seus quadros.

**Sub censura.**

(\*) Parecer I-196.

## A EXECUÇÃO FISCAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Maria Rosa Tesheiner (\*)

Na vigência da Constituição de 1891, era dos Estados a competência para legislar sobre o Direito Processual Civil. Essa competência passou a ser privativa da União, com a Constituição de 1934. Não obstante, continuaram em vigor os códigos dos Estados, nos respectivos territórios, até sobrevir, já sob a Constituição de 1937, o Decreto-Lei n.º 1.608, de 18/09/39 (Código de Processo Civil). Antes, porém, já viera o Decreto-Lei n.º 960, de 17/12/38, regulando a cobrança judicial da dívida ativa da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios, **em todo o país**. O Código Processual de 1939 e o Decreto-Lei 960 conviveram, um como lei geral e o outro como lei especial.

O novo Código de Processo Civil, porém (Lei 5.869, de 2/01/73), regula também a cobrança judicial da dívida pública, revogando, pois, o Decreto-Lei n.º 960. Vejamos as implicações daí decorrentes:

1. A execução fiscal deixa de ter procedimento próprio, subordinando-se às regras da execução por quantia certa contra devedor solvente.

1.1. A citação inicial será requerida em petição instruída com a certidão da dívida, correspondente a crédito da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território ou Município, inscrito na forma da Lei (art. 585, VI, e 614, combinados). O valor da causa, que obrigatoriamente deverá constar

(\*) Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Coordenador da Unidade de Defesa Judicial da Consultoria-Geral do Estado.

da petição inicial, é a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação; havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles (art. 259, incisos I e II).

1.2. A petição inicial será indeferida liminarmente, se o juiz verificar ter ocorrido a decadência do direito de constituir o crédito tributário, ou a prescrição (art. 295, IV). A prescrição extingue o crédito tributário! (Cód. Trib. Nacional, art. 156, V).

1.3. O executado será citado para pagar ou nomear bens à penhora no prazo de vinte e quatro horas (art. 652), e não mais *incontinenti* (Decreto-Lei 960, art. 6.º).

1.4. Não encontrado o devedor, o oficial de justiça arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução (art. 653). Antes falava-se em *seqüestro* (Decreto-Lei 960, art. 6.º, § 1.º), mas já então era de arresto que se tratava. Nos dez dias seguintes, o devedor será procurado pelo oficial de justiça, três vezes em três dias distintos. Se ainda assim não for encontrado (o que o oficial de justiça certificará), a citação far-se-á por edital, a *requerimento do credor*, que, para isso, tem o prazo de dez dias, contados da data em que foi intimado do arresto (art. 654). Decorridas vinte e quatro horas do término do prazo do edital, sem que tenha havido pagamento, o arresto converte-se em penhora. (art. 654).

1.5. O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, autuados em apenso (art. 736), os quais têm efeito suspensivo, qualquer que seja a matéria deduzida como defesa (art. 745). É que os embargos não suspendem a execução somente quando ela se funda em sentença e o executado alega matéria diversa da prevista no artigo 741.

As exceções devem ser apresentadas juntamente com os embargos (art. 742).

1.6. Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar o representante da Fazenda Pública, para impugná-los no prazo de quarenta dias (artigos 740 e 188, combinados), requisitará à autoridade administrativa o processo administrativo (art. 399), se for caso, mandando extrair cópias no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, findo o qual será devolvido (art. 399, § único) e designará a audiência de instrução e julgamento (art. 740). Não haverá audiência, se os embargos versarem sobre ma-

téria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental (art. 740, § único).

1.7. Não sendo embargada a execução, ou sendo rejeitados os embargos, o juiz determinará a avaliação dos bens penhorados (art. 680), ainda que o réu apele, pois a apelação interposta da sentença que rejeita os embargos opostos à execução tem efeito meramente devolutivo (art. 520, V). Esta é, aliás, a razão pela qual o Código determina que os embargos sejam autuados em apenso aos autos da ação principal (art. 736). A execução, pendente o recurso, é provisória, não podendo, portanto, realizar-se a praça (art. 588, II).

1.8. O edital de praça e leilão (art. 686, VI), será afixado no átrio do edifício do *forum* e publicado, em resumo, uma vez no órgão oficial do Estado, e duas em jornal local diário, se houver (art. 687).

1.9. O devedor poderá *remir a execução*, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios, antes de arrematados ou adjudicados os bens (art. 651), isto é, até a assinatura do auto de arrematação (art. 694) ou de adjudicação (art. 715). A *remissão de bem* é facultada ao cônjuge, descendente ou ascendente do executado (art. 787).

1.10. O pagamento ao credor também poderá ser feito mediante a constituição de usufruto de imóvel ou de empresa, quando o juiz o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para a satisfação da dívida (arts. 716 e 708).

2. Lei ordinária, o novo Código de Processo Civil não deroga o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25/10/66), guindado ao nível de lei complementar pela Constituição Federal (Emenda Constitucional n.º 1, art. 18, § 1.º). Portanto :

2.1. A cobrança judicial do crédito tributário continua não se sujeitando a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento (Cód. Trib. Nacional, art. 187, *caput*). Assim, ao juízo da insolvência concorrem todos os credores do devedor comum (Cód. Proc. Civil, de 1973, art. 762), exceto a Fazenda Pública.

2.2. O crédito tributário continua a preferir a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste,

ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho (Cód. Trib. Nacional, art. 186). Assim, a penhora feita pela Fazenda Pública prevalece sobre qualquer outra, ainda que anterior, porque a prioridade da penhora (Cód. Proc. Civil, de 1973, art. 612) só é decisiva quando inexistente título legal à preferência (art. 711).

2.3. A dívida da União continua a preferir a qualquer outra, e a dos Estados a preferir à dos Municípios, somente podendo-se verificar o concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público (Cód. Trib. Nacional, art. 187). É duvidosa, porém, a constitucionalidade dessa ordem de preferência, porque à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado criar preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra (Emenda Constitucional n.º 1, art. 9.º, I).

2.4. Por dívida ativa **tributária** entende-se a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular (Cód. Trib. Nacional, art. 201).

As dívidas provenientes de alcances e reposições, inscritas na forma da Lei, também autorizam a ação executiva (Cód. Proc. Civil, de 1973, art. 585, VI), pois não é só em matéria tributária que a Administração Pública tem o poder de constituir títulos com força executiva.

2.5. A certidão deve conter: a indicação do livro e da folha da inscrição; o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis; a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora; a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; a data da inscrição e, sendo caso, o número do processo administrativo de que se originou o crédito (Cód. Trib. Nacional, art. 202). A cada dívida corresponde uma só inscrição, não havendo tantas inscrições quantos forem os devedores de uma mesma obrigação, motivo por que a inscrição deve indicar não apenas o nome do devedor, mas também o dos co-responsáveis. Todavia, a ação pode ser proposta contra responsável não indicado na certidão, mesmo porque a responsabilidade pode decorrer de fato superveniente à inscrição, como, por exemplo, na hipótese de sucessão.

2.6. A omissão de qualquer dos requisitos, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de

cobrança dela decorrente, mas a nulidade pode ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante a substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada (Cód. Trib. Nacional, art. 203).

3. A competência para conhecer e julgar a execução fiscal tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado (art. 57), podendo as normas locais de organização judiciária atribuí-la a juízes temporários (art. 91).

A ação será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado (art. 578). Poderá também 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 (art. 578, § único).

4. Legitimado passivamente para a causa é o devedor, como tal declarado na certidão de inscrição na dívida ativa (art. 568, I), bem como o responsável tributário (art. 568, VI), cujo nome pode não constar da certidão. Contribuinte e responsável são as duas formas de sujeição passiva, na obrigação de pagar tributo ou penalidade pecuniária (Cód. Trib. Nacional, art. 121).

5. Os embargos de terceiro poderão ser opostos até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remissão, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (art. 1.048), desaparecendo o prazo de cinco dias, contados da data da ciência da penhora (Decreto-lei 960, art. 42).

6. A sentença que rejeitar os embargos do executado ou de terceiro condenará o vencido em honorários advocatícios fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação (art. 20, § 3.º). Sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz (art. 20, § 4.º).

7. A sentença que julga os embargos, quer do executado, quer de terceiro, é apelável (art. 513). Antes, cabia o agravo de petição (Decreto-Lei 960, art. 45, I). O prazo para interpor o recurso é de trinta dias para a Fazenda Pública (arts. 508 e 188, combinados) e de quinze dias para a parte contrária. Ambos tem o prazo de quinze dias para a contraminuta ou resposta (art. 508). A apelação do executado não tem efeito suspensivo (art. 520, V).

7.1. Continua sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença que julga improcedente a execução fiscal (art. 475, III).

8. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação (art. 530), seja qual for o vencido.

9. As despesas dos atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública serão pagas a final pelo vencido (art. 27).

10. Efetuada a penhora (art. 173, II), a execução fiscal já não correrá durante as férias forenses (Decreto-lei 960, art. 61).

11. A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança (art. 585, § 1.º).

## DO CONCEITO DE EMISSÃO E DE OFERTA PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS

Arnoldo Wald (\*)

### I. Dos Fatos

1. O signatário é titular da maioria das ações de uma sociedade anônima.

2. Pretendendo a referida sociedade aumentar o seu capital com a finalidade de democratizá-lo, o requerente decidiu vender uma parte das suas ações, através de distribuidoras legalmente constituídas e autorizadas a funcionar, a fim de firmar a ação no mercado, fazendo com que o papel seja conhecido e adquira uma certa posição no mercado, preparando-se, assim, a futura abertura.

3. O requerente comunicou essa sua pretensão ao Banco Central e, nos contatos que teve com os funcionários da entidade controladora do mercado de capitais, foi-lhe sugerido que enviasse uma carta comunicando ao Banco as providências que iria tomar, por carta protocolada, na qual o interessado esclarecia que iria fazer

“venda de ações da Sociedade realizadas entre pessoas físicas, tendo, como intermediadoras, Instituições Financeiras devidamente credenciadas pelo Banco Central do Brasil”.

4. A mencionada carta foi, na época, considerada como devidamente elucidativa, entendendo as autoridades competentes que nada impediria a venda programada pelo requerente.

(\*) Advogado no Estado da Guanabara e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 97-111, 1973

5. Assim sendo, foram realizadas vendas de 4.483.600 ações pelo preço de Cr\$ 1,40 por ação, sendo Cr\$ 1,00 correspondendo ao valor nominal da ação e um "overprice" de Cr\$ 0,40 destinado à remuneração da instituição distribuidora.

6. É preciso salientar que, ao remeter a carta ao Banco Central, o requerente juntou a minuta do contrato de opção, como se verifica pelo teor do doc. II anexo, juntando-se também à presente a mencionada minuta, que foi utilizada nas transações realizadas.

7. O quadro anexo contém todos os esclarecimentos solicitados pelo Banco Central, abrangendo a relação das instituições financeiras que venderam as ações, a quantidade colocada e a comissão paga a cada uma delas, assim como a declaração de todas as vendas terem sido efetuadas à vista, ficando, assim, atendidas as exigências contidas no auto de infração.

8. Em junho de 1971, a sociedade requereu ao Banco Central o registro de emissão de 167.716.766 ações.

9. Depois da formulação e do atendimento de várias exigências e da modificação dos critérios de aprovação da abertura de capitais, pelo Banco Central, que constitui fato notório e público evidenciou-se que, no entender das autoridades monetárias, a emissão deveria sofrer redução no seu valor, atendendo-se às condições do mercado, não podendo mais o lançamento ser feito por distribuidora, como inicialmente proposto, mas devendo ser realizado por Banco de Investimento ou Banco de Desenvolvimento. Neste sentido, a empresa está reformulando o seu pedido e procedendo às negociações necessárias para tal fim, continuando, outrossim, a cumprir rigorosamente o seu cronograma de obras, como provará oportunamente.

10. Da fiel narração dos fatos se deduz o seguinte:

- a) o requerente solicitou previamente a anuência do Banco Central, que lhe foi dada verbalmente. O silêncio das autoridades pode, aliás, ser considerado como ausência de qualquer oposição. Efetivamente, se para a própria abertura de capital, o silêncio do Banco Central por mais de trinta dias implica em aprovação tácita, **a fortiori**, tal raciocínio deve ser aplicado em relação à venda de ações realizadas pelo acionista;
- b) houve, pois, boa-fé e inexistia qualquer clandestinidade na operação realizada pelo requerente;

- c) a venda das ações próprias teve, como finalidade exclusiva, preparar o mercado para um lançamento que o Banco Central estava em via de aprovar, tendo tido, inclusive, pareceres favoráveis de analistas e das autoridades que o examinaram na primeira fase;
- d) o próprio volume das vendas realizadas pelo requerente — inferiores a Cr\$ 5.000.000,00 — evidencia que não se pretendeu com tal operação substituir a emissão, cujo volume seria trinta vezes maior;
- e) o preço de venda de Cr\$ 1,40 ajustado nas vendas realizadas pelo requerente não foi superior ao apresentado ao Banco Central para a venda das ações novas a serem emitidas, comprovando-se que não pretendeu o vendedor obter qualquer vantagem, não sendo o seu objetivo receber pelas suas ações preço maior do que o pretendido pela sociedade, numa operação que poderia, em tal hipótese, ser feita em detrimento do investidor.

## II. Do Auto de Infração e da inexistência de violação da Lei do Mercado de Capitais

11. O auto de infração alega que o requerente

“vem colocando junto ao público, quer diretamente, quer através de empresas do sistema legal de distribuição do mercado de capitais, ações de sua propriedade da S. A. ....”

Quanto a tais informações, o consulente pode fazer, desde logo, duas reservas:

- a) não está colocando tais ações, mas as colocou enquanto foi entendido que podia fazê-lo pelas autoridades competentes do Banco Central;
- b) as colocou por intermédio de “empresas do sistema legal de distribuição” sendo de pouca relevância as vendas **diretas**, como deflui do quadro anexo, que abrange todas as vendas feitas ao público.

## III. Do Conceito de Emissão

12. Ressalvados tais fatos, o que ocorreu, na realidade, foi a venda de ações por um acionista (pessoa física) a terceiros, ge-

ralmente por intermédio do sistema de distribuição, ou seja, de instituições financeiras devidamente habilitadas a realizar as mencionadas operações, sem que tenha havido registro da emissão.

13. Das duas incriminações constantes no auto, uma, com a devida vênia, não corresponde à verdade. Efetivamente, o consulente não realizou qualquer atividade de intermediação, vendendo, tão-somente, ações de sua propriedade. Não distribuiu, nem colocou títulos e valores mobiliários junto ao público, mas vendeu títulos próprios a pessoas determinadas e entregou ações a corretoras e distribuidoras, para tal fim, tudo nos precisos termos da Lei n.º 4.728.

14. Resta, pois, a acusação de não ter registrado "a correspondente emissão" no Banco Central.

15. Ora, a Lei do Mercado de Capitais não determina que o acionista faça o registro das ações que pretenda vender a terceiros.

16. O art. 21 da Lei n.º 4.728, de 14/7/65, determina que:

"Nenhuma emissão de títulos ou valores mobiliários poderá ser lançada, oferecida publicamente, ou ter iniciada a sua distribuição no mercado, sem estar registrada no Banco Central."

17. A emissão, evidentemente, pressupõe que ações sejam emitidas pela sociedade. Se a sociedade não emite ações e há, tão-somente, cessão do controle acionário ou venda de ações de um acionista a outro, não ocorre emissão de ações, pois a sociedade nada emite. A análise do art. 21 nos leva, pois, a concluir que é o mesmo inaplicável quando não se trata de emissão, mas, simplesmente, de venda, cessão ou alienação de ações já emitidas anteriormente, que são objetos de qualquer transação por parte dos acionistas.

18. A doutrina, conforme se verifica no *Répertoire Dalloz* (parág. 1266), define a emissão nos seguintes termos:

"L'émission d'actions, qu'il ne faut pas confondre avec la négociation, dont s'occupe l'article suivant, consiste dans le fait de créer des actions e de les mettre à la disposition du public."

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 97-111, 1973

19. Acrescenta o *Código Comercial Comentado* de Dalloz que

"Émettre des actions, c'est les créer et les mettre à la disposition du public."

20. J. TCHERNOFF, no seu *Tratado de Direito Penal Financeiro* (*Droit Pénal Financier*, Paris, Dalloz, tomo I, pág. 182), pondera a respeito que:

"Ainsi définie, l'émission ne doit pas être confondue avec des opérations similaires au point de vue économique, mais différentes au point de vue juridique, et notamment avec l'introduction des titres en Bourse, ou sur un marché quelconque en France, avec la vente, l'exposition, et d'une façon générale, avec le placement des titres".

21. A doutrina e a jurisprudência distinguem, pois, como noções fundamentalmente inconfundíveis a emissão, que pressupõe a criação de títulos novos, com o conseqüente aumento de capital da empresa, das outras formas de negociação de ações, não aplicando à simples venda ou colocação de papéis as normas que, pela sua redação, só se destinam a reger as emissões.

22. O auto de infração pretende combinar, para fins de interpretação sistemática, as determinações dos artigos 16 (especialmente seu parágrafo 1.º, letra c) e 21, quando, na realidade, ambos têm alcance próprio. Já transcrevemos o artigo 21 *caput* e vamos examinar o artigo 16, que tem a seguinte redação:

"Art. 16. AS EMISSÕES DE TÍTULOS ou valores mobiliários somente poderão ser feitas nos mercados financeiro e de capitais ATRAVÉS DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO PREVISTO NO ART. 5.

Parágrafo 1.º — PARA OS EFEITOS DESTES ARTIGO, CONSIDERA-SE EMISSÃO A OFERTA OU NEGOCIAÇÃO DE TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS:

- a) pela sociedade emissora ou coobrigada;
- b) por sociedade ou empresas que exerçam habitualmente as atividades de subscrição, distribuição ou intermediação na colocação no mercado de títulos ou valores mobiliários;

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 97-111, 1973

c) PELA PESSOA NATURAL OU JURÍDICA QUE MANTÉM O CONTROLE DA SOCIEDADE EMISORA DOS TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS OFERECIDOS OU NEGOCIADOS”.

23. Na realidade, envolve o artigo 16 duas normas distintas, a primeira contida no *caput* e a segunda no parágrafo primeiro. A primeira determina que **toda emissão seja feita através do sistema de distribuição**, abrangendo as Bolsas, Corretoras, Distribuidoras e demais instituições financeiras (art. 5.º da Lei).

24. A segunda norma equipara, PARA OS EFEITOS DESTES ARTIGOS (art. 16 “*caput*”), à emissão, a oferta ou negociação de títulos quando realizada por determinadas pessoas, entre as quais menciona a pessoa natural ou jurídica que mantém o controle da sociedade emissora dos títulos.

É preciso salientar que há, no caso, uma equiparação, por ficção legal, da oferta ou negociação à emissão, tão-somente para os efeitos do mencionado artigo e não para qualquer outro fim.

25. A interpretação literal do parágrafo primeiro do artigo 16 e, como vimos, altamente elucidativa, pois **somente considera a negociação como equiparada à emissão** “PARA OS EFEITOS DESTES ARTIGOS” e não para todos os demais fins da lei. A equiparação é com a finalidade de obrigar, em tal hipótese, a pessoa, que mantém o controle, a negociar ou oferecer os seus títulos “através do sistema de distribuição previsto no artigo 5.º”, conforme determina o artigo 16 *caput*. Pondere-se que o legislador foi claro na hipótese, não ensejando discrepâncias na interpretação, pois não estabeleceu uma equiparação “PARA OS FINS DESTA LEI”, mas, sim, “PARA OS EFEITOS DESTES ARTIGOS”. Tratando-se de ficção legal, pois, evidentemente, não há como confundir venda de ações de acionista com emissão de ações pela sociedade, a ficção não admite interpretações extensivas ou analógicas, tanto mais que a lei restringiu, de modo explícito, os efeitos da equiparação pretendida e que, no caso, ela tem efeitos disciplinares que não podem ser estendidos a situações legalmente não enquadradas nas respectivas sanções. O artigo 16 equiparou, tão-somente, a negociação à emissão para exigir que, em tais hipóteses, a venda fosse feita pelo sistema de distribuição. Na realidade, o comando legislativo se limita a determinar que as vendas, negociações e ofertas de ações pelo titular do controle da sociedade sejam realizadas através do sistema de distribuição. Nada mais acrescenta o legislador.

26. Comentando o parágrafo 1.º do artigo 16 da Lei n.º 4.728, ensina PONTES DE MIRANDA que:

“O parágrafo 1.º é de EVIDENTE IMPROPRIEDADE. A OFERTA OU NEGOCIAÇÃO DE TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS NÃO É EMISSÃO” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo LII, Rio, Borsoi, 1966, pág. 392)

27. Assim sendo, não há como combinar a aplicação dos artigos 16, parágrafo 1.º e letra c do artigo 21, pois este último só se refere às emissões e, para os efeitos do artigo 21, não existe na lei qualquer equiparação da negociação de pessoa natural ou jurídica controladora à emissão de ações, não se confundindo ambas as operações, como salienta PONTES DE MIRANDA, no trecho já transcrito.

28. Se o artigo 21 se refere à emissão e à distribuição das ações, não há como aplicar a norma à simples venda de ações, sem emissão. Embora possa dar margem a dúvidas a redação do artigo 21, evidencia-se que o sujeito da frase é a **emissão**; é ela que deve ser registrada no Banco Central. Os atos que não podem ser praticados em relação às emissões sem o registro prévio do Banco Central são:

- a) o lançamento;
- b) a oferta pública;
- c) a distribuição.

29. Não proíbe a lei a distribuição de ações, sem prévio registro, mas, tão-somente, a distribuição de emissão. A interpretação literal e lógica nos leva a essa conclusão, pois o artigo 21 determina que deve ser registrada no Banco Central a emissão e que a mesma, sem estar registrada, não poderá “ser lançada, oferecida publicamente ou ter iniciada a sua distribuição”. O pronome *sua* comprova que se trata da distribuição da emissão. **A contrario sensu**, não havendo emissão pela sociedade de novos títulos, não se impõe o registro, como, aliás, tem sido entendido pelo próprio Banco Central. Não se aplica, outrossim, para os fins do artigo 21, a equiparação determinada no parágrafo 1.º do artigo 16, pois a mesma é somente, como esclarece a lei, “para os fins deste artigo”, ou seja, para os fins do artigo 16 *caput*.

30. A melhor prova do entendimento que ora defendemos decorre da própria posição assumida pelo Banco Central em re-

lação às operações de **block trade** ou operações em bloco, no tocante às quais, por longo tempo, as autoridades não exigiram registro prévio. Somente em fins do ano passado, já após as vendas referidas no auto de infração, é que o Banco Central, fixando nova orientação na matéria, decidiu pelo Ofício n.º DIBON . . 71/197, de 1.º de outubro de 1971, considerar passíveis de registros tais operações. **A contrario sensu**, anteriormente à mencionada decisão da Diretoria do Mercado de Capitais, as operações de **block trade** não estavam sujeitas a tal registro e é notório e público que numerosas vendas de ações em bloco foram realizadas, antes de outubro de 1971, nas Bolsas do Rio de Janeiro e de São Paulo, sem qualquer registro prévio e sem a aplicação de qualquer sanção por parte do Banco Central, que teve conhecimento das operações por serem as mesmas notórias e públicas.

31. Se em relação às **block trades** houve necessidade de decisão da Diretoria do Mercado de Capitais que foi comunicada às Bolsas para que se exigisse o registro prévio, a mesma norma deve ser aplicada aos casos análogos, não se punindo vendas feitas por acionistas sem registro prévio, que se realizaram em condições idênticas às praticadas nos casos das **block trades**.

32. Comprovando-se que o requerente fez oferta ou negociação dos mencionados títulos, por intermédio do sistema de distribuição, obedecendo, pois, aos artigos 5.º, 12 e 16 **caput** e parágrafo 1.º, inexistente qualquer infração que lhe possa ser imputada, não lhe sendo aplicável a norma do artigo 21, que somente trata das emissões e que, sendo restritiva de direitos e ensejando a aplicação de sanções, não admite interpretação extensiva, pois somente em virtude de lei, a parte pode ser obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (artigo 153, parágrafo 2.º, da Constituição vigente) e somente pode ser punida a infração típica previamente definida em lei (artigo 1.º do Código Penal).

#### IV — Do Conceito da Oferta Pública

33. **Ad argumentandum**, se poderia acrescentar que inexistiu, no caso, oferta ou negociação no sentido da definição taxativa que encontramos no artigo 16, parágrafo 2.º, que, para os fins do mesmo artigo, considera como colocação ou distribuição de títulos a operação realizada:

- a) mediante qualquer modalidade de oferta pública;
- b) mediante a utilização de serviços públicos de comunicação;

- c) em lojas, escritórios ou quaisquer estabelecimentos acessíveis ao público;
- d) através de corretores ou intermediários que procurem tomadores para os títulos”.

34. A oferta pública tem sido definida, pela doutrina como caracterizando-se “por anúncios na imprensa, cartazes, boletins, etc., apregoando-se pela radiofonia ou por outros meios de publicidade . . .” (WALDEMAR FERREIRA, **O loteamento e a venda de terrenos em prestações**, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1938, pág. 83). Afirmou-se que oferta pública é a “realizada por qualquer meio de publicidade” (WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, **Loteamentos e condomínios**, Rio, Freitas Bastos, 2a. edição, 1959, tomo I, pág. 253). Também se admitiu que pudesse ser caracterizada a oferta pública pelo fato de ser feita a pessoa indeterminada.

35. Ora, no presente caso, não houve publicidade, nem oferta ao público em geral e, tão somente, contratos de opção dados a instituições financeiras, com a finalidade de receberem dos seus clientes habituais os pedidos de compra, não se caracterizando, em tese, a oferta pública por não ter havido utilização dos meios de comunicação.

#### V — Das vendas realizadas pessoalmente pelo consulente

36. Quanto às vendas feitas diretamente pelo consulente a 151 pessoas de suas relações pessoais, conforme se verifica pelo documento I anexo, não se caracterizam como operação de distribuição ou de oferta pública.

37. Efetivamente, tais vendas representam menos de 1% (hum por cento) do capital social atual da empresa e decorreram de pedidos de compra que foram feitos ao consulente por amigos e pessoas de suas relações.

38. Tanto o número de compradores, como o de ações compradas e a percentagem mínima que representam em relação ao capital social já fazem presumir a inexistência, no caso, de oferta pública. Tal situação se comprova ainda pelo fato de ter inexistido qualquer publicidade em torno da venda das ações e se robustece com as declarações de nove compradores de ações, nas quais consta que a venda decorreu de “laços pessoais que ligam” o consulente aos compradores, à confiança depositada pelos compradores na pessoa do consulente, a laços de amizade entre eles

existentes, tendo resultado de entendimentos diretos que mantiveram, justificando-se a compra dos papéis pela admiração e confiança ao espírito empresarial do consulente que tiveram os adquirentes.

39. Havendo, na realidade, uma oferta privada e não uma oferta pública, uma oferta a pessoas das relações pessoais do consulente e não uma comunicação de eventual venda apresentada ao público, não se aplicam as normas sobre registro e intermediação.

40. A doutrina norte-americana, examinando o assunto, esclarece que:

“Se a oferta é privada, **não há distribuição no sentido da lei**, o comprador não é considerado como subscritor e não se exigem as formalidades de registro da emissão”. (**O Mercado de Capitais dos Estados Unidos**, 2a. edição, organizada pela Bolsa de Valores de São Paulo e Acrefi, 1970, pág. 300)

41. Na mesma obra, se esclarece que a oferta pública se distingue da privada, atendendo-se ao número de ofertados e às relações que mantinham entre si e com o vendedor, o número de unidades oferecidas e a forma da oferta (**obra citada**, pág. 327). Descaracteriza a oferta pública o fato de ser a venda de ações (1% do capital social) realizada em relação ao grupo de amigos, segundo o mencionado estudo, que acrescenta:

“As transações efetuadas mediante negociações diretas entre o emissor (ou o vendedor) e os compradores prováveis, **muito mais provavelmente não serão públicas**, do que as realizadas através do sistema de distribuição pública de títulos” (pág. 328).

42. Finalmente, considera-se, na legislação americana, como isenta de registro prévio a emissão quando os adquirentes de ações declaram que as compram para fins de investimento e não de distribuição (**obra citada**, pág. 329).

43. No caso das vendas feitas pessoalmente pelo consulente a amigos, verifica-se, pelo próprio montante das compras, que os adquirentes pretendiam realizar um investimento e não revender as ações a terceiros, justificando-se a operação como sendo verdadeira oferta privada não sujeita às normas estabelecidas

em relação à distribuição, não incidindo, pois, na hipótese, o artigo 16 da Lei do Mercado de Capitais.

44. Finalmente, inexistiu, no caso, qualquer espécie de publicidade, promoção ou propaganda, implicando também a omissão de qualquer divulgação pela imprensa escrita ou falada em não caracterizar a mencionada venda como oferta pública.

## VI — Da boa-fé do consulente

45. Por mais discutidos que possam ser os princípios fixados na lei do mercado de capitais e por mais discrepantes que sejam as interpretações dos artigos 12, 16 e 21 da Lei n.º 4.728, evidencia-se a boa-fé do consulente pelo contato contínuo que teve com as autoridades e pela carta por ele encaminhada ao Banco Central.

A boa-fé se apresenta como um conceito ético que se pauta ‘pela consciência popular, pelo senso moral da sociedade, participando desse mudável e indefinível sentimento’ (OCTAVIO MOREIRA GUIMARÃES, **Da boa-fé no direito civil brasileiro**, 2a. edição, São Paulo, Saraiva, 1953, pág. 33), implicando em tornar escusável o erro de direito, especialmente diante de uma legislação nova, em vias de consolidação e diante das dúvidas naturais que a mesma tem suscitado não só entre os estudiosos da matéria como, até, na própria administração.

Se a administração tem ou teve dúvidas, resolvendo, nos seus vários escalões, de modo diverso o mesmo problema, como poderá ser exigido do empresário mais do que a sua boa-fé e a lisura do seu comportamento, comunicando ao Banco Central o que faz e o que pretende fazer e dele aguardando instruções? E, se as instruções não surgem, a posição de quem mantém, até nova ordem, o comportamento anterior não parece condenável.

Como bem salientou o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, “depois do Far West, vem o xerife”. É preciso que o xerife fixe, inicialmente, de modo claro e inequívoco as normas para que, em seguida, possa exigir a obediência das mesmas. A lei é, antes de tudo, norma preventiva e não se pode tornar repressiva sem que, anteriormente, se tenha fixado o seu conteúdo de modo claro insofismável. É tradicional na legislação pátria o princípio “nullum crimen sine lege”, considerado norma fundamental do nosso sistema (art. 1.º do Código Penal). Também no campo

administrativo, não se deve admitir o ilícito sem uma prévia e clara definição das determinadas fixadas para o comportamento do empresário.

46. Comprovando as dúvidas interpretativas referentes à legislação do mercado de capitais e a boa-fé do consulente, queremos salientar que o direito norte-americano considera não sujeitas ao controle da SEC as transações privadas que não envolvem oferta pública (**private sale exemption**) e admite que o acionista possa realizar operações de venda de suas ações, mediante simples consulta à SEC.

Efetivamente, esclarecem a respeito FRANK G. ZARB e GABRIEL T. KERKES que:

"The individual who, on the surface, appears to be 'in control', or who signed a letter of investment intent may seek a no-action letter from the Commission. The no-action letter is issued by a staff member of the SEC based upon his interpretation of the law and Commission policy. It will be written and sent to the stockholder's attorney in response to a letter from the counsel setting forth the facts of the case and stating that in counsel's opinion the stockholder is not a underwriter or control person as defined by the act and, thus, any sale will be exempt pursuant to Section 4 of the act. The no-action letter will merely state that based upon the facts furnished by the shareholder counsel, the staff of the SEC will not recommend that any action be taken by the Commission if the stock is sold". (**The Stock Market Handbook**, edição de DOW JONES IRWIN INC., Illinois, 1970, pág. 35)

47. Na realidade, como vemos, admite a prática norte-americana que, mediante troca de cartas, até o titular eventual do controle possa alienar as suas ações, tendo a SEC baixado sobre a matéria a Resolução 154, que autoriza, em determinados casos, a venda de ações sem registro prévio por parte do acionista majoritário (**obra citada**), pág. 35 *in fine* e 36. Por outro lado, a legislação e a prática financeira americana admitiram certas formas de divulgação do papel durante o período de espera da decisão das autoridades monetárias quanto ao seu lançamento que inexistem ainda em nossa legislação.

48. A validade da experiência norte-americana, considerada como fonte subsidiária da nossa legislação sobre o mercado

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 97-111, 1973

de capitais, justifica e ampara o comportamento do consulente e explica até a sugestão, que lhe foi feita, de comunicar a venda ao Banco Central para que este pudesse considerá-la como não suscetível de qualquer oposição. De qualquer modo, o precedente norte-americano evidencia que a expedição da carta tem amparo na vivência do direito do mercado de capitais em outros países que inspiraram, na matéria, a nossa legislação.

#### VII — Da inexistência de prejuízo para os acionistas

49. Como assinalamos, nem mesmo qualquer irregularidade formal ocorreu, mas o que é mais importante, na hipótese, é a inexistência de qualquer prejuízo para os adquirentes de ações, pois a implantação do empreendimento está prosseguindo de acordo com o cronograma inicialmente fixado, tendo sido concluídos os estudos de mercado. A empresa fez também contratos de serviços de prospecção geológica e de serviços técnicos de engenharia visando à elaboração de projetos. A empresa está importando o seu equipamento e está em contato com o Banco de Investimento para realizar a abertura do seu capital nos moldes determinados pelo Banco Central, nas suas recentes decisões, que só admitem para a democratização de capital, além de determinados limites, a intervenção de Bancos de Investimento ou de Bancos de Desenvolvimento.

50. A reformulação dos planos empresariais, com a abertura de um capital menor do que o inicialmente pretendido e a eventual utilização de financiamentos externos e internos, em nada prejudicarão os acionistas, que terão todos os seus direitos garantidos e verão a empresa ser implantada, de acordo com as normas e programações que ela se fixou, dentro dos prazos constantes do cronograma.

51. Não havendo prejuízo para os acionistas e não tendo ocorrido qualquer violação de norma legal, parece-nos caber o arquivamento do processo administrativo disciplinar.

#### VIII — Da inaplicabilidade das sanções

52. No auto de infração consta que estaria o consulente sujeito às cominações do art. 44 e respectivo parágrafo 7.º da Lei n.º 4.595, de 31/12/1964, *ex vi* do que dispõe o art. 4.º, parágrafo 1.º, da Lei n.º 4.728.

Efetivamente, o art. 4.º, parágrafo 6.º, da Lei n.º 4.728, autoriza o Banco Central a aplicar aos infratores da mesma lei as sanções previstas no capítulo V da Lei n.º 4.595.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 97-111, 1973

Ocorre, todavia, que o mencionado art. 44, no seu **caput**, se refere, tão-somente, às infrações das instituições financeiras e de seus diretores ou administradores e o parágrafo 7.º do mesmo artigo admite a aplicação de pena a "pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira sem estarem devidamente autorizadas pelo Banco Central". Evidentemente, o consulente não atuou como instituição financeira limitando-se a vender ações de sua propriedade, por intermédio das instituições financeiras devidamente registradas no Banco Central.

Não sendo o consulente instituição financeira, nem tendo, em momento algum, atuado como instituição financeira, não tendo feito qualquer intermediação de títulos alheios, são inaplicáveis ao mesmo as sanções previstas no art. 44 da Lei n.º 4.595.

Acresce que o art. 44, parágrafo 7.º, deve ser interpretado em combinação com o art. 17, que define as instituições financeiras considerando, como tais, as pessoas 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". Não cabe, no momento, discutir a interpretação do art. 17 da Lei da Reforma Bancária, mas é preciso salientar que o consulente não praticou os atos referidos no mencionado art. 17, de tal modo que não se lhe pode aplicar o parágrafo único do mesmo, nem sobre ele deve incidir a pena prevista no art. 44, parágrafo 7.

#### IX — Conclusões

53. Pelo exposto, concluímos que o consulente :

- a) não realizou qualquer emissão de ações não autorizada previamente pelo Banco Central;
- b) vendeu ações que lhe pertenciam, geralmente por intermédio do sistema de distribuição previsto na lei do mercado de capitais, obedecendo, pois, ao disposto no art. 16;
- c) a venda de ações pelo acionista, mesmo quando majoritário, só está condicionada à intermediação do sistema, não necessitando de autorização prévia, conforme se verifica pela interpretação dos artigos 16 e parágrafo único e 21 da Lei do Mercado de Capitais;
- d) a boa-fé do consulente se comprova pela comunicação prévia que fez ao Banco Central da venda que pretendia fazer;

- e) a venda foi feita por preço não superior ao do lançamento pretendido pela empresa, não havendo, assim, qualquer prejuízo para a mesma;
- f) o volume das vendas realizadas pelo consulente foi irrisório em relação ao lançamento que a empresa pretendia fazer, representando cerca de 3% do mesmo;
- g) a troca de cartas para autorizar a venda de ações por acionista é precedente do direito norte-americano;
- h) as autoridades do Banco Central consideraram, na época, que a operação não era contra-indicada, não respondendo, até hoje, a carta anexa.
- i) inexistiu qualquer prejuízo para o acionista diante da implantação progressiva e normal da empresa;
- j) não tendo o consulente praticado ato privativo de instituição financeira, não lhe é aplicável o art. 44 e respectivo parágrafo 7 da Lei n.º 4.595;
- l) sendo a matéria de interpretação duvidosa e tendo ensejado divergência na doutrina e na própria administração, na dúvida, nenhuma sanção deve ser aplicada, de acordo com o princípio "in dubio, pro reo", especialmente diante da evidente boa-fé do consulente.

**PARECERES**

## PARECER N.º 2207/CGE

GRATIFICAÇÃO ADICIONAL — Para efeitos de concessão de gratificação adicional, nos termos do artigo 110, da Lei Estadual n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, computa-se, também, o tempo em que o servidor esteve regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O município de Erechim, através de seu Prefeito, pede o pronunciamento deste Órgão sobre a seguinte questão:

Servidor daquele município tem dezessete anos de serviços prestados, sendo que os primeiros dezesseis anos como diarista, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. No décimo sétimo ano passou o servidor a ser mensalista, sob o regime da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado).

Requer, então, o servidor gratificação adicional de 15%, invocando o artigo 110, daquele Estatuto.

O que deseja a consulente saber é se o tempo de serviço prestado sob o regime das normas consolidadas se conta para os efeitos do benefício pretendido.

É o relatório.

2. Desde logo, partimos do pressuposto, considerando as informações prestadas, de que o município, por lei própria, adotou integralmente, para seus servidores, as normas estabelecidas pela lei estadual 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, e, assim, do exame dela, buscaremos a solução à questão proposta.

Estabelece o artigo 110, da lei:

“Os funcionários públicos civis do Estado perceberão a gratificação adicional de 15% e 25% sobre o vencimento a partir da data em que completarem, respectivamente, 15 e 25 anos de efetivo serviço público, contados na forma deste Estatuto”.

Já se vê que o artigo transcrito tão-somente exige que o tempo seja de "efetivo serviço público" omitindo qualquer exigência quanto à vinculação jurídica que o servidor tenha tido com o poder público.

Ademais, estabelece a parte final do artigo que o tempo de serviço deve ser contado na forma prevista pelo Estatuto. Estabelece o artigo 166, parágrafo 1.º:

"Art. 166 — A apuração do tempo de serviço normal, para efeito de promoção, aposentadoria e gratificações adicionais será feita em dias.

§ 1.º — Serão computados os dias de efetivo exercício, à vista das folhas de pagamento ou das fichas funcionais."

Ainda aqui, presente apenas a exigência da efetiva prestação de serviço público.

Inquestionável é que a vinculação jurídica do servidor com o Poder público, por dezesseis anos, pela lei trabalhista, não altera a natureza do serviço que tem que ser considerado como público, para todos os efeitos, inclusive para concessão de adicionais.

3. Observa Hely Lopes Meirelles, estudando o adicional por tempo de serviço, Direito Administrativo Brasileiro, págs. 403; que

"É uma vantagem pessoal, um direito adquirido para o futuro. Sua "conditio juris" é, apenas, e tão-somente, o tempo de serviço já prestado, sem se exigir qualquer outro requisito da função ou do funcionário."

Estabelecido, assim, que a única exigência que se há de fazer é o tempo de serviço público, sem dúvida se há de computar também, no caso da consulta, o prestado na condição de diarista, pois indubitoso que também este é serviço público.

4. Em sendo assim, respondemos ao consulente que, considerados os elementos fornecidos, tem o servidor direito ao que pleiteia, por satisfazer as exigências da lei para sua concessão. É o parecer.

Porto Alegre, 31 de outubro de 1972.

Bartolomé Borba  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 115-116, 1973

## PARECER N.º 2298/CGE

### BRIGADA MILITAR.

As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

Ato administrativo praticado de conformidade com a lei tem de ser mantido.

Esta Consultoria-Geral do Estado é chamada a opinar, por solicitação do Excelentíssimo Senhor Secretário da Segurança Pública, sobre a seguinte 'quaestio juris':

J. E. da S., 1.º Tenente da Reserva Remunerada, adido para fins de vencimento à Diretoria de Administração e Finanças da Brigada Militar, foi desconvidado do serviço ativo em 12/3/71, conforme Boletim Geral da Brigada Militar daquela data, e Portaria de 15/3/71, do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, e de acordo com o art. 129, letra a, da Lei Estadual n.º 6.195, de 15/1/71, a qual menciona que a idade limite de permanência em serviço ativo é de 46 anos para o posto de 1.º Tenente.

Pleiteia o interessado, Oficial QOA, reconsideração do ato desconvidatório, querendo voltar ao serviço ativo, amparando-se no parágrafo único do art. 129 da Lei mencionada.

2. Examinando-se o dispositivo em que se quer apoiar o policial-militar, publicado no Diário Oficial do Estado n.º 156, de 18/1/71, p. 9, "in fine", nota-se, "prima luce", a supressão de grande parte de seu texto, porque, ao se virar a página, o assunto já é outro.

Assim, consta na p. 9, "in fine":

"art. 129 — ( ..... )

Parágrafo único — Quando se tratar do Quadro de Oficiais Auxiliares (QOA), bem como do Quadro de Oficiais não Combatentes, a idade limite"

e na p. 10, "caput", continuando:

"b para praças:  
— 50 anos."

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 117-119, 1973

3. Alertado o Palácio Piratini para a incorreção desse texto, a subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos diligenciou a republicação correta do parágrafo, no Diário Oficial do Estado de 13/12/72, p. 2:

“ Parágrafo único — Quando se tratar do Quadro de Oficiais Auxiliares (QOA) bem como do Quadro de Oficiais não Combatentes, a idade limite de que trata este artigo, será acrescida de cinco anos.”  
(grifei a parte anteriormente omissa)

4. Ocorre que o erro tipográfico nesse parágrafo consistente na omissão dos dez (10) últimos vocábulos, tornou o texto sem sentido. Em sua substância, a “mens legis” resultou afetada, e, numa verificação formal da existência da lei, esse parágrafo inexistiu, até que fosse republicado corretamente.

É verdade que

“ simples erro tipográfico no texto da lei, quando evidente, dispensa lei retificativa.” (WASHINGTON BARROS, “Curso de Direito Civil,” vol. 1, p. 26).

Simples troca de letra numa palavra, cujo sentido é perceptível “in oculi”, evidente, não enseja retificação. Mas se o texto está quebrado por falta de expressões inteiras, como na espécie em exame, a lei, nessa parte rota, inexistiu, porque

“ As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.” (§ 4.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4/9/42)

5. Se o parágrafo republicado estivesse formalmente correto na época da publicação da lei, o 1.º Tenente QOA J. E. da S. teria direito de permanecer em serviço ativo por mais um quinquênio além do limite ordinário para esse posto (46 anos), isto é, até 51 anos de idade.

Isso não ocorreu.

Por outro lado, com a publicação corrigida, não se há de falar em retroagir a incidência do parágrafo, para alcançar situações pretéritas, constituídas sob vigência de dispositivo legal diferente.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 117-119, 1973

Isso posto, é de se concluir que o ato administrativo que convocou o 1.º Tenente J. E. da S., tendo por fulcro, exclusivamente, o limite de idade (46 anos), que está amparado no art. 129 da Lei n.º 6.195/71; e, sendo legal, não há porque desfazê-lo. É o parecer, “sub censura”.

Porto Alegre, 23 de dezembro de 1972.

Armando Henrique Dias Cabral  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2314/CGE

VEREADOR — não pode exercer cargo de subprefeito, por ser demissível “ad nutum” (art. 153, inciso II, letra c, da Constituição do Estado).

SUBPREFEITO — não pode ser sucessor, nem substituto do Prefeito, máxime quando a Lei Orgânica Municipal prevê a hierarquia para o preenchimento do cargo de Prefeito, em harmonia com a Constituição do Estado.

VEREADOR — licença para tratar de interesse particular e convocação do respectivo suplente é assunto cuja regulamentação a Constituição do Estado deixou ao Município.

O Ilustríssimo Senhor Presidente da Câmara de Vereadores de Osório requer o pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado sobre a legalidade do anteprojeto de lei municipal n.º 4/73, que altera dispositivos da Lei Orgânica do Município, mais precisamente, o art. 21, inciso III, cuja redação atual é a seguinte:

“ art. 21 — O vereador poderá licenciar-se somente:

I — (...)

II — (...)

III — para tratar de interesses particulares, por prazo determinado, nunca inferior a trinta dias, não podendo reassumir o exercício do mandato antes do término da licença.

§ 1.º — (...)

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 119-126, 1973

§ 2.º — O vereador investido no cargo de Secretário Municipal ou Diretoria equivalente, não perderá o mandato, considerando-se automaticamente licenciado.”

Com a redação pretendida pelo anteprojeto, o texto ficaria assim:

“ art. 21 — O vereador poderá licenciar-se somente:

I — (...)

II — (...)

III — para tratar de interesses particulares, nunca inferior a trinta dias.

§ 1.º — (...)

§ 2.º — O vereador investido no cargo de Secretário Municipal ou Diretoria equivalente, e no de **Subprefeito**, não perderá o mandato, considerando-se automaticamente licenciado.” (gri-fei a expressão nova, no texto retro)

A outra norma legal a ser modificada é o atual art. 42, “ver-bis”:

“ art. 42 — Salvo o distrito da sede, todos os demais poderão ser administrados por Subprefeitos.”

Com a redação pretendida pelo anteprojeto, o texto passaria a vigor assim:

“ art. 42 — os distritos poderão ser administrados por Subprefeitos, inclusive o da Sede.”

É o relatório.

2. Subprefeito, na hipótese do Município de Osório, é cargo em comissão (art. 43, Lei Orgânica) e é o “ouvidor” do prefeito às pretensões dos munícipes dos distritos fora da sede governativa, onde o prefeito nem sempre pode estar presente. Todavia, em muitas comunidades, é munus público gratuito. Em quaisquer hipóteses, ele sempre é demissível “ad nutum”. Trata-se, a rigor, de um auxiliar precário, mantido apenas enquanto houver a confiança do prefeito, e que atua nos limites distritais. Sua investidura é precária, igualmente. A relação de emprego entre a Administração Pública e o subprefeito é muito frágil. Os di-

reitos e vantagens do subprefeito foram objeto do Parecer n.º 2284, sendo autor o eminente Consultor Jurídico ADAURY PINTO FILIPPI, da Equipe de Assistência Jurídica aos Municípios, desta Consultoria-Geral do Estado, “verbis”:

“ Historicamente, a figura do Subprefeito surgiu, na administração municipal, como sendo ajudante direto do Prefeito com atividades jungidas aos assuntos distritais. Suas funções eram tipicamente honoríficas, traduzindo conceitualmente um “múnus público”, daí e por isso serem exercitadas de forma gratuita, dentro da compreensão de que o Subprefeito atuava na qualidade de colaborador de confiança, no sentido político-administrativo, do Chefe do Executivo Municipal.

Agia o Subprefeito, assim, por delegação direta e expressa do Prefeito, como seu representante pessoal, revestindo o “status” de delegado daquela autoridade nos limites dos distritos. Não era, pois, nem agente político e nem se elevava à categoria de funcionário público, conforme o magistério de HELY LOPES MEIRELLES (In D. M. B., 1a. ed. vol. II, pág. 504):

“ O Subprefeito ou Intendente, nos Estados-membros que o admitem, exerce funções delegadas pelo Prefeito, nos limites distritais. Não é agente político, nem funcionário público, no sentido próprio. A nosso ver, esse preposto do chefe do Executivo integra a categoria dos honoríficos, emprestando colaboração gratuita e precária à administração pública.”

Ora, como vimos, se o Subprefeito, originariamente, não possuía qualquer vínculo — a caracterizar o “status” de servidor público — com a administração pública municipal, nenhum direito ou vantagem dessa ordem poderia reivindicar.

Acresce, todavia, que, talvez, ante a progressiva consagração do princípio geral de direito de que “não há prestação de serviço público irremunerado”, exceção da vereança gratuita nos termos constitucionais e, bem assim, tradicionalmente, da função de jurado integrante do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, passou a ser remunerado o cargo de Subprefeito de maneira generalizada, cuja forma de investidura predominante, se não única, é a simples nomeação, pelo Chefe do Executivo Municipal, para o exercício de cargo em comissão.

Dai se vê, portanto, que o Subprefeito, hoje, exercente de atividade remunerada, através de comissionamento, integra pacificamente o elenco dos servidores públicos, decorrendo necessariamente desse seu posicionamento no serviço público a certeza, para ele, de direitos e vantagens inerentes ao ocupante de cargo em comissão."

3. Pelas características do cargo, resulta que jamais o subprefeito poderia substituir ao prefeito (a menos que fosse eleito, ou nomeado).

4. De outro lado, se a função de subprefeito se justifica nos distritos mais afastados, na sede municipal não ocorre o mesmo, porque aí está presente o prefeito, "titular do Poder Executivo" (Constituição do Estado, artigo 156).

5. O Prefeito é substituído, nos termos da lei, pelo Vice (cfe. art. 33, Lei Orgânica de Osório), ou, na falta deste, pelo Presidente da Câmara de Vereadores.

6. A Lei Orgânica de Osório permite que um dos Secretários Municipais, na impossibilidade de assumir o Vice-prefeito e o Presidente da Câmara Municipal, responda pelo expediente da Prefeitura, tendo atribuições restritas aos atos de rotina, necessários à continuidade administrativa. Mas não pode praticar atos de governo privativos do Chefe do Executivo. De plano se constata que este "responder pelo expediente" não significa suceder, nem substituir. Eventualmente, para que não se acumule o expediente de rotina, com prejuízos para a Administração Pública e para terceiros, um dos Secretários Municipais chancela determinados atos.

7. Diante do art. 153, II, letra C, da Constituição Estadual, vereador não pode se investir no cargo de subprefeito, porque, sendo demissível "ad nutum", perde o mandato. O pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado consta do Parecer n.º 1956, da lavra do eminente Consultor Jurídico MÁRIO NUNES SOARES, da Equipe da Assistência Jurídica aos Municípios, "verbis":

"... o vínculo do Subprefeito com a administração pública constitui-se uma tênue relação de administração, ao ponto do mesmo qualificar a função de meramente honorífica; no presente caso, o vínculo representa uma perfeita e acabada relação de função pública que se consolida em cargo detido por funcionário com atribuições específicas.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 119-126, 1973

É o Subprefeito, no Município consulente, funcionário público, detentor de cargo remunerado e com atribuições funcionais expressas em lei.

De outra parte, não se caracteriza a hipótese prevista como exceção à regra impeditiva, porquanto não equivalem as funções de Subprefeito às de Secretário Municipal, bastando considerar que, aquele, exerce funções restritas dentro da órbita distrital para a qual é investido, diversamente deste, que se configura como auxiliar direto do Chefe do Executivo, com competência em toda a extensão da administração comunal, na Secretaria ou Diretoria de sua atribuição.

Em conclusão, não pode o Vereador mesmo licenciado no Município consulente assumir o cargo de Subprefeito, face à proibição do art. 153, item II, letra C, da Carta Estadual, perfeitamente caracterizada na espécie."

8. O Ofício n.º 1092/71, de 7/12/71, do Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral do Estado, ORLANDO GIRALDI VANIN, que aprova e encaminha esse Parecer n.º 1956, aduz maciços pronunciamentos, "verbis":

" Na espécie, realizou-se estudo sobre a possibilidade de vereador licenciado exercer o cargo de subprefeito distrital, em resposta à consulta formulada por essa Câmara (...).

A propósito da competência para legislar sobre a organização municipal, ANGELITO AIQUEL, em "Problemas Jurídicos dos Municípios", assim se pronuncia: " É o Estado-Membro que dispõe da capacidade organizatória do governo municipal, razão porque só a legislação estadual é competente para dispor a respeito do modo, forma e condições do exercício da verificação, desde que não atente contra princípios constitucionais endereçados a todas as entidades estatais." (in obra citada, vol. 2, pág. 245)

E a Constituição Estadual, em seu art. 153, inciso II, letra c, proíbe ao Vereador, desde a posse, ocupar cargo público de que seja demissível "ad nutum".

(...)

A Consultoria-Geral, em outras oportunidades, já se pronunciou a respeito do tema, assim concluindo:

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 119-126, 1973

“ O cargo de subprefeito, consignado em muitas leis orgânicas dos municípios, é de estreita confiança do Executivo e, como tal, é o seu ocupante demissível “ad nutum”.

Exercendo o subprefeito comissão político-administrativa, só deve nela continuar enquanto merecer a confiança do Prefeito”. (Parecer n.º 361/DAJ, WILSON FERNANDES)

(...)

Por várias vezes, neste sentido, pronunciou-se o SERFHAU, antigo Serviço Nacional dos Municípios:

“ Não pode o servidor ocupar cargo de confiança na Prefeitura após a investidura em mandato de Vereador, por torná-lo assim, exonerável “ad nutum” — Constituição Federal art. 34, inciso II, alínea H, e art. 35, inciso I, e § 2.º combinado com o art. 200.” (Boletim Informativo do SNM, n.º 27, julho de 1970, pág. 74)

E ainda:

“ A única função de confiança que o Vereador pode exercer sem perda do mandato, seja ou não remunerado, é a correspondente ao cargo de Secretário da Agricultura, da Administração, etc.” (Boletim do SNM, n.º 25, abril de 1971, pág. 117)

9. Estando prevista em detalhes a substituição do Prefeito de Osório, sendo a Lei Orgânica harmônica ao § 2.º do art. 156 da Constituição Estadual, seria inconstitucional criar-se o cargo de subprefeito na sede municipal, provido por vereador, para suceder (ou substituir) ao prefeito!

10. Por derradeiro, o anteprojeto de lei municipal “sub examine” pretende modificar o art. 21 da Lei Orgânica, cuja redação é a seguinte:

“ art. 21 — O Vereador poderá licenciar-se somente:

I — (...)

II — (...)

III — para tratar de interesses particulares, por prazo determinado, nunca inferior a trinta dias, não podendo reassumir o exercício do mandato antes do término da licença.”

Com a redação pretendida pelo anteprojeto, o texto seria assim:

“ art. 21 — O Vereador poderá licenciar-se somente:

III — para tratar de interesses particulares, nunca inferior a trinta dias.”

11. “Prima luce”, é de caracterizar que este anteprojeto de lei municipal, que altera a Lei Orgânica, é verdadeira emenda. Na elaboração legislativa, a aprovação de emenda à Lei Orgânica requer “quorum” qualificado para votação (art. 19, § 3.º, n.º 8, L. O.)

Previamente ao exame da matéria pelo plenário, o anteprojeto deverá passar pelas comissões competentes, conforme o processo legislativo adotado pelo Município consulente (art. 28).

12. As deliberações sobre licença de vereador e convocação de suplente, no sistema das cartas próprias, são reguladas pelas leis orgânicas salvo superveniência de alguma lei excepcional, ou Ato Complementar.

13. A proibição para o legislador reassumir sua função antes de expirado o prazo de licença surgiu com a Constituição do Brasil de 1967, na órbita federal (art. 38, § 1.º). Os Estados adaptaram suas Cartas Políticas a esse modelo.

Mas a simetria federativa não desce ao município neste particular.

Então, algumas constituições estaduais estenderam esse princípio ao âmbito municipal, dentro do poder que tem o Estado-membro para organizar o município.

A Constituição do Rio Grande do Sul, de 1970, silenciou a respeito, deixando ao município a tarefa de regular a matéria.

14. O atual dispositivo da Lei Orgânica de Osório (art. 21, inciso III) impede que vereador em licença para tratar de interesse particular reassuma o exercício do mandato antes do término da licença.

E o art. 23 manda o Presidente da Câmara convocar suplente.

15. Com a pretendida nova redação, o edil poderia licenciar-se (para tratar de interesse particular) por prazo sempre igual ou superior a trinta dias.

A lei estabelece prazo mínimo, porque o vereador não pode interrompê-lo, sendo coagido a cumpri-lo pelo tempo mínimo estabelecido (trinta dias).

Ainda que a lei deixe de dizer "... não podendo reassumir o exercício do mandato antes do término da licença", o vereador não pode interrompê-la, porque a lei outorgou ao edil um mínimo de licença, o qual tem de ser respeitado. Do contrário ficaria sem razão de ser a expressão "nunca inferior a trinta dias", e sua interrupção antes desse lapso implicaria em fraude à lei, pois efetivamente haveria gozo inferior a trinta dias, mínimo previsto.

É o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 13 de março de 1973.

**Armando Henrique Dias Cabral**  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2192/CGE

##### PODER DE POLÍCIA — GÁS LIQUEFEITO.

Não cabe ao Estado o poder de polícia sobre transporte, armazenamento e manuseio de gás liquefeito envasilhado.

A Secretaria de Segurança Pública encaminhou expediente a esta Consultoria-Geral do Estado, solicitando pronunciamento sobre minuta de portaria tendo por objeto o transporte, armazenamento e manuseio de gás liquefeito envasilhado.

2. O Corregedor Policial e o Diretor da Divisão de Planejamento e Coordenação manifestaram-se contrariamente aos termos da minuta, quanto ao aspecto da conveniência e da legalidade.

3. Desde o Decreto-lei n.º 538, de 7 de julho de 1938, incumbe ao Conselho Nacional de Petróleo "autorizar, regular e controlar a importação, o transporte, inclusive a construção de oleodutos, a distribuição e o comércio de petróleo e seus derivados no território nacional". No exercício dessa competência, reiterada em vários diplomas legislativos e que hoje tem apoio no art. 8.º, letra i, da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Petróleo baixou as Resoluções n.º 2/66, 3/68 e, por último, a de n.º 12/71, que cobrem grande parte da área que a minuta de portaria visaria a disciplinar. Por outro lado, no que tange às nor-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 126-127, 1973

mas para a construção de depósitos de gás liquefeito, trata-se de matéria ligada à polícia de edificações e, como tal, afeta às Prefeituras Municipais.

4. Não tendo o Estado, nesse assunto, poder de polícia, o qual cabe ou ao Conselho Nacional de Petróleo ou às Prefeituras Municipais, torna-se clara, também, a impossibilidade jurídica de estabelecer a obrigatoriedade, — para o transporte, armazenamento e manuseio de gás liquefeito, para fins comerciais — de licença policial. (Constituição Federal, art. 18). Ilegais seriam, ainda, as multas a que se refere o art. 12 da minuta, pelos mesmos vícios de competência já apontados.

5. Não há dúvida, porém, que o transporte, armazenamento e manuseio de gás liquefeito envasilhado tem estreitas ligações com a segurança pública. Tem, assim, o Estado manifesto interesse em diligenciar para que as normas baixadas pelo Conselho Nacional de Petróleo sejam observadas e cumpridas. Todavia, a participação dos Estados, nessa matéria, há de ser sempre indireta: As irregularidades porventura verificadas deverão ser de imediato comunicadas ao Conselho Nacional de Petróleo ou às Prefeituras Municipais, conforme a área de competência, para que esses órgãos tomem as medidas adequadas. Dentro dessa orientação, não haveria nenhum inconveniente em que fosse baixada Portaria reproduzindo as normas contidas nas Resoluções do Conselho Nacional de Petróleo em vigor sobre o assunto e na qual se determinasse que os agentes policiais deveriam verificar se tais disposições estariam sendo cumpridas. O que não é admissível é que o Estado passe a exercer diretamente essa fiscalização, como está expresso na minuta examinada.

Porto Alegre, 17 de outubro de 1972.

**Almiro do Couto e Silva**  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2217/CGE

##### TEMPO DE SERVIÇO.

Impossibilidade de seu fracionamento para vinculação das parcelas assim resultantes a cargos distintos, exercidos em regime de acumulação permitido.

A. L. B. requereu a expedição de ato declaratório de sua estabilidade no serviço público, com referência às duas funções que exerce, como contratado, de Professor do Ensino Médio II,

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 127-129, 1973

de Elementos de Economia, e Professor do Ensino Médio II, de Organização e Técnica.

2. O Sr. Coordenador da Unidade de Assessoramento Jurídico da Subchefia da Casa Civil para Assuntos jurídicos e Legislativos do Governo do Estado suscitou dúvidas quanto à possibilidade de separar o tempo de serviço anteriormente prestado pelo interessado na função de Arquivista (1/10/61 a 1/3/63) e na função de Auxiliar de Escritório (10/7/60 a 30/9/61), para vinculá-los, respectivamente, a cada uma das funções que agora desempenha.

3. Não há, sobre o problema, regra jurídica expressa. Do sistema de Direito Administrativo é possível tirar, porém, princípio que disciplina a matéria. A Constituição estabelece requisitos temporais para a constituição do direito à aposentadoria voluntária. De regra, trinta e cinco anos para os homens e 30 anos para as mulheres. Se fosse possível ao funcionário cindir o tempo de serviço prestado, para ligar uma parcela a um cargo e outra a outro, chegaríamos ao absurdo do funcionário ter trinta e cinco anos de serviço público, mas contar, em cada cargo exercido em regime de acúmulo, tempo inferior a este. Criar-se-ia com isso, além do manifesto absurdo impeditivo da aceitação de tal exegese, enorme incerteza, insegurança e balbúrdia na administração pública, pois poderia ocorrer que o funcionário já tivesse incorporado vantagens a ambos os cargos, como decorrência do tempo de serviço e, de repente, uma fração desse tempo seria novamente deslocada de um dos cargos para integrar os pressupostos da aposentadoria voluntária em outro. Nesse caso, todas as vantagens concedidas na última posição, e que tinham por base o tempo de serviço subtraído, deveriam ser canceladas. Já se percebe que o tempo de serviço não é um objeto que possa ser livremente manipulado pelo servidor. O servidor não tem poder de disposição sobre o tempo de serviço, anteriormente prestado o qual, quando se tratar de hipótese de acumulação permitida, deverá necessariamente vincular-se ao cargo ou função em que o servidor conte com maior tempo de serviço.

4. Essa mesma idéia, aliás, está presente no art. 112 do Estatuto, no qual se dispõe que, "no caso de acumulações remuneradas permitidas em lei será tomado em conta, para os efeitos de gratificação adicional, apenas o tempo de serviço prestado pelo funcionário em um dos cargos que exercer, calculando-se a gratificação adicional sobre o maior vencimento por ele percebido." Logo se vê, pois, a impossibilidade de fracionar tempo de servi-

ço e de ligar as parcelas resultantes dessa cisão a um ou outro cargo, a juízo do interessado, diante da determinação legal, na hipótese de gratificação adicional, que o tempo há de ser computado numa única posição. Possibilidade de escolha talvez só existisse num caso, que é, precisamente, o que se verifica no expediente: quando o funcionário assumisse dois cargos ou funções no mesmo dia. Aí parece que seria de permitir que o funcionário dissesse em qual dessas posições deveria vincular-se o tempo de serviço anteriormente prestado, mas só aí.

5. Em conclusão, quer dos preceitos constitucionais, reguladores da aposentadoria voluntária, quer da norma específica sobre gratificação adicional, contida no Estatuto, é possível tirar a conclusão da inadmissibilidade do fracionamento de tempo de serviço sugerido no processo.

Porto Alegre, 16 de novembro de 1972.

**Almiro Couto e Silva**  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2254/CGE

**AUXÍLIOS E SUBVENÇÕES** — sua distribuição, com a individualização dos beneficiários, é ato administrativo da competência do Executivo; ao Legislativo cabe votar a verba orçamentária e o plano de distribuição, estabelecendo, apenas, as condições e a orientação geral a serem observadas; não cabe ao Legislativo indicar beneficiários nem distribuir diretamente auxílios e subvenções: delegação de atribuições e invasão de competência, infringentes do art. 6.º da Constituição Federal — inconstitucionalidade parcial da Lei Municipal n.º 2.095, de Rio Grande.

O Senhor Prefeito Municipal de Rio Grande formula consulta a esta Casa, nestes termos:

"Até 1969 a dotação para auxílios e subvenções a entidades assistenciais, médicas e educacionais era distribuída exclusivamente de acordo com resolução baixada pelo Legislativo.

Em 1.º de dezembro daquele ano, através da Lei n.º 2.095, tal distribuição passou a fazer-se de acordo com o art. 2.º desse diploma, permanecendo até agora 50% dessa verba sendo paga segundo a destinação determinada pela Câmara, com os restantes 50% em conformidade com o Decreto que o Executivo expede anualmente.

Tendo, porém observado no Boletim Informativo do SERFHAU que não poderia o Legislativo dispor do poder de indicar as entidades a serem beneficiadas com essa verba, encarecemos a fineza de um parecer dessa Consultoria a respeito.

Na hipótese de falecer aos vereadores essa faculdade, isto é, ser inconstitucional o texto do citado artigo 2.º da Lei n.º 2.095, que anexamos para melhor estudo, indaga-se ainda se na nova redação que lhe será dada pode ser tal competência delegada ao Executivo, que passaria a discriminar os beneficiários através de simples decreto.”

É o relatório.

2. Dispõe a Lei Municipal n.º 2095, de 1.º/12/69:

Art. 1.º — Anualmente, os orçamentos municipais consignarão, sob o título “Subvenções sociais”, nos termos do art. 16, da Lei Federal n.º 4.320, de 17/3/1964, uma dotação global, nunca inferior a do exercício anterior, destinada a instituições que prestem pública e gratuitamente, serviços de assistência social, médica ou educacional.

Art. 2.º — Da dotação orçamentária, metade será atribuída, consoante Resolução que a Câmara Municipal enviará ao Poder Executivo, até o dia 10 de janeiro de cada ano e a outra metade, de acordo com a complementação a ser estabelecida, por ato do Prefeito Municipal, até o dia vinte e cinco do mesmo mês.

Art. 3.º — O Prefeito Municipal determinará ao Departamento da Fazenda a efetivação dos depósitos, até o dia 10 do mês seguinte, das importâncias correspondentes aos duodécimos vencidos, em conta bancária vinculada, a ordem das entidades que constarem da relação organizada na forma do art. 2.º da presente lei.

Parágrafo único — No mês de dezembro, os depósitos deverão ser feitos até o último dia útil deste mês.

Art. 4.º — Os auxílios originalmente atribuídos a instituições que não atendam as exigências estabelecidas em lei, poderão ser redistribuídos às demais, por ato do Poder Executivo.

Art. 5.º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

A Lei Orgânica atual do município é omissa com relação à disciplina a ser seguida na concessão dos auxílios e subvenções.

Por outro lado, o assunto não diz respeito à iniciativa de leis orçamentárias, ou que criem ou aumentem a despesa pública, matéria essa onde, por força do art. 157, n.º 1, da Constituição Estadual, é da competência exclusiva do Prefeito iniciar o processo legislativo.

No caso, trata-se de um critério de distribuição de verba já constante do orçamento, cuja aplicação objetiva a lei transcrita divide, metade por metade, entre o Executivo e o Legislativo.

A lei municipal em causa, outra coisa não fez senão consagrar praxe vigente desde longa data, em diversos setores administrativos.

Será constitucional tal procedimento?

3. O deslinde correto da “quaestio juris” envolve o exame do princípio da independência e harmonia dos poderes, fundamental do regime e de observância obrigatória e geral em todas as esferas.

Dispõe a propósito a Constituição Federal de 1967 — Emenda 1/69, em seu art. 6.º, repetindo, aliás, em substância, o que dispunha o art. 36 da Constituição de 1946:

“ São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único — Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles, não poderá exercer a de outro.”

Abstendo-nos de enveredar por longa dissertação sobre o tema, diremos, no entanto, que em essência o princípio em referência repousa no reconhecimento pela doutrina, consagrado nas leis fundamentais dos povos mais adiantados, de que os poderes, da soberania do Estado não devem ficar concentrados em uma só pessoa ou órgão, cumprindo sejam divididos entre vários órgãos independentes, com funções específicas: o legislativo, o executivo e o judiciário.

O legislativo faz as leis; o executivo as executa e exerce a administração; o judiciário julga, declarando o direito.

Do deverem ser independentes os Poderes, como detentores de parcelas da soberania, segue-se que, de regra, não lhes é per-

mitido delegar suas atribuições (salvo as exceções a que se refere o art. 6.º, parágrafo único, expressas, aliás), cumprindo-lhes exercê-las em toda a plenitude que lhes é conferida na Carta Constitucional. Cabem a propósito, as magistras palavras de RUI BARBOSA:

“ Donde vêm ao legislador as suas prerrogativas? Da Constituição que as enumera, as define, as circunscreve. Como ele, os outros dois poderes têm igualmente competência taxada na lei fundamental. Desta deriva para cada um dos três a autoridade que exercita. Logo, dessa autoridade nenhum deles se pode aliviar em outro.” (“apud” Sahid Maluf — Curso de Direito Constitucional — 5a. ed., 2.º volume, pág. 85)

A divisão dos poderes entre os três órgãos, é, porém, formal, já que a soberania do Estado é uma só. É uma divisão de funções, apenas. Daí, porque, por serem independentes, nem por isso os poderes deverão funcionar como compartimentos estanques. Em certa medida, uns poderes devem exercer sua influência na ação dos outros, por meio da qual efetuam mutuamente a contenção de seus excessos. Através desse mecanismo, que se tornou conhecido como sistema de freios e contrapesos, os poderes se mantêm em equilíbrio.

Entretanto, cumpre observar que a recíproca interferência dos poderes não é arbitrária, segundo o livre critério de cada um deles, e, sim, se exerce de acordo e dentro dos limites dos permissivos constitucionais. É a própria Constituição que disciplina os modos e meios pelos quais ela se há de processar.

Oportuna, sobretudo, a propósito das considerações que vimos fazendo, é a lição de EDUARDO ESPÍNOLA comentando o art. 36 da Constituição de 1946:

“ Cumpre não perder de vista que o Poder do Estado é uno e indivisível; que a fórmula clássica — divisão ou separação dos poderes — tem um sentido especial, referindo-se, não à sua origem ou fonte de atribuições, mas ao desenvolvimento de sua substância e aos órgãos distintos que exercem funções diferentes, tipicamente definidas. Mas, precisamente porque é uno o Poder Estatal existe íntima correlação entre todas as suas manifestações, o que torna inadmissível o isolamento daqueles órgãos, um dos outros, fechando-se cada qual na esfera de suas atribuições. Ao invés, a sua independência é relativa, não somente porque é sempre requerida

a sua colaboração harmônica, como também porque não exclui a interferência na atividade ou na própria composição dos outros órgãos, nos termos estritos e bem definidos da Constituição política. Assim é, exemplificando por alto, que o Poder Executivo colabora na formação da lei, com a sanção e o veto; o Poder Legislativo julga o Presidente da República e elabora o orçamento da receita e da despesa; os membros do Supremo Tribunal são nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado. O Poder Judiciário inutiliza as leis inconstitucionais. A independência dos Poderes se entende no sentido de não ser nenhum deles subordinado aos outros, podendo plenamente, sem influência estranha e sem obstáculo, exercer as funções próprias, como traçadas na Constituição”. (in A Nova Constituição do Brasil — ed. de 1946, p. 243/244 — os grifos são nossos)

Fora dos precisos termos constitucionais, portanto, não se admite delegação de competência; fora dos ditos termos, também, a interferência que um poder vier a exercer na área reservada a outros constituirá invasão indevida de atribuições.

4. Cabe, agora, face à análise que até aqui vimos procedendo, examinar o critério de distribuição de subvenções estabelecido na lei municipal n.º 2.095, para aferir de sua constitucionalidade ou não ante a Lei Maior.

De pronto se verifica que a concessão de auxílios e subvenções se insere entre aquelas atividades que são próprias e exclusivas do Poder Executivo, já que é, sem sombra de dúvida, uma atividade administrativa e não legislativa. Ele é que é o administrador. É ele quem tem a atribuição de gerir as finanças públicas e de administrar a coisa pública, conforme julgar mais conveniente aos interesses públicos, observadas, naturalmente, as prescrições das leis e das Constituições.

O Legislativo poderá exercer atos administrativos em relação aos seus assuntos internos, não, porém, exercer os atos de administração do Executivo.

Não que o Legislativo não possa interferir na política municipal de concessão de auxílios e subvenções. Mas sua ação deverá consistir em apreciar a proposição do Executivo nesse sentido, aprová-la ou rejeitá-la, emendá-la, estabelecer condições e critérios a serem observados na concessão dos benefícios, etc. Não poderá, porém, reservar para si a faculdade de efetuar a distribuição em concreto, coisa que cabe ao Executivo, que é, sem

sombra de dúvida, quem detém a competência iniludível de decidir quais as pessoas ou entidades que, observadas as normas legais, devem ser beneficiadas.

Diz PONTES DE MIRANDA, a propósito da **usurpação** das atribuições do Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, ao fazer a lei:

“ Quando o Poder Legislativo só tem a atribuição de legislar no sentido material, não pode, a pretexto de exercê-la, invadir o campo da competência dos outros poderes, editando lei no sentido formal que contenha atos administrativos ou judiciários. Assim, o Poder Legislativo pode legislar sobre pesca e caça e sua exploração, porém não pode conceder autorização ou concessão de pesca e caça. É ato do Poder Executivo, e não do Poder Legislativo.” (in Comentários à Constituição de 1967 — Emenda 1/69, 2a. ed., vol. I — p. 575 — os grifos são nossos.)

No caso da lei em referência, o Legislativo, propriamente, ao editá-la, não praticou atos administrativos. Mas a reserva que se estabeleceu, de praticá-los, importa no mesmo. E é até muito mais grave.

Não importa que o Executivo haja, por erro, sancionado a Lei. A lei, ao ser elaborada, há de estar conforme com os princípios Constitucionais, cuja observância não fica ao alvedrio dos órgãos do poder público e se impõe inarredavelmente a todos eles.

Acrescentemos mais que pode até ocorrer que o Executivo, embora autorizado a conceder tais auxílios e subvenções e dispondo de verba para tal, opte por não utilizá-la, total ou parcialmente, conforme sejam as previsões da execução orçamentária ou outras conveniências de ordem administrativa.

Ensina, a propósito, HELY LOPES MEIRELLES:

“ As dotações para a despesa são vinculativas para a Administração quanto às despesas fixas, e facultativas quanto às despesas variáveis. Isto significa que o Executivo é obrigado a efetuar os pagamentos dos serviços e dispêndios instituídos ou autorizados por lei, mas pode deixar de utilizar as dotações para gastos variáveis, porque a só presença de tais verbas no orçamento não importa a obrigação de despender-las, nem gera direito subjetivo ao seu recebimento, por parte dos interessados nas respectivas consignações orçamentárias.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 129-136, 1973

Assim sendo, as dotações constantes do orçamento para auxílios, subvenções e outras despesas eventuais, não exigem que a Administração as efetive, a menos que, por lei, sejam destinadas especificamente a determinados beneficiários. Como bem explicam os financistas, as verbas orçamentárias não adstritas a despesas fixas ou permanentes **entendem-se concedidas em caráter facultativo para a Administração, que terá sempre a possibilidade discricionária de utilizá-las ou não, segundo as forças do erário e as conveniências do governo.**” (in Direito Municipal Brasileiro — 2a. ed., pág. 467/468 — grifos no original e nossos)

Tais afirmações do ilustre publicista mais evidenciam e avultam o descabimento da retirada ao Executivo da atribuição de praticar atos administrativos prívativos seus, como é a concessão de auxílios e subvenções, eis que tornam evidente que ela termina por acarretar a alteração da própria natureza de tais despesas, que, de variáveis e facultativas que são, passam à condição de despesas que obrigatoriamente serão feitas, tornam-se compulsórias para ele, e, por essa forma, lhe restringem a capacidade de ação administrativa, dado que lhe diminuem a margem de manobra que deve ter para gerir as finanças públicas a contento, e levar a execução orçamentária a bom termo.

A lei municipal em exame é, portanto, inconstitucional face ao art. 6.º da Constituição Federal, repetido, aliás, no art. 4.º da Constituição do Estado, como o seria, também, em relação ao art. 36 da antiga Constituição Federal de 1946, de mesmo teor.

A inconstitucionalidade, todavia, se restringe ao art. 2.º da lei. Os demais são válidos.

No caso houve dupla infração do mandamento constitucional em tela: de um lado, a invasão indevida, por parte do Legislativo, de competência do Executivo; de outro, a delegação, de parte do Executivo, ao Legislativo, de atribuição própria sua que lhe não era lícito transferir, nem consentir que fosse transferida pelo legislador.

5. Indaga, ainda, o consulente, sobre como proceder, sendo inconstitucional o art. 2.º da lei municipal n.º 2.095, e pergunta se “na nova redação que lhe será dada pode ser tal competência delegada ao Executivo que passaria a discriminar os beneficiários através de simples decreto.”

Como já deixamos expresso, não há falar-se, no caso, em tal delegação. Cada órgão municipal exerce as atribuições que lhe são dadas nas leis fundamentais (Constituição Federal e Es-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 129-136, 1973

tadual e Lei Orgânica), e desse exercício não se podem abster transferindo-o a outro. Fosse, a competência do Legislativo, lícito não lhe seria, também, transferi-la ao Executivo.

No caso, a competência é do Executivo. Ele é que há de exercê-la.

Deverá, por conseguinte, o Executivo Municipal da comuna utilizar a verba orçamentária existente e distribuir os auxílios e subvenções por decreto, observadas, é claro, as restantes prescrições da Lei n.º 2.095 ou de outras leis municipais acaso incidentes sobre o assunto.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 20 de dezembro de 1972.

**Wenceslau Souza da Cunha**  
Consultor Jurídico

#### **PARECER N.º 2212/CGE**

**PREFEITO — AUMENTO DE SUBSÍDIOS.**

Durante a legislatura é procedimento inconstitucional. O art. 44, VII, da Carta Federal, contém “princípio constitucional básico”, abrangendo, por isso, as três esferas: federal, estadual e municipal.

O Sr. Prefeito de Vicente Dutra, no intuito de aclarar questão referente a aumento de seus subsídios, endereça a este Órgão a consulta que segue explicitada:

- a) em setembro de 1970, a Câmara rejeitou o Projeto de Resolução n.º 46/70 que visava a aumentar os subsídios do Chefe do Executivo local;
- b) posteriormente, em dezembro do mesmo ano, foi aprovada por aquele Legislativo a Resolução n.º 72/70 majorando ditos subsídios, com vigência a partir de ... 1.º/1/1970;
- c) mais adiante, em abril de 1971, a Câmara acolheu a Resolução n.º 11/71, retificadora da anteriormente citada, para que a mesma começasse a vigorar a partir de ... 1.º/1/71 e, não, a contar de 1.º/1/70;

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

- d) em face de persistir dúvida quanto à constitucionalidade daquele ato, foi solicitado e obtido o Parecer n.º... 1179/UAJ desta Consultoria-Geral, onde foi dado o entendimento da Casa sobre a matéria, o qual, à época, era no sentido da prevalência dos preceitos constantes das Leis Orgânicas Municipais;
- e) ao depois, ainda em agosto de 1971, através da Resolução n.º 38/71, a Câmara revogou “in totum” o que havia estabelecido sobre a espécie, atendendo ao Parecer do SERFHAU (Bol. Inf. Tomo IV n.º 38 — Maio 1971), cuja conclusão assim é traduzida: “Por outro lado, a fixação de subsídios para ter efeito na mesma legislatura é desenganadamente inconstitucional, mormente com efeito retroativo. É, portanto, nula a Resolução em apreço.”

II — Passando-se, agora, à análise da “quaestio”, convém se obvie, preliminarmente, que o pensamento dominante na Casa era condescendente quanto à permissibilidade legal de alteração de subsídios na área municipal, dentro na mesma legislatura, segundo o preceituado pelas Leis Orgânicas locais.

Talvez, assim se pensasse, induzidos pelo fato de constar na maioria das Cartas Próprias do Rio Grande do Sul tal “autorização legal”, como é exemplo do art. 20, XII, da Lei Orgânica do Município Consulente, assim expresso:

“ — fixar anualmente os subsídios do Prefeito em nível nunca inferior ao do ano precedente.”

Hoje, ante a crescente e salutar concepção de imperatividade dos postulados maiores da Constituição para os Estados-membros e os Municípios, sem a falsa noção de ferir sua autonomia, não se poderá perder de vista que a “inalterabilidade dos subsídios, durante a legislatura” é norma constitucional requerendo aplicação em todas as jurisdições político-administrativas da Nação.

Daí, portanto, a justificada evolução deste Órgão, no opinar novamente sobre a espécie.

III — Ademais, a praxe, anteriormente ao atual ordenamento constitucional, era invocado arrimo para que, despreocupadamente, se alterassem subsídios durante a legislatura, e, isto, não só no âmbito municipal, mas, também, no estadual e até no federal, através da usança de artifícios legais.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

Certamente, por isso, resquícios de tal procedimento ainda aparecem a conflitar, visivelmente, com a nova índole jurídico-política do País; embora, porém, se reconheça terem assentada sua existência menos ou nada nos motivos que antes vingavam do que, sim, na errônea interpretação do texto constitucional.

IV — Imune de divergências, todavia, para nós, hoje, a regra contida no art. 44, VII, da Constituição do Brasil, que estabelece a “inalterabilidade dos subsídios, durante a legislatura”, quanto a sua aplicabilidade na esfera dos Estados-membros e dos Municípios.

É norma constitucional eminentemente básica, sendo, portanto, essencial ao regime e, inquestionavelmente, o regime, nos Estados-membros e nos Municípios não pode ser outro senão aquele mesmo plasmado na Carta Magna Federal para toda a Nação. Assim, é princípio constitucional geral, cuja essencialidade retém conteúdo moral e estrutural-político; pois, de um lado, visa a impedir majoração de subsídios de forma incompatível com a moral público-administrativa e, de outro, cria as indispensáveis razões asseguradoras da **independência entre os Poderes**, requerida constitucionalmente.

V — Já sobre a “species juris”, assim nos manifestamos em recente parecer, valendo-nos de socorros doutrinários e jurisprudenciais:

Ao se analisar a primeira questão proposta, de logo convém enfatizar que a “fixação dos subsídios dos Prefeitos, bem como da sua verba de representação”, é atribuição da competência exclusiva das Câmaras de Vereadores, sendo que as normas disciplinadoras dessa função específica dos Legislativos Municipais — que se encontrarem inscritas nas respectivas Leis Orgânicas — devem, necessariamente, assentar-se no princípio constitucional básico da “inalterabilidade dos subsídios para vigor na mesma legislatura”.

Com efeito, se verdade é que a Carta Maior do País abriga preceitos que não alcançam a área municipal, já pela absoluta impossibilidade de sua aplicação, ou por serem endereçados especificamente à União ou aos Estados-membros, ou, ainda, por não configurarem normas imperativas abrangentes do todo geral, menos certo não é, todavia, que ali radicam princípios — de tal sorte essenciais à mecânica de funcionamento do regime jurídico-político da Nação — que revestem visível cogência a abarcar as três esferas político-administrativas: federal, estadual e municipal.

São, tais princípios, por assim dizer, verdadeiras “ordens

constitucionais” — gerais e expressas — de todo insuscetíveis de serem desprezadas e isso pelo fato mesmo de serem basilares e, assim, constituírem o arcabouço constitucional pátrio.

A inobservância nesse campo suscitará, por certo, o aparecimento de risco quanto à estabilidade das instituições maiores do País.

Nesse pensar, dentre tais princípios, podemos com facilidade apontar aquele que consagra a “independência e harmonia dos Poderes”, consoante prescreve o art. 6.º do Estatuto Maior da República.

É, para nós, norma que se dirige indiscriminadamente à União, aos Estados-membros e aos Municípios; sem embargo de nesta última esfera não existir, segundo alguns, “Poderes” propriamente ditos, mas sim “Órgãos”. Acresce, porém, que já se lhes reconhece, em grande medida, a categoria de “Poderes” em decorrência das funções que lhes são inerentes, em nada isso desigual ao que ocorre no âmbito federal e estadual, como sejam, precipuamente, o “legislar” e o “administrar”.

Dessarte, o deverem ser “independentes e harmônicos os Poderes”, conforme o texto constitucional, é um princípio de aplicabilidade coercitiva na área das Municipalidades, também. Pois assim não fora, e, por sem dúvida, dar-se-ia o desequilíbrio de ação entre os Executivos e Legislativos locais, situação essa que a Carta Federal diz não dever existir.

Portanto, se considerarmos, “ad argumentum”, que uma Câmara Municipal possa alterar os subsídios do Prefeito a seu talante, ainda que pretensamente autorizada pela letra da Lei Orgânica, iniludivelmente estaremos ante uma situação de dependência do Poder Executivo em relação ao Legislativo, o que será inequivocamente discordante da “voluntas constitutionis.”

Fruto de pesquisa efetivada pelo eminente Consultor Doutor IVALINO BORTOLAN, quando no trato da mesma matéria, são as citações que, pedindo vênias, passamos a reproduzir:

“ A fixação da remuneração dos agentes políticos do município — prefeito e vereadores — só pode ser feita em uma legislatura para vigorar na legislatura imediata, isto é, para todo o mandato do prefeito e da Câmara seguintes. Nenhuma Câmara, salvo a primeira que se instalar nos novos municípios, poderá votar subsídios para a legislatura que estiver em curso (4 anos), sob pena de tomar resolução ilegal e, portanto, anulável

por via judiciária, ou seja, por ação popular, que é o meio adequado à invalidação dos atos administrativos ilegítimos e lesivos do patrimônio público” (Direito Municipal Brasileiro, pág. 651 — HELY LOPES MEIRELLES).

Tito Costa não admite o aumento de vencimento do prefeito durante a legislatura, referindo jurisprudência no sentido de não admitir que as Câmaras alterem, para mais ou para menos, os subsídios do prefeito durante a legislatura em curso (O Vereador e a Câmara Municipal, pág. 155, in Apelação Cível n.º .... 165.117, do Tribunal de Justiça de S. Paulo).

Decidiu a 5a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo que “Não é admissível aumento de vencimentos de Prefeito para a mesma legislatura” (RDA, 99/229).

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, entende a questão da seguinte maneira:

“ Infrutífera é, de igual modo, a alegação de ofensa à autonomia dos Municípios — art. 28 da Constituição de 1946 — (arts. 16 e 15, respectivamente das Constituições de 1967 e 1969). A regra assegura a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal. Isso não quer significar a exclusão do Município do âmbito de incidência de preceito normativo comum às áreas Federal, Estadual e Municipal, estabelecido na Lei Maior. Nesse sentido tem-se firmado a jurisprudência desta Corte, consoante se verifica de recente julgado”. (Rec. Extraordinário n.º 62.594, in RDA 102/213)

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária e por unanimidade de votos, ao apreciar o Rec. Extraordinário n.º 60.422, decidiu, de acordo com o Relator, eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, *verbis*:

“ Trata-se, aqui, de saber se o preceito da Constituição Federal que só permite o aumento de subsídio para a próxima legislatura é aplicável ao Município, o que não implica na interferência da União na área Municipal senão na preeminência da Constituição Federal para regular matéria que impõe procedimento comum nas três áreas — Federal, Estadual e Municipal.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

A nossa jurisprudência se orienta nesse sentido, notadamente nas numerosas representações de que conheceu este egrégio Tribunal, desde o exame da constitucionalidade da reforma Constitucional de 1926 (“Pandectas Brasileiras” Espíndola, vol. 1). A jurisprudência americana não diverge, e ali se discutiu e o *quorum* exigido para votação é dos membros presentes ou dos membros da Casa (National Prohibition Cases 1920). Se o processo de ratificação de uma emenda constitucional foi regular (Leser versus Garnett — 1922). O Poder de ratificação do Congresso e os seus limites (Dillon versus Gloss — 1929) e tantos outros” (RTJ 47/185).

E, mais adiante prossegue:

“ Foi para evitar abusos dessa natureza (aumento disfarçado de subsídios, dividindo o expediente em três sessões distintas, correspondendo subsídios distintos), que a Constituição dispôs expressamente, que os subsídios só poderiam ser aumentados para a legislatura subsequente.

Em hipótese muito semelhante decidiu este Supremo Tribunal Federal no acórdão — RE 40.982, com a seguinte ementa:

“ Exigindo a fixação de subsídio bem como a ajuda de custo, no fim de cada legislatura, a Lei Básica quis preservar o legislador da pecha de legislar em causa própria, deixando-se influenciar pela cobiça que é sentimento fatal à natureza humana e, do ponto de vista jurídico, simplesmente imoral. Assim é que defeso ao legislador, por artifício, desdobrar o subsídio, dando-lhe a designação que lhe pareça mais consentânea ou mais sonora, a fim de aumentá-lo” (RF, 195/133 — RE 40.982 — Relator Min. Barros Barreto).

VI — “Ex positis”, é de se concluir que:

- a) o aumento dos subsídios do Prefeito de Vicente Dutra, verificado durante a legislatura, foi ato iniludivelmente inconstitucional, bem andando a Câmara em revogar tal disposição;

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

b) somente ao final da presente legislatura poderá, aquele legislativo, alterar os subsídios do Chefe do Executivo para, assim, vigorar a partir da próxima.

É o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 31 de outubro de 1972.

**Adaury Pinto Filippi**  
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SENHOR CONSULTOR-GERAL

SENHOR PREFEITO,

Tenho a satisfação de me dirigir a Vossa Senhoria a fim de encaminhar-lhe o Parecer n.º 2212, da lavra do Consultor Jurídico ADAURY PINTO FILIPPI, eis que o aprovo, adotando-o como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

Examinou-se, na espécie, a viabilidade da fixação, durante a legislatura e destinando-se a vigência imediata, do aumento dos subsídios do Prefeito Municipal, à luz dos princípios gerais que informam o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro cotejados com o preceito constitucional que assegura a autonomia político-administrativa dos municípios, com vistas a sua auto-organização.

" A Constituição de 1969", prelecionou PINTO FERREIRA, em seus Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, vol. II, fls. 388, manteve a autonomia dos municípios. Teoricamente, tal autonomia decorre do poder de eleição dos poderes legislativo e executivo, por parte do povo da comuna, assegurando-lhe, de outro lado, a competência para a auto-administração e a organização dos serviços públicos locais".

Vai além, e é sobremodo elucidativa, a lição do preclaro PONTES DE MIRANDA, ao afirmar:

" As Câmaras Municipais podem legislar sobre as matérias de competência dos municípios, mas não de respeitar os princípios constitucionais federais e estaduais". (grifei. Apud Com. à Const. de 1967, vol. II/345)

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

E, completando a linha de raciocínio, transcrevo a lição do eminente HELY LOPES MEIRELLES:

" Aos Estados-membros compete a criação e organização de seus municípios, o que é feito segundo as normas de uma lei básica que se convencionou chamar de Lei Orgânica dos Municípios. Somente no Estado do Rio Grande do Sul adota-se o sistema de Cartas Próprias, em razão do qual cada Município promulga a sua lei orgânica. **Em qualquer dos sistemas, porém, a organização e a administração dos municípios deverão atender aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual**". (grifei. In Dir. Adm. Bras., fls. 47)

Ora, se, por um lado, a Carta Maior assegurou aos municípios o denominado poder de administração própria, sob o aspecto político, administrativo e financeiro, em seu artigo 13, incisos e parágrafos, por outro lado, fê-lo submeter-se às linhas basilares do sistema constitucional, conforme dispõem as Cartas Políticas da União e do Estado.

Entre outras diretrizes, apontou a Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969:

" Art. 44 — É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....

VII — fixar, para vigor na legislatura seguinte, a ajuda de custo dos membros do Congresso Nacional, assim como os subsídios destes, os do Presidente e os do Vice-Presidente da República." (grifei)

Disciplinando a matéria, na órbita estadual, semelhantemente, a Constituição do Estado, de 1970, exarou:

" Art. 27 — É da competência exclusiva da Assembléia:

.....

VIII — fixar a ajuda de custo e subsídios de seus membros, bem como o subsídio e a representação do Governador, para o período seguinte."

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

Traçando esse regramento, tanto a União, quanto o Estado, acolheram o princípio de que a fixação de subsídios destina-se a vigor na legislatura seguinte, silenciando, no entanto, quanto à receptividade do mesmo princípio na área municipal.

A omissão da lei significaria, acaso, forma tácita de permitir fossem alterados os subsídios, na esfera municipal, dentro da mesma legislatura?

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, e inclusive a Consultoria-Geral do Estado, acolheram, em uma primeira fase, o entendimento de que o princípio constitucional, porque não endereçado a eles especificamente, não atingiria os municípios.

Esse entendimento, todavia, na atualidade, encontra-se superado.

Em assim sendo, este Órgão, ao elaborar o Anteprojeto de Lei Orgânica Municipal, por recepção da diretriz constitucional em seu corpo normativo, ao tratar dos subsídios de Prefeito, consignou, expressamente, em seu artigo 10, *verbis*:

“ Art. 10 — O subsídio do Prefeito será estabelecido pela Câmara até o término da legislatura **para vigorar na seguinte**, podendo o decreto-legislativo fixar quantias progressivas para cada ano de mandato”.

Aliás, o preclaro RUY CIRNE LIMA, tratando do relacionamento das três divisões fundamentais — federal, estadual e municipal — de onde emanam normas administrativas, invocando o mestre PONTES DE MIRANDA, asseverou:

“ Reflete, pelo contrário, a lei municipal, a natureza política, reconhecida pela Constituição Federal ao município, a qual revela, como origem do poder municipal, a mesma fonte, donde o recebem as leis federais e estaduais.”

E mais adiante, em inigualável síntese, soube o ilustre mestre apontar:

“Entre aquelas três divisões fundamentais, contudo, desdobramentos gradativos atenuam a linha de separação. Na mesma Constituição Federal, trazem algumas disposições endereço explícito aos Estados e aos Municípios, a par da União (art. 30, 31 e 32). À sua vez, a competência legislativa da União, embora privativa, nem sempre exclui a legislação estadual, supletiva ou complementar (art. 6.º da Const. Fed.).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

Por todas as três divisões, de resto, circulam as mesmas idéias, passam os mesmos conceitos substanciais. Dentro da Federação, todas as cartas políticas hão de subordinar-se aos princípios estabelecidos pela carta política federal; todas as leis ordinárias, à sua vez, hão de subordinar-se aos princípios fixados pela carta política, da qual o órgão que as elabora tira o poder de fazê-lo.

Assim é que, se, pela multiplicidade dos órgãos de enunciação do direito público, se transige com as condições geográficas do país e as respectivas variações regionais — simultaneamente, **pela uniformidade dos processos de elaboração do direito positivo e pela unidade substancial do conteúdo deste, mercê da subordinação constitucional, preserva-se, ao lado da integridade nacional, a integridade do Direito Público Brasileiro.**” (In Princípios de Direito Administrativo, pág. 36)

A jurisprudência administrativa, acompanhando o alcance do princípio sinalado pelo legislador constituinte, a partir da Carta Federal de 1967, logrou atingir a *ratio legis*, e, dando-lhe cumprimento, passou a manifestar-se no sentido de que a inalterabilidade dos subsídios durante a legislatura é norma constitucional geral, de conteúdo ético e político, pois objetiva, por um lado, impedir a majoração de subsídios de forma incompatível com a moral pública e, por outro lado, assegurar o princípio de equilíbrio e harmonia entre os Poderes do Estado, formulação clássica de Montesquieu.

Aliás, o parecer que ora encaminho a Vossa Senhoria traz à colação inúmeros julgados, a par de ensinamentos doutrinários, que confortam a tese esposada.

No entanto, permito-me, ainda, alinhar as seguintes manifestações do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, que tratam da mesma matéria:

“ Em vários municípios do Estado houve eleição para Prefeito com mandato de um ano, ou seja, a terminar no final da mesma legislatura. Consulta-se, então, se para tais municípios pode haver fixação de subsídios e verbas de representação para os Prefeitos recém-eleitos.

**A fixação de subsídios para os senhores Prefeitos só pode ocorrer no fim de uma legislatura para ter efeito na seguinte.**

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 136-146, 1973

Não tendo ocorrido essa fixação na legislatura anterior, os subsídios de que se trata serão os mesmos dos mandatos que se findaram." (In Boletim Informativo Serfhau, n.º 31/85)

Não tendo sido fixados os subsídios do Prefeito no final da legislatura anterior, a Câmara aprovou, no início da atual e através de Resolução, novos subsídios para vigorar na presente legislatura. Consulta quanto à legalidade desse ato.

**Já que na legislatura anterior, não foram fixados os subsídios para o atual Prefeito, não podia a Câmara Municipal fixá-los na presente, para ter efeito imediato, devendo continuar os subsídios vigorantes na legislatura passada.**

A fixação através de Resolução (deveria ser decreto legislativo) é, pois, inconstitucional, não podendo produzir qualquer efeito." (In Boletim Informativo do Serfhau, vol. 39/114)

À vista das considerações aqui expendidas, Senhor Prefeito, e dos judiciosos fundamentos que embasam o parecer, cujas conclusões acolho *in totum*, passo às mãos de Vossa Senhoria o referido trabalho, renovando-lhe, ao ensejo, expressões de elevado apreço e consideração.

**Orlando Giraldi Vanin**  
Consultor-Geral do Estado

#### **PARECER N.º 2261/CGE**

**VERBA DE REPRESENTAÇÃO.** Presidente de Câmara Municipal, onde o mandato for gratuito, não tem direito a sua percepção. Inconstitucional, ante o art. 15, § 2.º, da Carta Política Federal.

Chancelado pelo Excelentíssimo Senhor Prefeito de Cacequi, chega a esta Consultoria-Geral, a fim de ser exarado parecer, expediente consubstanciando a indagação que, a seguir, vai explicitada:

"Nos Municípios onde a vereança é gratuita poder-se-á pagar verba de representação ao Presidente da Câmara Municipal?"

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 146-152, 1973

II — A presente matéria já foi objeto de acurada análise por parte desta Casa através de vários pareceres assinados por alguns de seus consultores jurídicos, todos eles concluindo pela inconstitucionalidade da medida.

Acresce, tadavia, que, embora essas reiteradas manifestações pela negativa da hipótese, a "quaestio juris" ressurge ora, reclamando ser novamente apreciada, ante o cunho controverso que lhe sobreveio, desde os respeitáveis pronunciamentos dos Egrégios "Tribunal de Contas do Estado de São Paulo" e "Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul".

Noticiada pelo então SENAN (hoje SERFHAU) eis a decisão do T. C. Paulista:

"O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, respondendo à consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Porto Ferreira, sobre se, constando do orçamento da municipalidade verba de representação ao seu Presidente, é lícito a este recebê-la, bem como se os respectivos comprovantes devem ser representados por notas fiscais e recibos, ou apenas o empenho assinado pelo Presidente da edilidade. No mérito, deliberou aquele Tribunal de Contas em sentido afirmativo, oficiando ao Presidente da Câmara Municipal de que poderá receber verba de representação desde que conste de resolução da legislatura anterior, não havendo, pois, em face da natureza dessa verba, necessidade da sua comprovação."

"A verba de representação poderá ser deferida ao Presidente, ou a qualquer Vereador quando no exercício da Presidência, ainda que o mandato seja gratuito. Essa vantagem não se identifica com qualquer espécie de remuneração, pois tem apenas cunho indenizatório dos encargos da representação do Legislativo, quando ocorrer. (Moreno — PE — (CM) — Proc. 283/70)."

Através de Ofício-Circular, datado de 17/4/1972, assim se manifestou o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:

"Senhor Prefeito:

Informo a Vossa Senhoria que o Egrégio Plenário deste Órgão, em sessão de 3/4/72, decidiu ratificar sua decisão de 2 de agosto de 1971, proferida no processo n.º 7863/71, no sentido da legalidade do pagamento de verba de representação aos Presidentes de Câmaras Municipais.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 146-152, 1973

pais, em limites razoáveis, e adequada às condições locais, não ultrapassando a verba de representação atribuída aos Prefeitos, nem devendo a ela ser vinculada.”

III — Reconhecendo, embora, serem venerandas as decisões daqueles Egrégios Órgãos, no sentido da permissibilidade legal do procedimento ora e aqui versado, seja-nos deferido, sumamente respeitosos, divergir de tal orientação.

Assim, o Colendo Tribunal de Contas de São Paulo, parecidos, laborou em equívoco ao emprestar, taxativamente, cunho indenizatório à verba de representação. Em verdade, é ela tipicamente remuneração, pois é paga em razão do efetivo exercício do cargo e daí ser fixa e permanente, não se cogitando, em nenhum momento, da existência ou não de despesas a serem ressarcidas. Tem dita verba, a nosso ver, sentido de propiciar melhor “status” àquele que tem, em relação a seus pares, maior gama de encargos. Mas, repetimos, é remuneração, é pagamento por serviço prestado, é, indisfarçavelmente, renda, e, tanto é assim, que é gravada pelo imposto sobre a renda.

Noutra oportunidade, referentemente ao assunto, dizíamos:

No que tange à diferença entre diária e verba de representação, repetimos que aquela tem, irretorquivelmente, caráter ocasional, eventual, esporádico, e, esta, já revela a qualidade de ser permanente, delimitada, constante. A diária, como atrás se analisou, traduz satisfação do dispendido com despesa acidental, mas a verba de representação é paga em razão do efetivo exercício do cargo.”

Examinando-se, agora, o respeitável pronunciamento do Egrégio Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, à luz do Ofício-Circular antes transcrito, verificamos, até onde podemos alcançar, que o mesmo não vem lastreado, expressamente, por fundamentos jurídicos legais, daí ensejando dificuldades quanto a seu pronto acatamento, como nos honrariamos se tanto pudéssemos.

Convencidos ainda somos, portanto, “concessa venia”, de que há vedação constitucional concernentemente ao pagamento de verba de representação aos Presidentes de Câmara Municipais, nos municípios onde os mandatos dos Vereadores são gratuitos. E, por isso, obrigamo-nos a opinar nesse sentido, embasando nossa análise nos muitos estudos sobre a matéria que esta Casa já realizou.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 146-152, 1973

IV — Nesse afã, pois, começemos por visualizar historicamente o exercício da vereança — quanto ao fator “irremunerabilidade”.

Assim, de notar é imperioso que, no Brasil, já originariamente as “funções de vereança” caracterizavam-se pela gratuidade de seu exercício, precipuamente porque alçavam-se à categoria de “funções honoríficas”. Eram os edis, à época, denominados de conselheiros municipais e seus misteres cingiam-se a apreciação da Lei de Meios, daí dizer-se que as Câmaras Municipais eram meramente orçamentárias.

Consideremos, a seguir, que esse traço distintivo da gratuidade da vereança não se apagou no caminhar do direito municipal, mas, ao invés, vivificou seus contornos para, finalmente, afirmar-se como regra nesse campo, sendo por isso, e sempre, “procedimento de exceção” o remunerar-se mandato de vereador.

Apenas, com maior incidência, durante a vida da Carta de 1946, localizam-se nas Leis Orgânicas Municipais autorizações de remuneração para preditas funções, mas, enfatize-se, não por “imperatividade constitucional” e, sim, por “permissibilidade constitucional decorrente”, o que não é a mesma coisa, e que, por isso, não invalidou, de nenhum modo, a regra da irremunerabilidade defluente do direito. Diz-nos, sobre isso, o eminente HELY LOPES MEIRELLES (In Direito Municipal Brasileiro, 1a. ed., vol. II, pg. 588):

“A gratuidade do mandato de vereador é da tradição do nosso direito municipal, e tem origem nos sistemas europeus que consideram a representação local de caráter honorífico, ou mais adequadamente um múnus público.

Entre nós as leis orgânicas consignam a gratuidade como regra e a remunerabilidade como exceção, só admitida nos estritos limites estabelecidos pela lei estadual. Permitido é ainda aos Estados-membros vedar indiscriminadamente a remuneração do mandato dos edis, como ocorre no Estado do Paraná, que incluiu essa vedação em sua lei orgânica, julgado perfeitamente constitucional em recente decisão do Supremo Tribunal Federal (Rec. Extr. n.º 15.425).”

V — Surgente, em 1964, o Regime Revolucionário e com ele e dele a edição dos Atos Institucionais e Complementares, vimos a nova ordem jurídica, de imediato, colher a “specie juris” e,

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 146-152, 1973

categoricamente, revigorá-la no seu aspecto original de constituir múnus público e, de conseqüência, não permitir para seu exercício contraprestação pecuniária.

E a tal ponto foi colorido esse caráter de gratuidade da vereança, aí, que, de modo ultrapositivo, a regra que o contemplou não condescendeu com nenhuma exceção.

Para tanto, assim foi dito no Ato Institucional n.º 2, art. 10 de 1.º/11/1965:

“Os vereadores não perceberão remuneração, seja a que título for”.

A partir daí, as únicas exceções à regra da vereança gratuita são, respectivamente, a contida no art. 16, § 2.º, da Constituição de 1967, que permitiu remuneração aos vereadores das capitais e dos municípios de população superior a cem mil habitantes; a estatuída pelo Ato Complementar n.º 7, de 26 de fevereiro de 1969, art. 4.º, que elevou o limite de cem para trezentos mil habitantes; e, finalmente, a contemplada pela Emenda n.º 1 de 1969, art. 15, item II, § 2.º, que reduziu de trezentos para duzentos mil habitantes.

VI — Ressalta à evidência, já agora, que a irremunerabilidade do mandato de vereador, por quanto se viu, foi e é a norma geral dentro do sistema jurídico pátrio, incumbindo ao intérprete proceder, “in casu”, restritivamente quanto a qualquer exceção e, bem assim, no que tange a seus elementos implicativos, daí não perder de vista a exata compreensão do que seja “remuneração”.

Já o dissemos, e relembremos, que remunerar é retribuir pecuniariamente, a qualquer título, a atividade de alguém no exercício de cargo ou função. Ora, se a vedação constitucional é no sentido inequívoco de proibir sejam os vereadores remunerados, salvo as expressas exceções, como atribuir-lhes verba de representação, quando no exercício da Presidência, se tal encargo é exercício ainda do mandato e tal forma de pagamento é eminentemente remuneração?

Afirmado já foi, no Parecer n.º 1077/UAJ, da lavra do Consultor Jurídico ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL, que “o exercício da Presidência da Câmara de Vereadores é um plus casual, cujo pressuposto é o mandato.” E assim também o en-

tendemos, pois que atribuir verba de representação a quem, originariamente, exerce mandato gratuito, somente porque se desloca para a Presidência, mas em razão do mandato, é, artificialmente, remunerar o que não pode ser remunerado, constitucionalmente.

VII — Invoquemos, ora, ilustrativamente, a Lei Complementar n.º 2, de 29/11/1967, quanto a seu art. 2.º:

“A remuneração dividir-se-á em parte fixa e variável e será estabelecida no final de cada legislatura, para vigorar na subsequente.

§ 1.º — É vedado o pagamento de qualquer outra vantagem pecuniária em razão do mandato, inclusive ajuda de custo, representação e gratificações.”

Vemos, de sua análise, que, mesmo para aqueles, de mandato remunerado, já era vedada a verba de representação, muito mais, portanto, para os de mandato gratuito. E isso, logicamente, porque a verba de representação é atribuída a quem exerce a Presidência da Câmara, mister esse que é uma decorrência do mandato e, não, um novo mandato isolado. Daí, remunerar o cargo de Presidente de Câmara Municipal, onde a vereança é gratuita, através de verba de representação, é, iniludivelmente, remunerar o mandato do vereador nessa posição. Inconstitucional, portanto.

Leiamos, nesse particular, mais esta lição de HELY LOPES MEIRELLES (in Direito Administrativo Brasileiro, pgs. 604/605):

“Subsídio é a remuneração que se atribui aos parlamentares, e, por extensão, aos vereadores, pelo exercício do mandato.

A fixação do subsídio (parte fixa, parte variável, verba de representação, jetons, ajuda de custo ou que nome se dê à remuneração dos vereadores e...”

Claro aí está, pois, que subsídio é remuneração e, esta, pode constar de “verba de representação.” Ora, se o óbice constitucional se traduz, em regra, em não permitir remuneração a mandato de vereador, pagar-se, em razão dele, verba de representação, que remuneração é, emerge daí a meridiana inconstitucionalidade.

De elucidar, afinal, a presente questão de direito, é o prelecionamento do eminente PONTES DE MIRANDA (In Comentários à Constituição de 1967, Tomo II, pág. 348, 2a. edição):

“A Constituição de 1967, art. 15, § 2.º, somente permite que tenham subsídios os vereadores das capitais e dos municípios de população superior a duzentos mil habitantes. Se a população é menor, ou, o que é difícil ocorrer e provar-se, de duzentos mil habitantes, **qualquer remuneração ofende a Constituição de 1967, ainda que se disfarce com o modo de pagamento.**” (grifamos)

VIII — Ante as considerações retro expendidas, forçoso é asseverar que, nos municípios onde irremunerada é a vereança, outorgar-se verba de representação ao Presidente da Câmara fere, frontalmente, o art. 15, § 2.º, da Carta Política Federal.

É o parecer, “sub censura”.

Porto Alegre, 20 de dezembro de 1972.

**Adaury Pinto Filippi**  
Consultor Jurídico

---

#### PARECER N.º 2311/CGE

##### TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS.

É lícita sua cobrança pelo Município desde que exista o serviço e que a base de cálculo não se confunda com a de impostos.

Em consulta encaminhada pelo Presidente da Associação de Municípios do Alto Uruguai, pergunta-se sobre a legalidade da cobrança, pelos Municípios, da Taxa de Conservação de Estradas, a qual, segundo a respectiva lei criadora, sofre um aumento anual, baseado no salário mínimo.

Diante da recomendação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, no tocante à política econômica e financeira

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 152-156, 1973

ra, no sentido de que os Estados e Municípios não imponham majoração de tributos superior a 12% em relação ao exercício passado, indaga-se quanto ao “modus operandi” para adequar a cobrança da taxa em referência à política do Governo Federal.

No que tange à legalidade da cobrança da taxa em questão, muitos debates vêm ocorrendo, envolvendo primordialmente o problema da base de cálculo desse tributo, a qual não pode coincidir com a de incidência de impostos, em vista do que dispõe a Constituição Federal de 1969 (assim como a de 1946 e 1967), em seu art. 18, § 2.º, e a Lei n.º 5.172, de 25/10/66, art. 77, parágrafo único.

A dúvida do consulente, no entanto, não se prende à base de cálculo, pois não expõe ele qual a adotada pelos Municípios interessados, dizendo apenas que a taxa sofre aumento anual baseado no salário mínimo.

Aproveitando o ensejo, cabe referir, contudo, que a jurisprudência, de longa data, tem se manifestado favoravelmente à cobrança da Taxa de Conservação de Estradas, pelos Municípios. O Supremo Tribunal Federal, em 1964, cristalizou a sua jurisprudência na Súmula n.º 348, que tem por referência julgados relativos à taxa no âmbito dos Municípios. Reza a Súmula n.º 348:

“ É constitucional a criação de taxa de construção, conservação e melhoramento de estradas.”

Desde a expedição da Súmula n.º 348, o Pretório Excelso vem conservando a sua posição adotada como orientação pacífica.

O tributo em exame foi considerado ilegal no julgamento de alguns tribunais na hipótese de basear-se sobre o valor venal da propriedade imóvel, por ser esta a base de cálculo do imposto territorial rural e predial (Decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo, in Revista de Direito Público n.º 5, pág. 271, e do Juiz de Direito de Valparaíso — S. P. — mesma fonte, pág. 322).

Na doutrina discute-se sobre a legalidade da taxa quando de qualquer modo se relaciona com a propriedade imóvel. PONTES DE MIRANDA adverte que, entre outros, o critério da extensão da terra tributada, dissimula outros tributos, em sendo adotado para a incidência da taxa (in “Comentários à Constituição de 1967”, pág. 360, Tomo II).

Outro aspecto discutido pelos doutos é o da divisibilidade, entendendo alguns autores (como o Prof. Amílcar Falcão, in RDA 84/308) que esse requisito só estaria presente se os contribuintes fossem todos os que utilizassem o serviço público

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 152-156, 1973

prestado, o que não ocorre se a taxa se baseia na extensão das áreas ou testadas das propriedades servidas direta ou indiretamente pelas estradas municipais, critério considerado válido pelo Serviço Nacional dos Municípios, órgão integrante do Ministério do Interior (conforme Parecer de João Luiz de Moraes Barreto, publicado no Boletim Informativo daquela repartição, de n.º 28, à pág. 27).

Por ser o assunto muito controvertido na doutrina, esta Casa, em seus pronunciamentos, mostrou-se um tanto tímida. Considerando o requisito da divisibilidade, em vários casos submetidos a sua apreciação, entendeu inatendido o mesmo e, por isso, ilícita a instituição da taxa. Entretanto, advertiu que outro poderia ser o entendimento do judiciário se apreciasse esse aspecto. (Pareceres 707-DAJ, 1092-UAJ, 1111-UAJ, 1166-UAJ)

Em outro caso, pronunciou-se contrária à taxa mencionada recaindo esta sobre as propriedades rurais (Parecer 872-DAJ).

O advogado e jurista ANGELITO AIQUEL ressalta que os tribunais e a própria Administração federal admitem pacificamente a cobrança da Taxa de Conservação de Estradas, pelos Municípios, mediante a fixação de um quantum por hectare do imóvel cujos proprietários utilizem ou tenham a possibilidade de utilizar as rodovias conservadas pela Prefeitura Municipal. Observa que a Administração federal demonstrou sua posição distribuindo aos Municípios um modelo de código tributário, onde consta a taxa em questão, tendo por base de cálculo a supra referida, e que esse trabalho foi encomendado e distribuído pelo SENAM, tendo sido elaborado pelo Prof. Geraldo Ataliba.

Considera ANGELITO AIQUEL que o serviço público é divisível quando pode ser medido para a repartição parcial ou total do custo respectivo entre os usuários, efetivos ou potenciais (RDP n.º 13, páginas 273 a 278).

Reza o art. 79, letra b, inciso III, do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25/10/66):

“ Os serviços públicos a que se refere o art. 77 (que trata das taxas) consideram-se:

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

Diante dos termos da definição legal, parece-nos que o requisito está atendido, ainda que possam utilizar-se do serviço pessoas que não pagam a taxa, como os transeuntes que não tenham propriedades imóveis ao longo das estradas municipais.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 152-156, 1973

É importante ter presente, como o mencionou o STF em um de seus julgados, que a taxa de conservação de estradas pressupõe a existência de estradas abertas e conservadas pelo Poder municipal (julgamento do Recurso Extraordinário n.º 30.996, em 29/8/57 — in “Referências da Súmula do STF” acima citada, volume 17, pág. 289).

O que se exige é que o serviço público preexista à cobrança da taxa.

No que respeita a vinculação do quantum da taxa ao salário mínimo, é de ressaltar-se que esta vinculação deve ater-se ao valor daquele, vigente na oportunidade da elaboração da lei orçamentária anual. Não pode o quantum sofrer alterações no curso do exercício da cobrança, como decorrência da alteração do salário mínimo, porque haverá infringência do art. 153, § 29, da Constituição Federal, que estatui:

“ Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro (...).” (grifamos).

Já a redução do quantum da taxa para adequá-la à política econômica do Governo Federal deve ser procedida mediante elaboração de lei, partindo a iniciativa do Poder Executivo (Constituição Federal, art. 65). Não surgirão problemas de ordem legal com essa alteração, no curso do exercício financeiro presente, porque a mesma não implicará em ofensa à garantia constitucional supra transcrita. Ao contrário, o contribuinte será beneficiado.

Em resumo, concluímos:

— A criação da Taxa de Conservação de Estradas, pelo Município, parece hoje pacificamente admitida pelos tribunais, estando superadas as controvérsias a respeito.

— A instituição da taxa deve ser feita com critérios próprios, independentes dos da Taxa Rodoviária Única (federal), do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, do Imposto Predial ou do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Os critérios que têm sido aceitos pelos tribunais são: o de calcular a taxa proporcionalmente à medida da testada do imóvel ou por hectare de área do mesmo.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 152-156, 1973

— Basear o cálculo da taxa no salário mínimo é critério inconveniente. Só é lícito se for tomado por base o valor do mesmo à época da votação da lei orçamentária anual. A medida correta é a adoção de um valor fixo para base do cálculo proporcional à área ou testada.

— A redução da taxa para adequá-la ao limite de 12% de majoração em relação ao exercício passado, em atendimento à política do Governo federal, deve ser efetuada através de lei de iniciativa do Poder Executivo.

É o parecer, sub censura.

Porto Alegre, 28 de fevereiro de 1973.

**Renita Maria Hüllen**  
Consultor Jurídico

#### **PARECER N.º 2186/CGE**

**LAUDÊMIO.** O laudêmio incidente sobre as transferências do domínio útil dos terrenos estaduais aforados recai também sobre as acessões e benfeitorias desses.

I. L. A., E. A., E. L. B., W. L. F.º, O. L., E. H. L. e R. L., representados por C. N. M. L., requereram em 19 de outubro de 1969 licença para transferir, em frações ideais, a vários adquirentes, o domínio útil, de que são titulares, do imóvel foreiro ao Estado, sito à rua Voluntários da Pátria, onde, por incorporação da procuradora, haveria de ser construído edifício destinado a lojas comerciais.

Tramitado o processo normalmente, o imóvel foi avaliado, para efeitos do pagamento do laudêmio, em Cr\$ 320.000,00, tendo, no entanto, sido considerado na avaliação apenas o terreno, eis que o prédio nele edificado estava sendo demolido justamente para a construção do edifício.

Ocorre, no entanto, que, não pago o laudêmio na época da avaliação e, pois, não realizada nessa ocasião a transferência do domínio útil, os requerentes, após a construção do edifício, em 12 de julho de 1971, pleiteiam nova licença, agora, no entanto, apenas para transferir duas frações ideais, ou seja, as frações ideais prometidas de venda à M. V. M. e A. L., correspondentes, cada uma, a 0,30263 da área do terreno.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 156-160, 1973

Nos termos dos instrumentos anexados, verifica-se que os preços das frações ideais e respectivas acessões e benfeitorias (lojas comerciais) prometidas a M. V. M. e A. L. são, respectivamente, de Cr\$ 31.230,00 e Cr\$ 41.000,00 (cf. promessa de compra e venda, fls. 8, proc. 32269, — Secretaria da Fazenda e instrumento de retificação de promessa de compra e venda, fls. 53, proc. 1496 CGE).

Tramitados os pedidos de licença, as frações ideais são novamente avaliadas em 24/8/1971, atribuindo-se-lhes, então, a cada uma, o valor de Cr\$ 8.500,00.

A Diretoria do Patrimônio, no entanto, em 23/3/72, face o tempo decorrido, solicita nova avaliação, o que enseja ao avaliador, o Sr. Fiscal do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, o seguinte pronunciamento:

“A loja propriamente dita não nos cabe avaliar uma vez que o contribuinte adquiriu a fração ideal de, digo e deve averbar no Registro de Imóveis a loja após o término da construção. Confirmamos, por este motivo, o valor atribuído na avaliação anterior de Cr\$ 8.500,00, valor sobre o qual deverá ser paga transmissão e o respectivo laudêmio.” (cf. fls. 48, proc. 1496/72 CGE) (sic)

Mas, fundado em parecer desta Consultoria-Geral, da lavra do Consultor Jurídico JOÃO EMILIO MÜLLER, onde se afirma que a avaliação dos imóveis aforados, para efeito do pagamento do laudêmio, deve ser realizada na época da transferência, o Sr. Diretor do Tesouro do Estado entende dever considerar-se na avaliação, para efeito do pagamento do laudêmio, não só as frações ideais do terreno mas também as benfeitorias dessas, ou melhor dizendo, suas acessões, representadas, “in casu”, pelas lojas comerciais a elas correspondentes.

Submetida a questão ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Fazenda, esse solicita o pronunciamento, a respeito, desta Consultoria-Geral.

É o relatório.

2. A questão do parecer, como se vê, é a seguinte: o laudêmio incidente sobre as transferências do domínio útil do terreno aforado aos requerentes há de recair, ou não, também sobre as lojas comerciais nele construídas ou, de uma maneira mais geral, o laudêmio incidente sobre as transferências do domínio útil dos terrenos estaduais aforados recai, ou não, sobre acessões e benfeitorias desses?

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 156-160, 1973

3. Assim se dispõe no Decreto estadual n.º 174, de 20/11/1940, nos termos do qual foi concedido o terreno em aforamento aos requerentes, art. 49:

“Todas as concessões de terrenos reservados estão sujeitas ao pagamento anual de um foro e ao pagamento de um laudêmio por ocasião da transmissão do domínio útil a terceiros, com exceção da transmissão hereditária.”

E, como não poderia deixar de ser, inscreveu-se no título de aforamento:

“(ficando obrigados) ao laudêmio fixado em lei, nos casos de transferência do domínio, com exceção da transmissão hereditária.”

(cf. título de redução de área aforada, fls. 39)

4. Ocorre, no entanto, que, não tendo o mandamento legal (Decreto n.º 174, de 20/11/1940) nem o título de aforamento estabelecido sobre o que deva incidir o laudêmio, ou só terreno ou o terreno mais acessões e benfeitorias, cumpre examinar-se, para a solução da questão, como está o laudêmio posto no nosso ordenamento jurídico, para verificar-se, então, o seu campo de incidência.

5. Dispõe o Decreto-lei federal n.º 9.760, de 5/9/46, que, como o Decreto n.º 174, em relação aos bens estaduais, regula o aforamento de terras da União, art. 102, § 1.º, que nas transmissões onerosas a União cobrará laudêmio sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias.

E, sobre o dispositivo, ORLANDO GOMES:

“O laudêmio é invariável, estando fixada na Lei a percentagem que o alienante deverá pagar sobre o valor do terreno e suas acessões.” (cf. Direitos Reais, vol. II, p. 471)

6. Dessa forma, prevendo-se no Decreto-lei federal n.º 9.760, de 5/9/1946, que trata do aforamento dos bens da União, e que, portanto, é suscetível de ser aplicado analogicamente aos aforamentos dos bens estaduais, deva o laudêmio incidir sobre o valor do terreno e das benfeitorias, é evidente que, quando por mais

não fosse, por aplicação analógica, o mesmo deve entender-se em relação aos aforamentos de bens estaduais.

7. Nem, de resto, poderia ser de outra forma.

Em primeiro porque as benfeitorias e, “a fortiori”, as acessões (construções e plantações) integram-se no imóvel e não seria lícito tomar-se o valor desse sem considerar aquelas.

Em segundo porque, destinando-se como efetivamente se destina, o instituto da enfiteuse, ao cultivo ou edificações dos terrenos, não seria justo deixassem de ser consideradas as acessões e benfeitorias para efeito de pagamento do laudêmio.

8. Com efeito, dispõe o art. 43, III, do Código Civil:

“São bens imóveis: II — Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano.” (grifei)

Ora, se assim é, é evidente que, considerando-se as acessões e benfeitorias partes integrantes do imóvel, aliás, na lição de PONTES DE MIRANDA, partes integrantes essenciais (cf. Tratado, tomo 2, § 127, p. 40 e segs.), não há como se possa cindir esse daquelas para efeito de incidência do laudêmio.

9. Por outro lado, conforme já se disse, o instituto da enfiteuse sempre teve por finalidade, desde sua origem até nós, o cultivo e a construção dos terrenos, não sendo justo, portanto, que, aforado precisamente para ser cultivado ou construído, não se viessem considerar, para efeito do pagamento do laudêmio, as plantações, construções ou benfeitorias realizadas no terreno.

10. Com efeito, sobre a finalidade da enfiteuse, desde sua origem, leciona LAFAYETTE:

“Na sua origem, a enfiteuse não foi senão um alvitre combinado para o fim de, por via de concessões extraordinárias, atrair colonos, e dest’arte estimular e provocar o aproveitamento de terras que de outra maneira jazeriam incultas. Daí o uso de só se concederem enfiteuses em imóveis suscetíveis de cultura. Mais tarde, por extensão daquele uso, se permitiu estabelecê-las em casas e edifícios.” (Direito das Coisas, § 141, 1, p. 324)

E, CARVALHO DOS SANTOS:

"A própria denominação enfiteuse, que, na sua significação e na origem grega do vocábulo, tem a significação de plantar, semear, amanho, aí está mostrando que o instituto só podia ter sido criado para o aproveitamento dos terrenos incultos. E, como se sabe a razão de ser da enfiteuse, a causa de sua origem em Roma, não foi outra senão o despovoamento do Império, que dificultava a cultura das terras por simples arrendamentos. O que se visava com a enfiteuse por meio da qual se concediam direitos mais extensos e mais amplos, era encorajar o trabalho, favorecer o aproveitamento das terras incultas ou abandonadas. O nosso Código ateve-se a essa concepção e não admite a enfiteuse senão recaindo sobre terras não cultivadas, ou terrenos, que se destinem à edificação de casas, ou quaisquer outras construções." (Código Civil Interpretado, vol. IX, p. 47-8)

E, se assim é, é evidente que as plantações, construções e benfeitorias, repita-se: **para a realização das quais foi dado em aforamento o terreno**, devem ser consideradas no valor desse para efeito do pagamento do laudêmio, conforme, aliás, lecionou expressamente CLÓVIS BEVILÁCQUA:

"O valor do bem aumentado pelas acessões e benfeitorias também aproveita ao senhorio direito, pois é o proprietário, e o valor é expressão econômica do bem em sua totalidade." (apud CARVALHO DOS SANTOS, op. cit., p. 71)

Dessa forma, por todo o exposto, ENTENDO que as frações ideais, cuja licença para transferência do domínio útil se pretende, devem ser, para efeito de pagamento do laudêmio, novamente submetidas à avaliação, considerando-se, então, as suas acessões e benfeitorias ou, em outras palavras, as lojas comerciais correspondentes a cada uma.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de setembro de 1972.

**Caio Martins Leal**  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 156-160, 1973

PARECER N.º 2194/CGE

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA — Seu lançamento deve observar os requisitos mínimos estabelecidos na legislação própria, para ter eficácia.

Os vereadores que integram a bancada da Aliança Renovadora Nacional do Município de Barra do Ribeiro dirigem-se a esta Consultoria-Geral e solicitam pronunciamento sobre a legalidade do lançamento, pela municipalidade, de contribuição de melhoria, sem cumprir o preceituado no Código Tributário Nacional.

Dizem que os proprietários dos imóveis beneficiados pelo lançamento da via pública reclamam contra o alto valor do encargo tributário resultante.

Esclarece a Prefeitura:

"Com relação ao item a, informamos que os requisitos foram atendidos em parte, exceto os contidos no Item I, letra "E", porque esta Prefeitura não possui um departamento específico que tenha condições de efetuar os referidos cálculos."

Adiantam os consulentes que também não foi publicada a regulamentação prevista pelo item III do artigo 82 da Lei n.º 5172/66.

É o relatório.

2. O fato gerador em que assenta a CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA é o benefício, ou seja, a valorização efetiva do imóvel em virtude de obra pública.

As obras que lhe dão causa encontram-se discriminadas nos itens do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 195, de 24/02/67. Na espécie, houve lançamento de via pública.

Dispõem o artigo 2.º e seu item I do precitado Decreto-Lei:

"Art. 2.º — Será devida a Contribuição de Melhoria, no caso de valorização de imóveis de propriedade privada, em virtude de qualquer das seguintes obras públicas:

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 161-164, 1973

I — abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais e outros melhoramentos de praças e vias públicas;”

O referido tributo tem como limite total o valor da despesa realizada. Abrange os imóveis localizados nas áreas beneficiadas direta ou indiretamente pela obra.

Para ser computado o valor total da despesa que dá lugar ao lançamento da Contribuição de Melhoria, estabelece o Diploma Legal apontado:

“ Art. 4.º — A cobrança da Contribuição de Melhoria terá como limite o custo das obras, computadas as despesas de estudos, projetos, fiscalização, desapropriações, administração, execução e financiamento inclusive prêmios de reembolso e outras de praxe em financiamento ou empréstimos, e terá a sua expressão monetária atualizada na época do lançamento mediante aplicação de coeficientes de correção monetária.

§ 1.º — Serão incluídos nos orçamentos de custo das obras todos os investimentos necessários para que os benefícios delas decorrentes sejam integralmente alcançados pelos imóveis situados nas respectivas zonas de influência.

§ 2.º — A percentagem do custo real a ser cobrada mediante Contribuição de Melhoria será fixada tendo em vista a natureza da obra, os benefícios para os usuários, as atividades econômicas predominantes e o nível de desenvolvimento da região.”

A seguir, são relacionados os requisitos mínimos que se devem conter no Edital a ser publicado para a cobrança do tributo em causa, **verbis**:

“Art. 5.º — Para cobrança da Contribuição de Melhoria, a Administração competente deverá publicar Edital, contendo, entre outros, os seguintes elementos:

- I — delimitação das áreas direta e indiretamente beneficiadas e a relação dos imóveis nelas compreendidos;
- II — memorial descritivo do projeto;
- III — orçamento total ou parcial do custo das obras;
- IV — determinação da parcela do custo das obras a

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 161-164, 1973

ser ressarcida pela contribuição, com o correspondente plano de rateio entre os imóveis beneficiados.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, também, aos casos de cobrança da Contribuição de Melhoria por obras públicas em execução, constantes de projetos ainda não concluídos.”

A enumeração legal apreciada visa a assegurar a manutenção dos princípios informativos da aplicação da contribuição de melhoria.

Por outro lado, o contribuinte deve ter conhecimento dos critérios adotados para o cálculo da parte do rateio que lhe é imposta, podendo insurgir-se contra os mesmos através de impugnação. Para tanto, sua ação é disciplinada da seguinte maneira:

“Art. 6.º — Os proprietários de imóveis situados nas zonas beneficiadas pelas obras públicas têm o prazo de 30 (trinta) dias, a começar da data da publicação do Edital referido no artigo 5.º, para a impugnação de qualquer dos elementos dele constantes, cabendo ao impugnante o ônus da prova.

Art. 7.º — A impugnação deverá ser dirigida à Administração competente, através de petição, que servirá para o início do processo administrativo **conforme venha a ser regulamentado por decreto federal.**”  
(Grifei)

Aqui, cabe um esclarecimento.

O Decreto-Lei n.º 195, posterior ao Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172), alterou algumas disposições deste, inclusive previu a regulamentação, por decreto federal, do procedimento administrativo da impugnação, pelo beneficiário da obra pública, dos critérios para o cálculo do tributo que lhe alcança.

Como ainda não foi editado o decreto federal previsto, o processo administrativo de impugnação, de conformidade com os termos contidos no item III do artigo 82 do Código Tributário Nacional, deve ser regulamentado pela Administração lançadora da Contribuição de Melhoria e vulgarizado pelo Edital a ser publicado para a cobrança do tributo.

3. No caso sob exame, a Prefeitura de Barra do Ribeiro omitiu elementos indispensáveis à cobrança do tributo. O Edital res-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 161-164, 1973

pectivo, além de não conter o plano de rateio entre os imóveis beneficiados, não regulamentou o processo administrativo para a impugnação dos critérios adotados no lançamento da contribuição de melhoria, verificáveis pelos elementos que nela, obrigatoriamente, deveriam constar.

Em consequência, a preterição de qualquer dos elementos impostos como essenciais no Edital, para a recuperação pelo poder público dos gastos com obras que propiciaram o enriquecimento do particular, pela valorização de imóvel que lhe pertence, torna impraticável a cobrança desse tributo.

4. Portanto, para que a Prefeitura possa ressarcir-se, por meio do lançamento de Contribuição de Melhoria, dos gastos feitos com o calçamento de via pública, deve repeti-lo com a observância das determinações legais, de vez que o anterior lançamento, ora examinado, por preterição de requisitos indispensáveis, não possui eficácia.

É o parecer.

Porto Alegre, 19 de outubro de 1972.

**José Carlos Torres Miller**  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2202/CGE

##### SUBSÍDIOS E VERBA DE REPRESENTAÇÃO DO PREFEITO.

Devem ser fixados em uma legislatura para vigorar na seguinte. Vinculação dos mesmos ao salário ou aumentos progressivos. Viabilidade. O Prefeito fará jús à percepção dessas vantagens até o término do mandato.

“ 1 — Os subsídios e a representação do Prefeito Municipal podem ser fixados para a mesma Legislatura ou somente para a seguinte, já que a Lei Orgânica em vigor e editada em 1948, determina a fixação anual?”

2 — Os subsídios do Prefeito Municipal, face dispositivo constitucional, podem ser vinculados ao salário-mínimo?

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 161-164, 1973

3 — Os subsídios e a verba de representação do Prefeito Municipal, fixados de uma para outra Legislatura, podem sofrer alteração percentual, anualmente?

4 — Os subsídios e a verba de representação do Prefeito em vigor têm vigência até 31 de dezembro do corrente ano, enquanto que a atual Legislatura encerra em 31 de janeiro de 1973. Pergunta-se qual o subsídio e a verba de representação a serem pagos nesse mês de janeiro?”

Essas as questões formuladas, em caráter de urgência, pelo senhor Presidente da Câmara de Vereadores de Novo Hamburgo.

Embora o inciso VII do artigo 44 da Constituição do Brasil não indique expressamente as pessoas do Prefeito e Vereadores, têm a doutrina e a jurisprudência, sem discrepância, entendido que o preceito alcança os municípios.

“ A fixação da remuneração dos agentes políticos do município — prefeito e vereadores — só pode ser feita em uma legislatura para vigorar na legislatura imediata, isto é, para todo mandato do prefeito e da Câmara seguintes. Nenhuma Câmara, salvo a primeira que se instalar nos novos municípios, poderá votar subsídios para a legislatura que estiver em curso (4 anos), sob pena de tomar resolução ilegal e, portanto, anulável por via judiciária, ou seja, por ação popular, que é o meio adequado à invalidação dos atos administrativos ilegítimos e lesivos ao patrimônio público.” (HELY LOPES MEIRELLES — Direito Municipal Brasileiro, pág. 651)

“ Trata-se, aqui, de saber se o preceito da Constituição Federal que só permite o aumento de subsídio para a próxima legislatura é aplicável ao Município, o que não implica na interferência da União na área Municipal senão na preeminência da Constituição Federal para regular matéria que impõe procedimento comum nas três áreas — Federal, Estadual e Municipal.” (“Apud” Recurso Extraordinário n.º 60.422 — Supremo Tribunal Federal — Rel. Min. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI)

Portanto, a Lei Orgânica que determina a fixação anual dos subsídios e verba de representação do Prefeito é colidente com

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 164-169, 1973

a Constituição Federal. Devem ser fixados em uma legislatura para vigorar na seguinte.

Já a determinação constitucional contida no Parágrafo único do artigo 98 que veda a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público não abrange Prefeito e Vereadores. Estes não são servidores públicos e sim mandatários políticos.

O Procurador do Estado de São Paulo — ARMANDO MARCONDES MACHADO JÚNIOR — em Parecer publicado na Revista de Direito Público n.º 12, ed. RT 1970, págs. 316/317, concluiu:

“ Houve preocupação evidente de não permitir o aviltamento do subsídio do Prefeito, autorizando aumentos anuais, para mantê-lo atualizado. Qual o critério utilizado? Um critério progressivo, que, na prática, pode ser obtido, ou com quantias diferentes, ou com a fixação de um certo número de salários-mínimos.”

Assim, os subsídios e a verba de representação dos Prefeitos podem ser fixados de maneira progressiva, com aumentos anuais determinados, através de percentagens ou de salários-mínimos.

Todavia, há que atentar, quando o critério é o de salários-mínimos, para o princípio constitucional que manda a despesa pública obedecer à lei orçamentária anual. A chamada lei de meios terá de ser observada e, assim, a limitação dos gastos fica adstrita aos recursos previstos e disponíveis, tendo em conta a estimativa da arrecadação da receita.

Para que os subsídios do Prefeito não venham a colidir com o preceito citado, de vez que a verba que lhes corresponde é estabelecida em uma legislatura para vigorar na seguinte, deve ser tomado por base o salário-mínimo vigente na região em que se situa o Município na data da aprovação do orçamento.

De outra parte, não se pode olvidar que o Ato Complementar n.º 60, de 24 de julho de 1969, em vigor, estabelece para os Interventores nos Municípios, nomeados pelo Presidente da República, o teto, para sua remuneração, de doze (12) salários-mínimos da região, acrescidos de 50% a título de representação.

Esse teto, por conseguinte, poderia servir de orientação ao legislador local quando da fixação dos subsídios dos Prefeitos, eis que se adequaria ao entendimento do comando legislativo federal, que ao baixá-lo teve presente as disponibilidades e eventuais oscilações da moeda.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 164-169, 1973

Ao que nos parece, porém, a maneira mais prática e singela de manter atualizados os subsídios do Prefeito seria a que concedesse aumentos progressivos expressos em percentagens.

Finalmente, se os subsídios e a verba de representação do Prefeito estão previstos para até 31 de dezembro deste ano, enquanto que a legislatura se prolonga até 31 de janeiro de 1973, até essa data, estará ele obrigado ao desempenho do seu mandato. Ora, não se justificaria que prosseguisse em seu trabalho sem a respectiva retribuição. Logo, deve continuar percebendo nos termos até então usufruídos.

É o parecer.

Porto Alegre, 24 de outubro de 1972.

**José Carlos Torres Miller**  
Consultor Jurídico

#### OFÍCIO DO SENHOR CONSULTOR-GERAL

SENHOR PRESIDENTE,

Tenho a satisfação de me dirigir a Vossa Senhoria a fim de encaminhar-lhe o Parecer n.º 2202, da lavra do Consultor Jurídico JOSÉ CARLOS TORRES MILLER, que, atendendo sua solicitação, cuida de responder a Consulta formulada através do Ofício n.º 282/72, de 9 do andante, relativa aos subsídios e representação do Prefeito Municipal.

2. A dúvida suscitada, Senhor Presidente, diz mais respeito à forma de fixação e ao período de vigência.

3. A matéria não constitui novidade na Casa, eis que já objeto de manifestações em outras oportunidades, inclusive bem recentemente, no Parecer n.º 2171, de 22 de agosto, o tema foi examinado e, bem assim, no Ofício-Circular n.º 7/72, de 4 de setembro último, abordei o tema, procurando traçar orientação, à vista de freqüentes equívocos constatados.

4. Com amparo no magistério de HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Municipal Brasileiro”, pág. 651, cfe. Parecer n.º . . . . 2171/72, da C. G. E.); de ANTONIO TITO COSTA (“O Vereador e a Câmara Municipal”, pág. 115, id.); do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e do venerável Pretório Excelso (RDA

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 164-169, 1973

n.º 99/229 e 102/213; RTJ n.º 47/185 e RF n.º 195/133, cfe. Parecer referido), ao lado das disposições constantes da Carta Federal, arts. 13, III e 44, VII e da Estadual, artigo 27, VIII, combinado com o art. 143, afirmou esta Consultoria-Geral o princípio da obrigatoriedade da fixação dos subsídios e representação dos agentes políticos de uma legislatura para vigorar na outra.

Tendo, a par disso, presente o prazo, relativamente longo e as oscilações da moeda, com um esvaziamento anual, entendeu oportuno lembrar esse episódio, sugerindo que o estabelecimento de tais remunerações se fizesse de forma progressiva. É certo que no predito Ofício-Circular 7/72, falara em 20%, mas, nos dias 22 e 23 de setembro, quando da estada do Senhor Ministro do Planejamento, DR. REIS VELOSO, em Porto Alegre, como noticiara a imprensa, Sua Excelência afirmou que para o presente exercício não deveria ultrapassar a 15% e nos subsequentes ao redor de 12% esse esvaziamento.

Assim, de fato, parece que não deve ser considerado 20% e sim menos, entre 12% e 15%.

5. A legitimidade da fixação progressiva tenho-a por indiscutível, chegando mesmo alguns Estados da Federação a erigi-la em regra expressa. É o caso da LEI ORGÂNICA DOS MUNICÍPIOS PAULISTAS, que, no art. 38, reza:

“ Podendo o decreto legislativo fixar quantias progressivas para cada ano do mandato”.

6. Igualmente, a fixação com referência ao salário-mínimo, em que pese ser a fórmula menos técnica, desde que estabelecida com base em salário vigente, no momento da votação do respectivo orçamento e tendo em conta o ATO COMPLEMENTAR N.º 60, de 24 de julho de 1969, tenho-a por regular, como conclui o Parecer de fls.

Veja-se o ato:

“ Art. 1.º — A remuneração mensal dos interventores federais nos municípios, nomeados pelo Presidente da República nos termos do parágrafo único do art. 3.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, ou do § 1.º, do art. 7.º, do Ato Institucional n.º 7, de 26 de fevereiro de 1969, não poderá ultrapassar quantia correspondente a 12 (doze) salários-mínimos da região

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 164-169, 1973

em que estiver localizado o município sob intervenção, acrescidos de 50% (cinquenta por cento) a título de representação.

Parágrafo único — O disposto neste artigo aplica-se aos interventores atualmente no exercício de suas funções, promovendo-se, quando for o caso, o imediato reajustamento.”

7. Com essas considerações, Senhor Presidente, acolho o Parecer de fls. e o aprovo, adotando-o como manifestação da Consultoria-Geral do Estado.

Serve-me a oportunidade para reafirmar a Vossa Senhoria expressões de real apreço e consideração.

Orlando Giraldo Vanin  
Consultor-Geral do Estado

#### PARECER N.º 2276/CGE

QUINQUÊNIOS — Revogação expressa da Lei concessora da vantagem ao pessoal do Quadro Único dos Serviços Auxiliares da Justiça Militar do Estado.

Impossibilidade legal também da outorga de triênios. Inexistência de regra de recepção desses avanços na legislação própria daquele setor judiciário e previstos no Estatuto do Funcionário Público Civil do Rio Grande do Sul. Integração da vantagem no patrimônio jurídico do funcionário que já a percebia antes da lei revocatória. Direito adquirido.

O art. 2.º da Lei n.º 5.752/69 instituiu o quinquênio de 5% sobre o vencimento básico do cargo — aos funcionários do Quadro Único dos Serviços Auxiliares da Justiça Militar do Estado. No entanto, a Lei n.º 6.156, de 31 de dezembro de 1970, que trata da Organização e Administração da Corte, nada prescreve acerca da vantagem, sendo que o art. 84 revoga “as disposições em contrário, especialmente os Decretos-leis n.ºs 559, de 2 de junho de 1944, e 1.018, de 22 de dezembro de 1955, e as Leis n.ºs 3.350, de 27 de dezembro de 1957, 5.349, de 27 de dezembro de 1965, e 5.752, de 17 de maio de 1969.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 169-173, 1973

Neste expediente, L. C. Q., escrivão da 1a. Auditoria da J. M. E., requere a concessão do primeiro quinquênio — eis que em março de 1971 completou cinco anos de efetivo exercício no cargo — ou, à míngua de amparo legal para dita vantagem, os avanços trienais previstos no Estatuto (Lei n.º 1.751/52).

Pela improcedência da solicitação manifesta-se a Direção Geral do predito setor do Poder Judiciário, alicerçando tal posição no fato de a lei conferidora da vantagem ter sido expressamente revogada.

Enviando o processo à audiência desta Consultoria, o Senhor Presidente da Justiça Militar entende, igualmente, não fazer jus o postulante ao que reivindica, ainda porque, quando completou cinco anos, já vigorava a lei nova, não contemplando o benefício.

Contudo, levanta outros problemas, para os quais admite que a Corte terá dificuldades em solucioná-los. Pertinente, eles, em síntese, às hipóteses de quinquênios já outorgados. Deveriam, ou não, ser retirados do funcionário, à vista da supressão imposta pela lei revocatória à que os autorizava no pretérito?

Este o relatório.

2. Convém, desde logo, para o equacionamento das questões ora propostas, abordar a que concerne ao almejado avanço quinquenal.

Como se sabe, nenhuma vantagem decorrente do exercício de cargo ou função pública há de ser deferida sem a indispensável cobertura legal.

Condicionada, pois, a sua legitimidade, à vontade do legislador, que, assim como a concede — através da implantação de determinados pressupostos —, pode suprimi-la. Desse modo, também, a situação inversa, isto é, se inexistir o benefício em lei, ordenamento jurídico emanado do poder competente pode instituí-lo, exigindo, para tanto, a satisfação de um ou mais requisitos.

3. Na espécie, diploma legislativo editado em 1969 previu os quinquênios para os funcionários da Justiça Militar do Estado. Entretanto, lei posterior, de número 6.156/70, cogitando da Organização e Administração da Corte — erigida, como parece, em legislação específica, peculiar, própria — silencia quanto à mencionada vantagem. E o que é importante: revoga declarada, categórica e irremediavelmente, toda a legislação anterior, inclusive e de modo especial, a que liberalizou dito quinquênio aos servidores do Quadro Único da J. M. E., desde que cumprissem cinco anos de efetivo exercício no cargo.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 169-173, 1973

Na verdade, dúvida não pode haver de que o legislador entendeu não mais contemplar esses funcionários com as benesses dos avanços quinquenal ou trienal, por motivos que não cabe aqui considerar.

4. De outra parte, sabe-se que:

“a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”, conforme prescreve a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º. Nos termos do § 1.º do mesmo dispositivo, tem-se que:

“a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

No caso, foi o que ocorreu, diante das inequívocas expressões insertas no **caput** do parágrafo retro-transcrito, daí resultando não merecer acolhida o pleiteado avanço quinquenal, por eliminado taxativamente do texto legal em vigor.

5. Nesta altura, constitui aspecto digno de exame o pedido de triênios feito pelo requerente, já que descabido, por falta de suporte legislativo, o quinquênio outrora atribuído validamente, ao cabo de cinco anos de exercício funcional.

De plano, cumpre sinalar que, de igual sorte, parece não socorrer ao postulante a legislação vigente. Primeiro, porque o ordenamento aplicável e específico — Lei n.º 6.156/70 — não prevê, consoante se demonstrou, tanto um quanto outro avanço — quinquenal ou trienal — ao pessoal da Justiça Militar do Estado.

Improcede, ademais, o apelo as mais benéficas normas do Estatuto do Funcionário Público Civil do RIO GRANDE DO SUL, cogitando de triênios, que podem ser extensivos — é certo — por força de regras receptoras a outras categorias de servidores, o que não se verifica com os funcionários da J. M. E.

Ressalte-se, por oportuno, que o extinto Conselho de Serviço Público, opinando pelo indeferimento de reclamatória, fixou-se no sentido de que:

“as vantagens de “avanços” e de “quinquênios” têm fundamentos legais peculiares que não podem ser invocados indiferentemente para a obtenção de um ou de outro.” (PARECER n.º 7.477/68).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 169-173, 1973

6. Por último, os reflexos da lei revogadora junto aos servidores da mencionada Corte, que, sob o império da legislação anterior, lograram quinquênios.

Invoque-se, a propósito, o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, quando diz que “o adicional, em princípio, adere ao vencimento e por isso tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente. Ambos, porém, podem ser suprimidos para o futuro.” (DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, pág. 402)

Mais além, preleciona o ilustre mestre paulista:

“Adicional por tempo de serviço é o acréscimo pecuniário que se adita definitivamente ao padrão do cargo, em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para o auferimento da vantagem. É um adicional *ex facto temporis*, resultante de serviço já prestado — *pro labore facto*. Daí porque se incorpora automaticamente ao vencimento e o acompanha na disponibilidade e na aposentadoria. Este adicional adere ao vencimento para todos os efeitos legais e é *irretirável* (grifei) do funcionário, precisamente porque representa uma contraprestação de serviço já feito. É uma vantagem pessoal, um direito adquirido para o futuro. Sua *conditio juris* é apenas, e tão-somente, o tempo de serviço já prestado, sem se exigir qualquer outro requisito da função ou do funcionário. (In op. cit. págs. 402 e 403)

Depois de referir às origens da vantagem, frisa o conhecido administrativista pátrio:

“Sua adoção fica inteiramente a critério e escolha da Administração, que poderá concedê-lo, modificá-lo ou extingui-lo a qualquer tempo, desde que o faça por lei, e respeite as situações jurídicas anteriores, definitivamente constituídas em favor dos funcionários que já completaram o tempo necessário para a obtenção da vantagem. (grifei)

A lei federal adotou inicialmente o adicional por triênios e, posteriormente, por quinquênios; a lei paulista por quinquênios, e as Constituições estaduais ou se omitiram, ou tornaram obrigatório o adicional após determinados períodos de exercício. São critérios regionais,

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 169-173, 1973

de adequação da vantagem às possibilidades do orçamento de cada Administração, que em nada desfiguram a sua natureza e efeitos. (grifei) (Op. cit. págs. 403 e 404)

7. De todo o exposto, entendemos que:

- a) — Descabem ao suplicante quinquênios ou triênios.
- b) — Os avanços quinquenais auferidos pelos funcionários em atividade na Justiça Militar do Estado, antes da revogação expressa da lei concessora, devem ser mantidos, porque incorporados ao seu patrimônio jurídico, não atingindo a Lei n.º 6.156 as situações já definitivamente constituídas.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 23 de dezembro de 1972.

José Joaquim Monteiro  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2294/CGE

##### APOSENTADORIA.

Contagem de tempo de serviço ficto ou valorizado.

Revogação da legislação anterior ao advento da Constituição Federal de 1967.

Prazo de sobrevida.

Mantença das situações decididas e consolidadas sob a égide de exegese aceita pela Administração.

P. Z., Auxiliar de Ensino, padrão M-1-7, matrícula n.º . . . . 93.766, lotada no Grupo Escolar “Professor Serapião Mariante”, no Município de Caxias do Sul, solicitou ao Senhor Secretário da Administração a sua aposentadoria por tempo de serviço.

Ao requerimento juntou três certidões de tempo de serviço, respectivamente, fornecidas pela Prefeitura Municipal de Nova Prata, pelo Colégio Sta. Maria Goretti (estabelecimento particular) e pelo Tesouro do Estado, somando ao todo o tempo que entende necessário ao deferimento do pedido.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

Na Unidade de Registro Funcional da SENA, levantou-se dúvida quanto ao cômputo do tempo prestado ao Colégio Santa Maria Goretti, visto que a interessada "não pode intercalar magistério particular, quando em licença de interesses particulares, pois mantém vínculo com o município."

Em razão dessa situação, o pedido foi indeferido, mas, a seguir, é solicitada a reconsideração do despacho, arguindo-se, na oportunidade, fosse ouvida a Assessoria Jurídica da Pasta da Administração.

O processo examinado, nesse Setor, colheu informação admitindo a procedência dos fundamentos que embasaram o indeferimento, de vez que a requerente, enquanto esteve a serviço no Colégio Santa Maria Goretti, mantinha ainda vínculo com a Prefeitura de Nova Prata, na qual, desde o ano de 1956 até 1964, estaria gozando licenças para tratamento de interesses particulares. Entendeu, pois, essa Assessoria que, em razão dessa situação de funcionária municipal licenciada, não poderia, durante esse lapso de tempo, computar período em que esteve a serviço de estabelecimento de ensino particular, cujo cômputo era permitido pela Lei n.º 4.473, de 4 de janeiro de 1963, onde em seu art. 1.º se lia:

" Será contado, para efeito de aposentadoria, o tempo de serviço que o servidor público estadual prestou ao magistério particular, de qualquer grau de ensino, reconhecido, fiscalizado ou não, pela União, Estado ou Município."

O Senhor Coordenador dessa Assessoria Jurídica, após concordar com a manifestação supra, esclarece que:

" É pacífico, na jurisprudência administrativa, ser vedado ao servidor o exercício de cargo ou função pública enquanto em licença para tratamento de interesses, prevista no Estatuto (salvo se se tratar, obviamente, de cargos acumuláveis). Assim se manifestou, sobre matéria idêntica, o antigo Conselho do Serviço Público:

" O funcionário licenciado para tratar de interesses particulares não pode exercer outra função pública, civil ... " (in Parecer n.º 4528)

Se assim é em relação ao serviço público, pela mesma razão não poderia ser computado o tempo de magistério, de professor municipal ou estadual licen-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

ciado, prestado ao **ensino particular**. No entanto, como discutir a licitude de, na condição de afastado temporariamente do magistério público, lecionar em escola particular?"

Por derradeiro, antes de concordar com solicitação de que fosse ouvida esta Casa, lembra, ainda, que "outro é o regime constitucional que o da época do diploma determinando contagem de tempo de serviço particular".

Dito pronunciamento foi aprovado pelo Senhor Secretário da Administração e o processo veio ter a esta Consultoria-Geral, onde foi protocolado sob n.º 1848/72.

É o relatório.

Percebe-se, desde logo, uma irregularidade na situação funcional da postulante, quando ainda pertencente aos quadros funcionais da Prefeitura Municipal de Nova Prata, pois estaria gozando licenças continuadas para tratamento de interesses particulares, de 1956 a 1964, infringindo disposições da Lei Municipal n.º 147, de 6 de agosto de 1952, que aprovou o Estatuto dos Funcionários daquele município, cujos arts. 146 e 147, estão vazados nos seguintes termos:

" Art. 146 — O funcionário, depois de dois anos de exercício, poderá obter licença para tratar de interesses particulares, sem vencimentos.

Art. 147 — Só poderá ser concedida nova licença, depois de decorridos dois anos, da terminação da anterior."

Tem-se, pois, que a suplicante não poderia gozar licença para tratamento de interesses particulares pelo prazo de oito anos, como de fato ocorreu, sem as interrupções prescritas no próprio Estatuto do Município. Essa irregularidade é flagrante e inconteste, mas, no caso em apreciação, não altera a solução que deva ser dada ao pedido. Quem poderia se insurgir contra essa irregularidade seria a Prefeitura de Nova Prata, onde esteve ela vinculada desde 1940 até 8 de abril de 1964, "data em que foi desligada por haver sido contratada pelo Estado." (sic fls. 4-CGE)

Cabe examinar, isso sim, se é possível o cômputo do tempo de serviço prestado em estabelecimento particular durante o lapso de tempo em que a requerente esteve em licença na Prefeitura de Nova Prata. Não fosse o surgimento de fato novo, en-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

tenderíamos que sim. E isso porque seria situação legalmente prevista na Lei n.º 4.473/63 e, dessa forma, nenhum óbice se depararia à contagem de tempo desse serviço. Não se deve perder de vista que, embora a postulante estivesse no exercício de suas funções municipais, poderia ela, perfeitamente, exercer outra função de magistério público, sem que tal situação importasse em qualquer ilegalidade, porquanto se trata de funções cuja acumulação ainda está ao abrigo de disposição constitucional.

Entretanto, desde a promulgação da Constituição Federal de 1967, foi alterado, fundamentalmente, o critério de cômputo do tempo de serviço para fins de aposentadoria. Para um melhor entendimento da matéria, porém, mister se torna que se faça um exame do anterior texto constitucional, promulgado em 18 de setembro de 1946, cujo artigo 191, assim dispunha sobre o instituto da aposentadoria, "verbis":

" Art. 191 — O funcionário será aposentado:

- I — por invalidez;
- II — compulsoriamente, aos 70 anos de idade.

§ 1.º — Será aposentado, se o requerer, o funcionário que contar 35 anos de serviço.

§ 2.º — Os vencimentos da aposentadoria serão integrais, se o funcionário contar 30 anos de serviço; e proporcionais, se contar tempo menor.

§ 4.º — Atendendo à natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir os limites referidos em o n.º II e no § 2.º deste artigo."

Da simples leitura da predita norma vê-se que, naquela época, a aposentadoria ocorria compulsoriamente aos 70 anos de idade e, voluntária, se o funcionário contasse com 35 anos de serviço, sendo tais limites, de idade e de tempo de serviço, os limites máximos a que estavam adstritas as leis sobre aposentadoria, tanto na órbita federal, como na estadual ou municipal. Quanto à redução desses limites, — como bem frisou o Parecer n.º 1019/DAJ, da lavra do Consultor Jurídico ADAURY PINTO FILIPPI, "verbis":

" ... aquela Lei Maior continha norma permissível de extensão geral podendo tanto os Estados-Membros co-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

mo os Municípios legislar no sentido de modificá-los para menos, pois outra não seria a exegese do § 4.º do mesmo art. 191: "Atendendo à natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir "os limites referidos em ...".

Assim, na vigência da Constituição de setembro de 1946, claro se entenda que os Estados-membros e os Municípios eram impedidos de legislar aumentando os limites de idade e de tempo de serviço, para fins de aposentadoria, além dos consignados naquela Lei Maior; poderiam, porém, a teor do art. 191, § 4.º, reduzir tais limites. E, nesse sentido, veja-se o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES (in "Direito Municipal Brasileiro", pág. 212, ed. 1957):

" Os limites de tempo da aposentadoria não podem ser aumentados pelos Municípios, mas podem ser reduzidos a benefício dos funcionários, o que, aliás, já tem sido feito em muitos casos!"

Realmente, o disposto no § 4.º do artigo 191 era de molde a facultar a diminuição de limites do tempo de serviço, no que entendia com o direito da aposentadoria, nas três esferas: federal, estadual e municipal, desde que a redução desses limites se operasse "atendida a natureza especial do serviço".

Por via de consequência, deu-se o surgimento de várias normas estaduais, instituidoras do chamado "tempo ficto ou valorizado", que foram promulgadas, inicialmente, para premiar o exercício em locais de trabalho considerados: insalubres; com risco de vida; em contato com portadores de doenças infecto-contagiosas; etc. Posteriormente surgiu a Lei n.º 4.473, de 4 de janeiro de 1963, que mandava computar, como de serviço público, o tempo prestado ao Magistério Particular e, por último, a chamada Lei Suely (Lei n.º 4.585/63) que acrescia, pura e simplesmente, 1/6 no tempo de serviço do funcionário, sem lhe exigir nenhum trabalho além do normal, nem renúncia alguma.

Com o advento da Constituição do Brasil de 1967, como acima frisamos, novo regime de aposentadoria foi instituído ao funcionalismo, sendo determinado nesse diploma que:

" Art. 100 — O funcionário será aposentado:

- I — por invalidez;
- II — compulsoriamente, aos 70 anos de idade;
- III — voluntariamente, após 35 anos de serviço.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

§ 1.º — No caso do n.º III, o prazo é reduzido a 30 anos para as mulheres.

§ 2.º — Atendendo a natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a 65 e 25 anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória, e a facultativa, com as vantagens do item I, do art. 101.” (grifamos)

Ainda, no mesmo diploma legal, em seu art. 177, § 1.º, ficou assentado:

“ 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, apresentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação.”

Como se vê, a citada regra concedeu, durante o período de um ano, sobrevida à legislação vigente na data da Constituição, ou seja, até 15 de março de 1968, no que dispunha sobre aposentadoria.

Com efeito, o predito art. 100 da Magna Carta de 1967, embora inserindo em seu texto os mesmos limites contemplados pela Constituição de 1946 — 70 anos de idade e 35 anos de serviço, respectivamente, para aposentadoria compulsória e voluntária — apresenta, todavia, a primeira exceção no seu § 1.º, quando, para os funcionários do sexo feminino, o limite de tempo é reduzido para 30 anos, e no seu § 2.º, quando restringe a competência de legislar, retirando-a, taxativamente, dos Estados e dos Municípios, consoante lhes assegurava o diploma magno de 1946.

Dessarte:

“... os servidores que viessem a implementar todas as condições necessárias pela legislação anterior, dentro do prazo previsto no art. 177, § 1.º, poderiam aposentar-se de outra maneira do que a prevista no art. 100, item III, da mesma Constituição.

Com o novo regime de aposentadoria, não mais poderão os Estados-membros (Parecer n.º 280/GAJ) reduzir os limites de idade e de tempo de serviço que

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

ensejam a aposentadoria, o que só poderá ser feito através de lei federal (Constituição de 1967) e de lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República (art. 103 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969).

Sendo os dispositivos constitucionais de aplicação imediata, o art. 100, § 2.º, da Constituição de 1967 tornou sem efeito, após a decorrência do prazo do art. 177, § 1.º, qualquer legislação pertinente à matéria que não fosse posterior à mesma Carta Magna e de acordo com os artigos supra citados.” (grifei — in Parecer n.º 995/DAJ, da lavra da Consultora Jurídica CLARITA GALBINSKI)

No mesmo sentido, as Câmaras Cíveis Reunidas, ao examinar pedido de contagem de tempo ficto, objeto de Mandado de Segurança n.º 12.665, em determinado trecho, assim teve oportunidade de se pronunciar, verbis:

“ A Constituição do Brasil de 1967, no art. 100, § 2.º, estabeleceu que, “atendendo à natureza especial dos serviços, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a 65 e 25 anos, respectivamente, para aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I, do art. 101.

A Emenda n.º 1 deu mais veemência à regra, dispondo no art. 103 que “Lei Complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.”

Em face de tais normas, resultaram revogadas as leis estaduais que, de qualquer modo, reduziam o tempo de serviço para fins de aposentadoria ” (grifei)

Ora, em decorrência dessas normas constitucionais da União, a lei estadual, como a em estudo — que manda computar tempo de serviço prestado ao Magistério Particular — com elas tornou-se incompatível, caiu, foi por elas revogada. A eventual objeção de que o que proibe o art. 103 da Constituição Federal vigente é a redução do tempo de serviço somente pelo cômputo de tempo ficto, não tem pertinência, porquanto tal acréscimo importa,

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

efetivamente, na redução do tempo de serviço público, daí incidir, a legislação estadual, nesse sentido, na proibição constitucional.

Efetivamente, com o advento da Constituição Federal de 1967, neste particular referendada e reforçada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não mais se admite na contagem de tempo de serviço público, para fins de inativação, critérios oriundos de legisladores, seja da órbita federal, estadual ou municipal, que visem, por meios diretos ou indiretos, a reduzir o tempo mínimo fixado na *lex fundamentalis* para ensejar o benefício, mediante manifestação de vontade do interessado.

De fato, as leis, até então existentes, vencido o ano de sobrevivência que garantiu a Constituição Federal de 1967, tornaram-se conflitantes com o texto constitucional e por isso são consideradas ab-rogadas, quer tenham sido originadas do Poder Legislativo Federal, Estadual ou Municipal, e isso porque já a Constituição Federal de 1967 estabelecia para o futuro (art. 100, III: "a lei federal disporá") que ao legislador federal caberia, atendendo a natureza especial do serviço, reduzir os limites de tempo de serviço.

É curialmente certo, portanto, que essas normas que reduzi- am, por uma forma ou outra, tempo de serviço para aposentadoria, resultaram, inarredavelmente, revogadas.

Conseqüentemente, o critério de contagem de tempo de serviço está no campo de incidência da norma constitucional. Essa norma produz todos os seus efeitos essenciais desde logo, porque sua normatividade é suficiente ou bastante para isso, incidindo ela de maneira direta, imediata e integral, sobre o seu objeto. Trata-se, portanto, de uma norma imperativa, cuja aplicação é de tal modo abrangente, no que respeita ao sistema de contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria, que, doravante, em caso nenhum, poder-se-á computar tempo ficto ou valorizado para qualquer fim. Seu abrandamento no futuro — cumpre destacar — dependerá sempre de **nova lei** de natureza complementar, cuja iniciativa será do próprio Presidente da República, vez que a determinação é clara e taxativa, não ensejando quaisquer dúvidas.

Nesse sentido, aliás, com muita propriedade, já se manifestou esta Consultoria-Geral, através do Parecer n.º 1163, onde o Consultor Jurídico JOSÉ HUGO VALVÍRIO CASTRO RAMOS, em feliz síntese, e em determinado lance, assim se pronunciou:

" Previu, neste ponto, a Constituição que uma lei complementar estabeleça as alterações e exceções à regra geral levantada sobre o tempo de serviço para apo-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

sentadoria. Restringe, porém, o poder de iniciativa dessa legislação complementar, entregando-o, única e exclusivamente, ao Presidente da República.

A determinação sobre competência para iniciativa é clara, taxativa. Não admite alternativas nem simetrias no plano estadual ou municipal. Começa e se esgota na figura do primeiro mandatário da nação.

Não existe, assim, possibilidade de modificação do "quantum" de tempo de serviço para aposentadoria com proventos integrais, a não ser dentro da hipótese prevista pelo art. 103, já citado.

É viável que um projeto futuro, oriundo da Presidência da República, **contemple o exercício do magistério como justificador da redução do tempo exigido pelo art. 101, antes referido.** No entanto, só aquela autoridade poderá prover a respeito, enquanto vigorar a atual Constituição Federal.

Portanto, enquanto não surgir a lei complementar, provocada pelo Executivo da União, prevendo as exceções aplicáveis às normas que dispõem sobre a passagem para a inatividade, vigora a exigência de trinta e cinco (35) anos de serviço se o funcionário for do sexo masculino, e de trinta (30) anos para os do sexo feminino." (grifamos)

No tema em apreciação, como se viu, a nova Constituição de 1967 alterou de maneira fundamental o sistema anterior e isso é bastante para demonstrar que o Constituinte de 1967 objetivou revogar todas as normas que dispunham em sentido contrário. A propósito desse entendimento, eis o que escreveu o Professor HANS NAWIASKY (in "Teoria General del Derecho", trad. esp. de Zafra Valverde, Ediciones Rialp S/A — Madrid, 1962, p. 141), *verbis*:

" En cuanto el cambio constitucional lleva consigo una alteración fundamental de la estructura política, no se puede admitir también la persistencia de las leyes ordinarias que están em abierta contradicción con la nueva estructura. Respecto a ellas, hay que estimar que existe una voluntad derogatória en la Constitución."

Em outra ocasião, tivemos a oportunidade de nos manifestar através do Parecer n.º 2030, sobre a matéria ora questionada, quando, então, sustentávamos da possibilidade da contagem de

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

tempo de serviço prestado ao magistério particular, preconizado pela predita Lei n.º 4.473/63. Mas, em verdade, tal entendimento fica, agora, totalmente anulado pelas razões supra invocadas. Tanto a Lei 4.473/63, como as outras que tiveram o mesmo escopo, em estabelecendo critérios distintos para a contagem de tempo de serviço, contrários à nova disposição constitucional, ficaram, todas elas, ab-rogadas. Não existem mais. Perderam, totalmente, sua eficácia. Sua vigência, como se viu, perdurou até 15 de março de 1968.

A regra constitucional modificou por inteiro o sistema, impedindo a contagem de tempo ficto ou valorizado para a aposentadoria, que implique em redução do tempo de serviço estipulado pela própria Constituição, sem que seja previsto em lei federal. (Constituição Emendada, art. 103).

De ora em diante, como se demonstrou, à saciedade, qualquer recepção de tempo de serviço dependerá, sempre, de lei complementar da iniciativa exclusiva do Presidente da República. É provável que situações que mereçam tratamento especial para fins de contagem de tempo de serviço venham a ser admitidas, por imperativo de necessidade e de justiça, mas, como se frisou, ficarão na dependência de uma lei complementar.

Examinado o problema desde o enfoque constitucional de 1967, é oportuno, todavia, que se estabeleça um limite à aplicação da exegese que daí se extraiu. Os casos já decididos e consumados até o advento da Emenda n.º 1, de 1969, permanecem inalterados, lastreados na tese de que toda mudança de orientação arrimada em exegese até então sustentada pela Administração, não pode prejudicar as situações sob ela consolidadas.

**Ex positis**, a dúvida suscitada pelo Senhor Coordenador da Assessoria Jurídica da SENA (fls. 15), na sua parte final, tem toda procedência e, ante o exposto, não há o que deferir do pedido formulado pela Auxiliar de Ensino P. Z.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 23 de dezembro de 1972.

**Emílio Rodrigues**  
Consultor Jurídico

#### DESPACHO DO SR. CONSULTOR-GERAL

O ordenamento constitucional transitório, posto no art. 177, § 1.º da Carta Política de 1967, assegurou ao servidor que tivesse satisfeito ou que viesse a implementar até 15 de março de

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

1968, as condições marcadas na legislação anterior, o direito de jubilação com as vantagens estipuladas nas cláusulas da predita legislação.

2. Exaurido esse prazo sem merecer o favor legal até então, e já agora em caráter excepcional, vigorante, passaria o servidor, por inteiro, ao sistema implantado pela nova ordem jurídica, editada pela Constituição de 1967.

A legislação que, mesmo no plano estadual, por qualquer razão, se revelasse conflitante ou incompatível com as disposições desse novo conjunto de preceitos que passaram a disciplinar essas relações, na forma do princípio legal — de que a lei posterior revoga a anterior —, há de se ter por revogada ou, quando menos, por ineficaz e já de nem um efeito por infringente de lei maior.

3. E, tal como afirmado no Parecer 2034, norma inconstitucional não obriga, nem seria lícito à Administração acatá-la, **verbis**:

“15. Norma infringente da Constituição, não merece acatamento, sendo não só lícito à Administração como até um dever negar-lhe execução, de vez que leis portadoras de tais máculas não obrigam a ninguém, já que não chegam a constituir lei e, hoje, a jurisprudência incontroversa e dominante, sem falar na doutrina mais categorizada, proclama a faculdade que tem, tanto o Executivo quanto o Legislativo, de interpretar a Constituição e tomar decisões, de acordo com tais entendimentos, porquanto todos os poderes se encontram em um mesmo nível. Logo, na esfera de sua competência, cada qual aprecia as normas legais e, julgada inconstitucional, importa não dar aplicação.

Veja-se, no particular, a jurisprudência dominante no Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“ Estabeleceu, inicialmente, a Turma Julgadora, ser lícito à Administração, consoante reiterados pronunciamentos do Egrégio Tribunal Pleno, negar o cumprimento a dispositivos considerados inconstitucionais, socorrendo-se então os interessados, como na espécie, da intervenção do Poder Judiciário, que dará o julgamento próprio e final.

Isso porque, na orientação que se impõe em Estado de Direito, a lei inconstitucional não é lei, não obriga sequer o particular, e, muito menos, aos órgãos executivos da administração pública. Como já se tem deci-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

dido, a aparência de legalidade de que se reveste a lei ordinária, “quando afronta ostensivamente quer na sua elaboração, quer na essência, a Carta Magna, despe-se de sua própria força e autoridade.

Não somente pode, como deve, o Poder Executivo negar-lhe cumprimento, para dar cumprimento à Lei Maior, na defesa de suas prerrogativas e dos princípios institucionais do Estado de Direito”. Se a proclamação de inconstitucionalidade da lei, como dizem os impe-trantes, cabe privativamente ao Poder Judiciário, esta reserva de poder, de outro lado, não tolhe ao Executivo a faculdade correspondente de examinar a lei e de lhe negar cumprimento por não ser constitucional.

... Sendo assim, todos têm o dever de negar-lhe execução, muito embora fique sempre aberto aos interessados o recurso ao Poder Judiciário, que decidirá em última instância, por ser ele, em nosso ordenamento jurídico, o supremo intérprete da Constituição.

É, realmente, o que tem decidido a jurisprudência (cfe. “Rev. dos Tribs.”, vols. 316/545, 323/341, 329/383 etc.), com pleno apoio na doutrina (BUENO VIDIGAL, “Do Mandado de Segurança”, 1953, págs. 124/125; CAIO TÁCITO, “Anulação de Leis Inconstitucionais”, “Rev. de Direito Administrativo”, vol. 59/339; MONIZ DE ARAGÃO, “Poder de Iniciativa e Inconstitucionalidade da Lei”, “Revista de Direito Administrativo”, vol. 64/352; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Controle da Constitucionalidade”, in “O Estado de São Paulo”, de 1.º de julho de 1962).

Em suma, à Administração não somente é lícito como constitui mesmo seu dever, negar execução a uma lei que conflite com as disposições constitucionais. Uma lei em tais condições não obriga a ninguém, por não ser lei. (Acórdão do TRIBUNAL PLENO do Tribunal de Justiça de SÃO PAULO, in REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 374, p. 154/6)

.....

FRANCISCO CAMPOS mostra que os Tribunais só opinam sobre a inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-las aos casos concretos. Cada Poder, assim, tem a contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

Recusar, por conseguinte, ao Poder Executivo ou Legislativo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude de sua interpretação tomar decisões, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do País ou do Estado, o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanente (apud acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal “Revista de Direito Administrativo”, vol. 59/351).

Ou, essoutra, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em Tribunal Pleno:

“ Se o Poder Judiciário não é super-poder, encontrando-se no mesmo nível dos demais poderes, nada impede que o Executivo e o Legislativo, no campo de sua competência, apreciem a norma legal, deixado de aplicá-la, quando a julgarem inconstitucional.

Isto porque a lei inconstitucional é nula, não simplesmente anulável.

Na lição de Buzaid “a eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a” **ab initio**. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.” (“Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, pág. 129, § 58, ed. 1958) (apud “Revista dos Tribunais”, vol. 366, pp. 171/172, Pleno do Tribunal de Justiça de S. Paulo).” (ut “Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul”, vol. 2, n.º 3, pp. 234 a 247 e “Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo”, vol. 3, pp. 35/49).

4. A teor das disposições consagradas pelo ATO INSTITUCIONAL DE 1967, com as alterações da EMENDA N.º 1 de 1969, só o Governo Federal, mediante “lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República”, poderá editar norma capaz de alterar os pressupostos inscritos na Carta Federal, — quer para reduzir o tempo necessário, quer para valorizar serviços ou prever qualquer outra exceção “às regras estabelecidas” —, para modificar o mandamento concessor da aposentadoria.

Aos Estados falece competência para criar novas condições (ut art. 108, combinado com o art. 103, C. F.).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

5. Esse o magistério traçado pelo Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que, em Tribunal Pleno, ao apreciar o Recurso Extraordinário n.º 72.665-Bahia, proclamou:

“ Antes da Constituição de 1967, os Estados tinham o poder de legislar, com amplitude, no concernente ao regime de seu serviço público. Sabemos que essa prerrogativa incorreu em excessos de vária sorte, como, por exemplo, o da soma de tempos simultâneos, o da contagem em dobro ou com acréscimos proporcionais, o da redução, até para quinze anos, do mínimo exigido para a aposentadoria.

Mas o regime constitucional vigente inovou, nesse particular e, praticamente, extinguiu a liberdade de ação de que os Estados gozavam.

O regime do serviço público tem suas normas básicas fixadas nos artigos 97 a 111 da vigente Constituição. Estatui expressamente o art. 108 que o disposto em toda a seção referente ao funcionalismo se aplica aos funcionários dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O art. 112, § 3.º, prescreve que o tempo de serviço público — federal, estadual ou municipal — será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma da lei. E o art. 103 declara: “lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade”.

Vê-se, assim, que, sob a atual Constituição, o regime jurídico de todo o funcionalismo está balizado pelo direito federal, e que somente este pode dispor sobre tempo de serviço.

Não indago, nem me compete fazê-lo, se esse regime é o melhor. Mas é o que está delineado na Constituição, que contém, a respeito, todas as normas básicas, a serem complementadas por lei federal nos termos do citado art. 103.

Penso, pelo exposto, que o acórdão recorrido vulnerou o princípio constitucional da separação de Poderes, quando, sob o fundamento da isonomia, atribuiu aos juízes do Estado da Bahia, um tempo de serviço de que a legislação local não cogita.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 173-187, 1973

Por outro lado, contrariou o art. 103 da lei maior, segundo o qual somente o Congresso Nacional, por via de lei complementar, pode estabelecer exceções às regras gerais concernentes a tempo de serviço, para aposentadoria ou disponibilidade. A contagem de tempo de natureza privada, como o de advocacia ou de magistério particular, importa em redução indireta do tempo de serviço público para a aposentadoria, o que, já agora, só a lei complementar pode determinar.

Tenho como inadequada a invocação da jurisprudência do Supremo Tribunal, porque os acórdãos indicados dizem respeito à aplicação de leis estaduais, no período anterior à Constituição de 1967.

Por todo o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para reformar a sentença e julgar a ação improcedente.” (grifei, ut RTJ n.º 61, pág. 240).

6. Em tais condições e porque nessa linha de pensamento se coloca o autor do parecer de fls., n.º 2294, Consultor Jurídico EMÍLIO RODRIGUES, é que o acolho e adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

7. Anote-se, ordene-se o processo e numerem-se as folhas.

8. À vista da relevância da matéria submeto o assunto à judiciosa deliberação de Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado.

Em 29/12/1972.

**Orlando Giraldi Vanin**  
Consultor-Geral do Estado

#### PARECER N.º 2266/CGE

PERDA DE CARGO, por decisão judicial em processo criminal. Inabilitação para o desempenho de função pública. O ato de readaptação de quem não é funcionário, ou se encontra inabilitado para o exercício da função pública, é nulo.

A — Em razão de fatos relatados em ofício do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito de Santa Rosa, dirigido ao Sr. Delegado Regional de Polícia da mesma localidade, foi instaurado Inquérito Policial contra o Delegado de Polícia M. S. dos S., acusado de sevícias nas pessoas de A. M. de M. e outros.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

Concluído o Inquérito, foram os autos respectivos encaminhados ao Conselho Superior de Polícia, o qual, em data de 19 de setembro de 1968, deliberou instaurar contra o aludido Delegado o competente Processo Administrativo.

Em 3 de outubro de 1969, o mesmo Conselho Superior de Polícia deliberou pela absolvição do acusado, por falta de provas.

Todavia, encaminhado o servidor a exame na Diretoria de Biometria Médica, opinou esta "pela incapacidade total e definitiva para o cargo. Deve ser encaminhado à Comissão de Readaptação, de acordo com o art. 48 da Lei n.º 1751. Poderá ser aproveitado em funções que não exijam o uso de armas ou que envolvam atividades policiais" (Laudo n.º 13.717, de 14 de dezembro de 1970).

Face a tal pronunciamento, e ouvida a Comissão de Infortunística, Medicina Ocupacional e de Readaptação foi o Delegado de Polícia M. S. dos S. readaptado no cargo de Oficial Administrativo, padrão 12, do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, por ato do Exmo. Sr. Governador do Estado, publicado no Diário Oficial de 21 de junho de 1971.

Entretanto, o mesmo Delegado de Polícia era processado perante a Justiça Criminal, denunciado que fora como incurso "nas sanções do art. 3.º, letra "i", e art. 4.º, letra "a", tudo da Lei n.º 4898, de 9/12/65, denúncia que se fundou em representação partida de E. D. e C. D.

Em tal processo, o Delegado de Polícia M. S. dos S. foi condenado "à perda do cargo de Delegado de Polícia, e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública, pelo prazo de 3 anos...", consoante sentença de 24 de setembro de 1968, do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito de Três de Maio, confirmada por acórdão da 2a. Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado, em 28 de maio de 1969.

De tal decisão, a administração pública tomou conhecimento através de ofício do Juizado de Direito de Três de Maio, datado de 12 de maio de 1972, recebido na Secretaria de Segurança Pública em 31 do mesmo mês.

Diante do fato de que, como refere a certidão de fls. 117 destes autos "... o prazo de três anos de inabilitação de qualquer outra função pública decorreu em 25 de setembro de 1971", entendeu o Sr. Secretário da Administração de encaminhar o processo a esta Consultoria-Geral do Estado, para emitir Parecer.

B — A matéria reveste-se de singeleza. O funcionário em causa perdeu o cargo que detinha, de Delegado de Polícia, por ato judicial, como se referiu.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

Esta pena imposta ao funcionário, embora suspensa durante o tempo em que se processava o recurso manifestado para o Tribunal de Justiça, independia de qualquer ato da Administração para se tornar efetiva, tendo se operado **pleno jure** tão logo transitado em julgado o acórdão que a confirmou.

Qualquer ato que a Administração houvesse por bem de praticar em decorrência da aludida sentença, seria meramente declaratório, sem qualquer caráter constitutivo de direito ou situação.

Tem-se, assim, que, por ocasião da edição do ato pelo qual se readaptou o aludido servidor, este já não era funcionário público de direito, de vez que havia perdido seu cargo por decisão judicial, nessa altura já confirmada por acórdão do Tribunal de Justiça, transitado em julgado.

Ora, consoante a regra estatutária, "readaptação é o aproveitamento do **funcionário** em cargo mais compatível com a sua capacidade física ou intelectual e vocação." (art. 47 da Lei n.º 1.751/52)

É, assim, processo ou forma de provimento de cargo que exige, como requisito indispensável, que o readaptado detenha o **status** de funcionário.

Falhando esse pressuposto, tal como ocorreu na hipótese em exame, o ato é nulo e destituído de condições para produzir efeitos no mundo jurídico.

Aliás, a esta circunstância outra se soma, conduzindo ao mesmo destino o ato readaptativo: ao tempo da sua edição (21 de junho de 1971), estava o ex-policia M. S. dos S. inabilitado para o exercício de qualquer função pública, eis que, consoante e já referida Certidão de fls. 117, tal pena, também contida na sentença, durou até 25 de setembro de 1971, ainda que correta fosse a forma de contagem do tempo de inabilitação.

A incapacidade absoluta do readaptado, tanto por lhe faltar a condição de funcionário, como por estar à época inabilitado para o exercício de função pública, torna o ato irremediavelmente nulo, nos termos do art. 145 do Código Civil, e tal nulidade pode ser declarada "ex-officio" pela Administração Pública, consoante iterativa orientação dos tribunais pátrios, hoje sumulada (Súmula 346).

A circunstância de haver o ex-policia continuado no exercício das funções que lhe competiam como Delegado, tendo depois passado a exercer as funções de Oficial Administrativo, caracteriza-o como funcionário de fato a partir do momento em que perdeu o cargo público que detinha, por decisão judicial.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

Como ensina RUIZ Y GOMEZ, são características essenciais da noção de funcionário de fato: a) o exercício anormal de uma função pública, seja por irregular, seja por permanência além do termo normal para esse exercício; b) o exercício plausível. (Principios Generales del Derecho Administrativo, 1955, pág. 503).

Com respeito a tais exercentes de função pública, no que respeita às suas relações com a Administração, a partir do exercício "de facto" da função pública, tem a doutrina francesa, fundada no princípio de que não é permitido à Administração locupletar-se com o trabalho alheio, reconhecido, a tal servidor, direito à indenização "pro labore facto". Essa tem sido a orientação adotada sem discrepância, por esta Consultoria-Geral, como se vê dos Pareceres n.ºs 838, 996, 928 e 1893.

Diante de todo o exposto, somos de parecer que à Administração incumbe declarar nulo o ato de readaptação publicado no Diário Oficial do Estado de 21 de junho de 1971, dispensando, de logo, os serviços do ex-funcionário policial M. S. dos S., que, inobstante, fará jús ao recebimento das parcelas correspondentes ao cargo cujas funções vem desempenhando na condição de funcionário de fato, até o dia de sua dispensa.

Este é o Parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 21 de dezembro de 1972.

Ney Sá  
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SR. CONSULTOR-GERAL

SENHOR GOVERNADOR,

Tenho a honra de me dirigir à Vossa Excelência a fim de submeter à sua judiciosa consideração o Parecer n.º 2266, da lavra do Consultor Jurídico NEY SÁ, que acolho e adoto como entendimento da Consultoria-Geral do Estado.

2. Aprecia-se, na espécie, a situação funcional do ex-Delegado de Polícia M. S. dos S., de 2ª Categoria, padrão 11, matrícula n.º 97.462, lotado na Delegacia de Polícia de São Pedro do Sul — Secretaria da Segurança Pública —, no que concerne aos efeitos defluentes da sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Três de Maio e confirmada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado, que o condenou pela prática do ilícito de abuso de autoridade, na forma prevista no art. 3.º, letra "i" e artigo 4.º, letra "a", da Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

3. Eis a configuração legal do delito:

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

Art. 3.º — Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

Art. 4.º — Constitui também abuso de autoridade:

a) — ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem formalidades legais ou com abuso de poder."

E a pena preconizada na r. sentença de fls. 22:

Art. 6.º — O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal.

§ 3.º — A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos arts. 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

c) — perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos."

A medida repressiva desenhada na letra "c" do § 3.º do artigo 6.º da lei em questão não se confunde, como bem acentuou o ilustre prolator da sentença de fls. 18-23, com a pena acessória de perda da função pública, na forma prevista no artigo 68 e incisos do Código Penal. Isso porque, *in hac specie*, a sanção imposta assume características de pena principal, embora, à semelhança da pena acessória, tenha posto termo *ex-abrupto* à reação estatutária.

A Lei especial, de que ora se cogita, a exemplo do princípio firmado no inciso I do art. 68 do Código Penal Brasileiro, deu tipificação legal ao delito de abuso do poder, sancionando-o com cominações que produzem efeitos na esfera civil, penal e administrativa.

4. A doutrina do Direito Administrativo tem firmado, através do magistério de seus mais ilustres doutrinadores, entre outros BONNARD, WALINE, SANTI ROMANO, VITTA, D'ALESSIO, LABAND, MEUCI, PETROZZIELLO, CRETTELLA JÚNIOR, e, igualmente, dos mais categorizados Pretórios, o princípio geral da incomunicabilidade das instâncias administrativa e judicial.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

Cuidam os preclaros mestres, a exemplo do que se contém na lei civil brasileira (ut art. 1.525 do C. C.), de ressaltar as hipóteses em que, reconhecida a materialidade do fato criminoso "ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime", não se pode mais questionar sobre elas.

Aplicando esses conceitos, o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao conhecer o Recurso Extraordinário n.º 50.722 — GB, em Acórdão relatado pelo insigne ministro RIBEIRO DA COSTA, decidiu que:

" Se a justiça criminal negar o fato ou a autoria, já não será possível, com base nele, manter a demissão, pois cumpre observar o princípio segundo o qual, embora sejam independentes a responsabilidade civil e criminal, não mais se poderá questionar no cível sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime (Código Civil, art. 1.525). No caso, o **Juiz Criminal não negou o fato nem a autoria.**" (...) (Apud "Referências da Súmula do STF," vol. 1/240, de Jardel Noronha e Odaléa Martins — grifei)

5. Na espécie versada nos autos, ao servidor público foi imputado o cometimento de dois delitos funcionais: atentado à incolumidade física dos prisioneiros sob sua guarda e ordenação e/ou execução de medida privativa de liberdade sem as formalidades legais ou com abuso de poder. Em virtude disso, foi processado perante o juízo criminal, oportunidade em que não só foi reconhecida a materialidade do crime, senão também comprovada a sua autoria.

A partir do Acórdão, com trânsito em julgado no juízo **ad quem** (fls. 117) — confirmando integralmente a sentença do juiz singular —, estava o servidor totalmente desligado da função pública; vale dizer: a medida judiciária retirou-lhe o status de funcionário público, pondo termo **pleno iure** à relação regradada pelas normas estatutárias.

6. Antecipando-se, todavia, à conclusão do inquérito e ao pronunciamento judicial, a Administração Pública promovera a readaptação do funcionário que, submetido a exame no Departamento de Perícia Médica (fls. 3), fora declarado por aquele Órgão como total e definitivamente incapaz para o exercício de suas funções policiais.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

O ato administrativo que se manifestou pela readaptação do servidor (fls. 16 e seguintes), datado de 21 de junho de 1971, padece de vício insanável, sendo nulo de pleno direito, pois — além de ofender a coisa julgada, frustraria o cumprimento de decisão judicial — ferindo preceito expresse — capítulo VII, título I — do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Veja-se o art. 47:

" — Readaptação é o aproveitamento do **funcionário** em cargo mais compatível com a sua capacidade física ou intelectual e vocação."

A norma reproduzida tem por destinatários, evidentemente, os indivíduos que detêm efetivamente a qualidade jurídica de funcionário, o que não se deu, na espécie, pois o servidor perdera o seu **status** funcional, muito antes do ato administrativo readaptatório, e mediante sentença judiciária com trânsito em julgado (fls. 117).

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, examinando o instituto jurídico da readaptação, em magistral lição que se harmoniza com a tese ora versada, pondera:

" Corolário da estabilidade, que assegura ao **funcionário** a prestação de serviço público, aparecia a **readaptação** como **possibilitadora da permanência nos quadros** e da continuidade dos esforços daqueles que, **inadaptados** num cargo por motivos psíquicos ou orgânicos, tinham a oportunidade, quando transferidos, de desempenhar atividades positivas, eficientes.

Desse modo o **funcionário** às vezes considerado inútil em certa carreira ou em dado cargo poderá ter o seu moral levantado e tornar-se eficiente por meio da aplicação desse novo instituto, que atende mais ao drama moral e social, que se desenrola no indivíduo bem formado, em condições de trabalhar, e obrigado a aceitar a aposentadoria." (Apud "Regime Jurídico do Funcionário Público," ed. de 1964, fls. 384 — grifei)

Igualmente valioso para o desate da questão é o parecer da lavra do Consultor Jurídico do DASP, Doutor CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, onde está consignado o princípio de que o instituto da readaptação

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

“ não prescinde da titularidade, pelo readaptado, de um cargo efetivo, a ser transformado em outro, da mesma natureza, mais compatível com as atribuições cometidas ao funcionário durante o período legal do desvio.

Destarte, os recursos de atos denegatórios de readaptação ainda pendentes, cujos recorrentes já faleceram, ou se aposentaram, ou, por qualquer modo, não mais são titulares de cargo efetivo, devem ser arquivados por impossibilidade material de provimento, na inexistência do elemento (titularidade de cargo efetivo a transformar-se) ensejador do instituto.” (Apud RDA, vol. 99, fls. 319 — grifei)

A Consultoria-Geral da República, igualmente, através de trabalho emitido por um de seus mais ilustres titulares, o Prof. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, analisando a situação de quem não sendo mais titular de cargo — aposentado ou falecido — mostra a impossibilidade de aplicação do instituto em referência, com estas palavras:

“ Ora, se por ocasião de concretizar-se a medida, o servidor não é titular do cargo a ser transformado, por isso que se aposentou ou faleceu, é óbvia a impossibilidade material de sua formalização.” (In RDA, vol. 96, fls. 164).

Sobreleva ponderar que se os órgãos Consultivos da Administração, tais como o DASP e a Consultoria-Geral da República, afastam, por ser despicienda, a tese da readaptação de funcionário que não mais titulariza cargo público, seja em virtude de aposentadoria ou falecimento, mais clara e evidente, então, ressaltará a ilicitude do ato administrativo concessório de readaptação, quando o funcionário não for mais titular do cargo público porque o perdeu em razão de pronunciamento judicial, como ocorre na espécie *sub examine*.

A readaptação, no caso, exsurgiu de ato administrativo nulo, razão pela qual deverá ser desfeita, mediante pronunciamento revocatório do Poder Público.

7. A faculdade concedida à Administração Pública de rever seus próprios atos, quando eivados de nulidade, constitui questão pacífica na jurisprudência pretoriana e assente no magis-

tério doutrinário, encontrando-se, inclusive, consubstanciada na Súmula n.º 346 da Suprema Corte Judiciária do País.

Concisamente o expressa FRANCISCO CAMPOS, lúcido doutrinador pátrio, *verbis*:

“ É certo, porém, que os atos administrativos podem ser eivados de vícios que os tornam inválidos, como é o caso, por exemplo, quando praticados em violação das regras jurídicas a que eles deviam conformar-se. Nessa hipótese é comumente admitido que à própria Administração cabe rescindir as suas decisões. (Herl, ob. cit., pág. 212; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 1929; Fleiner — Kormann, *System des Rechts Gescheftlichem Staatsakte*, pág. 42.” (Pareceres, 1934, pág. 239)

No direito português predomina a mesma orientação, assim versada, nas precisas expressões de um de seus expoentes máximos, Professor MARCELLO CAETANO:

“ Nos casos em que a revogação se funde na ilegalidade do ato, a destruição deste equivale a um reconhecimento de nulidade que o fere e atinge logicamente os efeitos já produzidos, como na anulação contenciosa. A revogação opera então *ex-tunc*.” (“Manual de Direito Administrativo”, 1947, pág. 483)

8. O ato administrativo revocatório, apagando os efeitos defluentes da readaptação concedida ao arrepio das disposições estatutárias terá eficácia *ex-tunc*, retroativa, abrangendo toda a situação passada e a restabelecendo, como se o ato nulo de readaptação jamais tivesse existido.

9. Como se pondera, contudo, no parecer de fls., deve o ex-funcionário receber os estímulos relativos ao período em que, na qualidade de funcionário de fato, exerceu as funções de Oficial Administrativo na DRP de Santa Maria. Essa, aliás, é a solução preconizada pelo Supremo Tribunal Federal, quando, conhecendo o mandado de segurança n.º 9.757, relatado pelo Ministro PEDRO CHAVES, decidiu:

“ Usando do mesmo método, poderíamos dizer que a falta do título ou condição legal, ou a simples irregularidade na investidura, nomeação, posse e exercício, fazem do funcionário público um funcionário de fato, ao

passo que a figura do usurpador se caracteriza pela ausência de qualquer título legal ou irregular que seja, daquele que por motivo próprio movido pela violência ou clandestinamente se investe na função pública e a exercita. (...)

No entanto, quando passo a examinar a situação do funcionário de fato, é geral a opinião dos doutores pela sua validade (de seus atos), que procuram sustentar, ou na teoria do erro comum ou pela da investidura plausível, ou ainda pela da presunção da legitimidade do ato administrativo. Ora, proclamada a validade dos atos praticados pelos funcionários de fato, não há como se negar sejam eles fontes de direitos e obrigações. **Ao funcionário, cabe indiscutivelmente o direito aos vencimentos e assim à Administração Pública não é lícito deixar de pagá-los ao funcionário de fato que lhe prestou serviços.** (In RDA, vol. 74, fls. 191 — grifei)

Esse, por igual, o entendimento da Consultoria-Geral da República. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, quando Consultor-Geral da República, acentuou:

“ De um modo geral, portanto, o funcionário de fato é aquele que exerce o cargo sem investidura, ou em virtude de uma investidura irregular, por defeito de fundo ou de forma. Dentro destas duas hipóteses é que se desenvolve a doutrina.

Parecem-nos acertadas, porém, a definição de VITTA e a discriminação que a acompanha. Segundo VITTA o funcionário de fato é aquele que “detém irregularmente o cargo, pela falta ou irregularidade do seu provimento ou por ter sobrevivido um vício que haja tornado irregular a permanência do mesmo no cargo.”

Pode consistir a irregularidade no seguinte:

1) Falta de investidura (usurpação); 2) Criação irregular do cargo; 3) Designação feita por autoridade incompetente; 4) Nomeação sem os requisitos legais; 5) Omissão das formalidades exigidas (anteriores ou posteriores; compromisso; fiança, etc.); 6) **Ocupação do cargo, precedendo causas extintivas da relação;** 7) Substituição ou delegação ilegal. (...)

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 187-197, 1973

Existem três teorias para justificar a legitimidade desses atos (praticados por funcionários de fato), a saber: a) Teoria do erro comum; b) Teoria da investidura aparente; c) Teoria do interesse público.

Qualquer uma dessas teorias, cuja análise merece um longo exame doutrinário, conduz à mesma conclusão — a legitimidade dos atos praticados por esses funcionários de investidura aparente, irregular ou de fato.” (In RDA, vol. 43, fls. 368-370 — grifei)

10. Dessas ponderações doutrinárias, o desempenho das funções do cargo de Oficial Administrativo pelo servidor M. S. dos S. configura inequívocamente a ficção jurídica do **exercício de fato**, porquanto a readaptação fora precedida de uma causa extintiva da relação estatutária — perda do cargo resultante de sentença judiciária.

E, ainda, se, por orientação jurisprudencial, presumida é a validade dos atos praticados pelo ex-servidor na função desempenhada de fato, razão maior haverá para que o Poder Público lhe confira a respectiva contraprestação pecuniária do trabalho efetivamente prestado.

11. Esses os argumentos, Senhor Governador, que, adicionados aos judiciosos fundamentos do Parecer n.º 2266, levam-me a acolher o referido trabalho, com o que submeto o assunto ao judicioso conhecimento e deliberação de Vossa Excelência.

Colho o ensejo para renovar-lhe, Senhor Governador, vivas expressões de elevado apreço e distinta consideração.

**Orlando Giraldo Vanin**  
Consultor-Geral do Estado

#### PARECER N.º 2231/CGE

DOAÇÃO — Com encargo e gravada com cláusula de inalienabilidade.

“Autoriza a doação de terrenos à Cooperativa Habitacional dos Servidores da Brigada Militar Ltda.”, este o texto da ementa que introduz a Lei n.º 6.410, de 25 de agosto de 1972, publi-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 197-204, 1973

cada no Diário Oficial do Estado, da mesma data, que é submetida a exame e parecer desta Unidade de Assistência Jurídica, por ordem do Senhor Consultor-Geral do Estado, a fim de serem respondidas as seguintes indagações:

- a) se as casas a serem construídas sobre os terrenos, **doados pelo Estado**, poderão ser objeto de transação entre os interessados, vale dizer, entre a Cooperativa Habitacional e os oficiais aos quais se destinam;
- b) se estão excluídos do uso, gozo e fruição das mesmas casas, os suboficiais, bem assim os aspirantes a oficiais.

É o relatório.

Estabelece o "caput" do art. 1.º, da Lei n.º 6.410/72, e seu artigo 2.º, o que segue:

" Art. 1.º — É autorizado o Estado a transferir, gratuitamente, para o patrimônio da Cooperativa Habitacional dos Servidores da Brigada Militar Ltda., com sede nesta Capital, os seguintes imóveis, situados nesta cidade:

- a) ..... "omissis" .....
- b) ..... "omissis" .....

Art. 2.º: Os imóveis objeto desta Lei destinam-se à construção de residências para oficiais da Brigada Militar, revertendo ao patrimônio do Estado, sem direito a qualquer indenização, se lhe for dado outro destino, ficando ainda gravados com a cláusula de inalienabilidade." (Grifei)

Da leitura da Lei excogitada ressaltam, "prima facie", três aspectos de sua importância, quais sejam:

- a — o ato de doação realizado pelo Estado fez recair sobre os imóveis doados cláusula de inalienabilidade;
- b — o fato de os terrenos gravados destinarem-se a um único e exclusivo fim, ou seja, construção de residências;
- c — o fato de as residências construídas destinarem-se, exclusivamente, a oficiais da Brigada Militar.

A Lei n.º 6.410/72 foi editada já na vigência do atual Estatuto da Brigada Militar do Estado — Lei n.º 6.195, de 15 de janeiro de 1971.

O novo Estatuto veio substituir a Lei n.º 1.753, de 27 de fevereiro de 1952, que estabelecia no Capítulo III — Da Hierarquia — artigos 16, 17, 18, 19 e 20, "in verbis":

" Art. 16 — Hierarquia — conjunto ordenado de postos e graduações — é assim constituída na Brigada Militar:

a) Oficiais:

superiores: { Coronel  
Ten. Coronel  
Major  
Capitão

subalternos: { 1.º Tenente  
2.º Tenente

b) Praças especiais: Aspirante a Oficial e aluno do C. F. O.

c) Praças:

Graduados: { Subtenente  
1.º Sargento  
2.º Sargento  
3.º Sargento  
Cabo  
Soldado

Art. 17 — A situação legal do militar é definida pelo posto ou graduação e função correspondente em que estiver investido.

Art. 18 — Posto é o grau hierárquico dos oficiais, conferido por decreto do Governo e confirmado pelo "Título"; graduação é o grau hierárquico das praças, conferido pela autoridade competente.

Art. 19 — A precedência entre os militares é regulada pelo posto ou graduação.

Art. 20 — A situação das praças especiais e graduadas é assim regulada:

- a) Os aspirantes a oficial tem precedência sobre as demais praças e participam do círculo dos oficiais subalternos." (Grifei)

O atual Estatuto da Brigada Militar disciplinou diferentemente a hierarquia dos Oficiais, determinando algumas modificações insertas nos artigos 16 a 20, dos quais se transcreve o que tem pertinência com a matéria em exame:

“Art. 17 — a escala hierárquica na Brigada Militar é fixada nos termos deste artigo:

§ 1.º — Posto é o grau hierárquico do Oficial, conferido por ato do Governador do Estado e confirmado em Carta Patente.

§ 2.º — Graduação é o grau hierárquico das praças, conferido por ato do Comandante Geral.

**Art. 19 — Círculos hierárquicos são âmbitos de convivência entre os Policiais Militares da mesma categoria. Parágrafo único — Os círculos hierárquicos classificam-se em:**

- I — **Oficiais Superiores:** — Coronel, Tenente Coronel e Major;
- II — **Oficiais Intermediários:** — Capitães;
- III — **Oficiais Subalternos:** — Primeiro Tenente, Segundo Tenente e Aspirante a Oficial;
- IV — Subtenentes e Sargentos;
- V — Alunos Oficiais: Alunos do Curso de Formação de Oficiais;
- VI — Cabos e Soldados.

Art. 20 — A precedência das praças especiais é assim regulada:

- I — **O Aspirante a Oficial tem precedência sobre as demais praças e integra o círculo dos Oficiais Subalternos.**
- II — Os alunos Oficiais têm precedência sobre os Cabos e Soldados nos termos da legislação federal específica.” (Grifei)

Pela nova estruturação hierárquica da Força o Aspirante a Oficial foi guindado de “Praça Especial” para Oficial Subalterno, de outra parte os oficiais que estavam distribuídos em dois grupos (Superiores e Subalternos) passaram a ser classificados em três, Superiores, Intermediários e Subalternos.

No que refere aos Suboficiais, na qualidade de praças, ocupam lugar abaixo dos Oficiais Subalternos, mas com precedência sobre os alunos oficiais, assim nomeados os que frequentam curso de formação de oficiais.

Visto o aspecto que diz respeito a oficiais, aspirantes e suboficiais, em face a legislação passada e vigente da Brigada Militar, resta analisar o aspecto da inalienabilidade dos imóveis e da possibilidade de transação destes entre a Cooperativa Habitacional e aqueles que, por disposição de lei, terão direito ao uso, gozo e fruição das residências a serem construídas.

A melhor doutrina, quanto à matéria, se encontra na excelente lição de PONTES DE MIRANDA, “in” Tratado de Direito Privado, vol. 5, § 589, n.º 1, ed. 1955, pág. 325 a 330, “in verbis”:

“ 1. TITULAR DO DIREITO E PODER DE DISPOR; PODER DE DISPOR ATRIBUÍDO A OUTREM. — Para o negócio jurídico de disposição é preciso que se tenha o poder de dispor, que é inconfundível com a capacidade, que é qualidade da pessoa, e não situação referente ao direito de que se dispõe. Há direitos indisponíveis e direitos de disponibilidade limitada.

2. LIMITAÇÕES DE DISPOR E RESTRICÇÕES DE DISPOR. — O titular do direito pode estar sujeito a limitações de dispor e a restrições de dispor, e. g., respectivamente, o menor de dezesseis anos e o dono do prédio com a cláusula de inalienabilidade; ou somente o pode exercer com efeito relativamente limitado, ou restrito.

3. CONSEQUÊNCIA DA FALTA DE PODER E DISPOR. Se o que dispõe não tem poder de dispor, o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato jurídico de disposição, é sem eficácia. Obtém eficácia: a) se, em nome próprio, o disponente vem a adquirir o poder de dispor, como titular do direito.

4. PROIBIÇÕES DE ALIENAR. — As proibições de alienar limitam o poder de dispor. Ou são legais, ou são judiciais. Dizem-se proibições de alienar as que resultam de regra jurídica que torna indisponível, entre vivos, ou entre vivos e a causa de morte, o direito, que, segundo os princípios gerais de direito, se-

riam alienáveis. Se a disposição concerne a coisa cuja alienação é proibida por lei sem ser a favor de alguém, determinadamente, é nulo o ato de disposição (art. 145, II e V). As proibições legais de alienar distribuem-se em duas classes: as que tutelam a comunidade; as que somente tutelam determinada ou determinadas pessoas. Dizem-se, respectivamente, proibições absolutas de alienar, proibições relativas de alienar.

Todo ato jurídico que viola a proibição de lei é nulo, salvo se a lei mesma estabelece outra sanção. Na dúvida, entende-se nulo. Não há pensar-se em convalescença, ou ratificação; nem há tutela da boa fé. Mas a proibição de alienar pode não ter a sanção de nulidade. Se a proibição de alienar só tem por fito a proteção de alguma pessoa determinada, ou de determinadas pessoas, a disposição, que infringe a lei, é ineficaz quanto a essa, ou essas pessoas, mas eficaz quanto às outras (ineficácia relativa). Se essas pessoas, podendo, assentem, há toda a eficácia do ato de disposição. Também se dá a completa eficácia se a proibição cessa, ou se o direito protegido se extingue.

6. CONSEQUÊNCIA DAS PROIBIÇÕES DE ALIENAR. A proibição relativa de alienar opera *ipso iure*, como a proibição absoluta. Todavia, pode ser afastada a relativa ineficácia se assente no ato de disposição aquele a favor de quem a lei a concebeu. A regra jurídica sobre proibição incidiu; a ineficácia é que se afasta, pelo assentimento do que ela protegeu."

Do exposto, responde-se à primeira indagação:

- a) os aspirantes à oficiais não estão excluídos do direito que se defere aos oficiais, quanto ao uso dos prédios destinados aos detentores de posto hierárquico da Brigada Militar. Tanto que, a letra "a" do artigo 20, da Lei n.º 1753/52, bem como o inciso I, do artigo 20, do vigente Estatuto da Brigada Militar, dispõem, textualmente, que estes — aspirantes — **têm precedência sobre os demais praças e integram o círculo dos oficiais subalternos**, vale dizer, têm prerrogativas de militar detentor de posto e se encontram em situação privilegiada, quanto à hierarquia militar, em relação aos demais praças;

- b) os suboficiais não gozam do direito que se defere aos oficiais, eis que não participam, na hierarquia militar, das prerrogativas de oficial. Detêm graduação e não posto, o que os exclui das vantagens e direitos que na órbita militar se deferem aos detentores de posto.

Quanto à segunda indagação:

Os imóveis gravados de inalienabilidade não poderão ser objeto de transação entre a Cooperativa Habitacional e os oficiais.

Os prédios deverão destinar-se, apenas, ao uso, gozo e fruição de oficiais, já que, por disposição expressa de lei, é vedado à Cooperativa proceder à alienação daquilo que recebeu com cláusula que contém proibição quanto ao poder de dispor.

A proibição de dispor importa na proibição de alienar. Logo, o negócio jurídico que tenha por fim a alienação do domínio, seria de todo ineficaz, eis que não pode a pessoa, quer física, quer jurídica, usar, ou ceder, ou transferir, ou transmitir, ou gravar, aquilo que, no mundo jurídico, lhe falta.

Pela doação a Cooperativa não recebeu, do Estado, o direito de dispor, embora tenha recebido os demais direitos inerentes ao domínio. Diz-se, então, que lhe falta o domínio pleno sobre a coisa recebida e, se pleno não é o direito deferido, não poderá dispor justamente daquele que o ato de doação não lhe deu, vinculado que está à cláusula de inalienabilidade.

Resumindo:

- a) os aspirantes a oficiais podem receber, para moradia, os prédios construídos pela Cooperativa Habitacional, por integrarem a categoria de oficiais;
- b) os suboficiais não têm direito ao uso dos prédios, porque, por imposição legal, desfrutam de grau hierárquico de praças;
- c) a Cooperativa Habitacional não poderá efetuar qualquer ato de disposição que envolva os prédios bem como qualquer ato de disposição referente aos terrenos somente;
- d) os terrenos, destinando-se, exclusivamente à construção de residências para oficiais, para este fim deverão ser utilizados, sob pena de violação da regra expressa

contida no artigo 2.º da Lei n.º 6.410/72, o que poderia provocar a volta do imóvel ao patrimônio do doador, sem direito à indenização, como implemento da cláusula resolutiva.

É o Parecer s.m.j.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 1972.

**Celeste Pacheco da Silva**  
Consultor Jurídico

**PARECER N.º 2199/CGE**

**VEREADOR.** É incompatível o exercício da vereança gratuita por funcionário público que exerce cargo de que seja demissível "ad nutum", como é o caso de chefia. Vedação do artigo 153, inciso II, letra c, da Constituição Estadual.

O Senhor Presidente da Câmara Municipal de Taquari endereça a esta Casa consulta formulada por Vereador, em ofício cujos termos se transcreve, "in verbis":

" Poderá um funcionário público federal concorrer para o cargo de vereador, exercendo cargo de chefia?

Deverá se licenciar do cargo ou função?

Caso seja obrigado a licenciar-se, deverá fazê-lo sem vencimento? Sem gratificação de chefia?

Qual será sua situação no exercício do mandato?"

É o relatório.

2. A questão do exercício simultâneo de mandato de vereador e de função pública envolve dois aspectos, e duas ordens de proibições. Um, refere-se à acumulação de funções, com vistas à remuneração, e diz respeito ao regime funcional no serviço público, vedando-se que um mesmo servidor perceba vencimentos por mais de uma fonte do erário público; tal regra comporta exceções, que são expressas no art. 99, da Constituição Federal.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 204-208, 1973

Outra questão é a manifestação de uma incompatibilidade político-funcional, em relação ao vereador, emergente do texto da Constituição Estadual, que não admite o exercício da vereança contemporâneo com o de cargo de que seja o funcionário demissível "ad nutum"; resguarda com este propósito a independência política do edil no exercício do mandato.

Confrontemos tais proibições com a questão proposta na presente consulta.

3. Ocorreria uma acumulação de função, tratando-se de vereança gratuita?

É entendimento assente que a vereança gratuita não configura um cargo público. Trata-se de um "munus".

Neste sentido preleciona HELY LOPES MEIRELLES:

" Quanto à vereança gratuita, não vemos motivo para impedir-se o seu desempenho concomitantemente com o exercício de cargo ou função federal ou estadual, porque, nesta hipótese, o mandato é um "munus" público típico, compatível, por natureza, com qualquer outra função remunerada." (Direito Municipal Brasileiro, pg. 600, 2a. edição)

Estabelecida tal premissa, pode-se admitir a compatibilização do exercício simultâneo de funções.

Neste passo, também não há como falar-se em violação ao princípio da separação de poderes, conforme acentua o ilustre Consultor Jurídico JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, no Parecer n.º 311/GAJ, desta Casa:

" Não se pense em violação do princípio da separação de poderes pois, ainda que se considere Poder o Legislativo Municipal, e não mero órgão do governo municipal, ainda assim não há violação de princípio porque as órbitas são diversas. O funcionário o é do executivo do Estado e exerce função do Legislativo não do Estado, mas do Município. Não se pense, tampouco, em violação do princípio da acumulação de cargos porque é duvidoso que do vereador se possa dizer que ocupa cargo, além do que, o que se veda é a acumulação remunerada e a vereança é, de regra, gratuita."

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 204-208, 1973

A conclusão é, pois, que com vistas à mera questão administrativo-funcional de acumulação de funções, bem como no que se refere ao princípio constitucional da separação de poderes, não se apresentam óbices para o exercício concorrente da função com a vereança gratuita.

4. Cabe encarar, agora, o segundo aspecto desse problema, que aparece na letra da Constituição Estadual, onde se encontra uma incompatibilidade político-funcional, manifesta no art. 153, inciso II, letra c, que reza:

O vereador não pode:

II desde a posse:

c) ocupar cargo público de que seja demissível "ad nutum".

Resguarda o texto já não meramente o problema pecuniário, todavia pretende assegurar a independência de ação do vereador no exercício de seu mandato.

Nesse caso, não releva, mais, considerar a circunstância da gratuidade do mandato, como fator para elidir incompatibilidade. Está em cena fator diverso e outra ordem de impedimento.

O "nutum" da administração, em prejuízo da estabilidade do detentor do cargo, prejudica a necessária independência que deve possuir o representante popular.

Ensina MARIO MASAGÃO:

" Os funcionários demissíveis "ad nutum", como o nome indica, nenhum direito possuem ao cargo. Podem ser dele exonerados, ou demitidos, a qualquer momento, a juízo da autoridade a quem competir a nomeação." (Curso de Direito Administrativo, pág. 198)

Ora, o cargo de chefia, como configura a consulta, é exercido em comissão, tratando-se de cargo de confiança e por consequência dele é demissível o funcionário ao nuto da administração.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 204-208, 1973

5. É possível, agora, evidenciar-se a conclusão no que respeita às três primeiras indagações do consulente.

Com efeito, há incompatibilidade, sim, com o cargo de chefia, tratando-se de cargo de confiança e com exoneração ao nuto da administração pública, devendo dele afastar-se, mediante exoneração, o servidor ao entrar no exercício da vereança.

Por outro lado, é consequência necessária da desvinculação do cargo a perda de suas vantagens.

6. Despojado da vinculação que o sujeita ao nuto da administração, entra o funcionário no exercício do mandato, observando-se, então, o que vem preconizando a Administração Federal em relação ao assunto, com base em pronunciamentos da Consultoria-Geral da República:

" O funcionário federal estável pode afastar-se do exercício do cargo, sem perda dos vencimentos e vantagens, para desempenho de mandato gratuito de vereador, apenas durante o período das sessões da respectiva Câmara." (Parecer do Departamento Administrativo do Pessoal Civil, Processo n.º 1.111/71, in Revista de Direito Administrativo, vol. 105, pág. 295).

7. Cabe considerar, finalmente, que, de outra parte, não há óbice para o funcionário em questão candidatar-se, permanecendo no exercício do cargo de confiança, até a eleição.

Somente impende atentar para eventual incompatibilidade decorrente da Lei Complementar n.º 5, de 29 de abril de 1970.

Trata-se, na lei, do art. 1.º, inciso VII.

A hipótese que se nos apresenta, por derradeiro, pendente de ser examinada, no caso concreto, pois a consulta não fornece elementos, é a constante do item c, do inciso II, do art. 1.º, aplicável por remissão, que reza:

" os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tiverem competência ou interesse, direta ou indireta, eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive para fiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades."

Verificando-se tal circunstância, deverá o interessado licenciar-se dois meses antes da eleição, que é o prazo fixado no supracitado inciso VII, do art. 1.º.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 204-208, 1973

8. Em conclusão, pois, o funcionário que exerce cargo em comissão de chefia está impedido para o mandato de vereador, por força do art. 153, inciso II, letra c, da Constituição Estadual. Desvinculado do cargo em comissão, é compatível o exercício, sendo vereança gratuita, fazendo jus às vantagens do cargo, no período das sessões da Câmara.

Não obstante, pode candidatar-se no exercício do cargo, não havendo incompatibilidade estabelecida na Lei Complementar n.º 5.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 24 de outubro de 1972.

Mário Nunes Soares  
Consultor Jurídico

#### PARECER N.º 2210/CGE

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA — ImproPRIAMENTE denominada, em verdade, configura esbulho.

Cabe ao órgão que a leva a efeito indenizar o proprietário, na forma dos artigos 1541 e 1544, do Código Civil.

A Prefeitura Municipal de São Sepé, consulta através de ofício, conforme se transcreve:

“D. L., orizicultor, e sua esposa, residentes em São Sepé, adquiriram do casal J. L. da R. um terreno situado nos subúrbios desta cidade, com a área de 1.464 m<sup>2</sup> (hum mil e quatrocentos e sessenta e quatro metros quadrados), conforme escrituras n.ºs 11.431, 11.609 e 12.723 transcritas no Registro de Imóveis.

Em dezembro de 1967 a Prefeitura construiu no local uma rua sem nome, obedecendo a projeção natural da cidade e de acordo com o planejamento urbanístico, seguindo a largura uniforme de outras ruas do perímetro urbano.

Referida rua atingiu em grande parte o terreno citado, reduzindo sua área para 878,91 m<sup>2</sup>.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 208-211, 1973

O terreno em apreço fazia parte de um loteamento feito pelo casal J. R., totalmente irregular, não tendo seu plano aprovado pela Prefeitura, tampouco inscrito no Registro de Imóveis desta cidade.

O casal D. L. deseja reaver a parte do imóvel atingido pela rua, e para tanto gestiona no sentido de proposição de uma Ação Judicial.

A fim de esclarecer o assunto, a Prefeitura dirige-se a esta Consultoria perguntando qual o sujeito passivo da Ação Judicial a ser proposta pelo casal D. L.:

O casal J. R., que vendeu o terreno, ou a Prefeitura Municipal que construiu a rua?”

2. Trata a consulta da chamada desapropriação indireta.

A Constituição Federal cuida da desapropriação por utilidade pública, em seu art. 153, § 22. É forma de perda da propriedade, que tem assento na Carta Magna, onde se estatui sobre a indeclinável indenização em dinheiro que se assegura ao expropriado.

Reza o citado texto:

“ § 22 — É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título 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.”

Só é possível, portanto, falar-se em desapropriação, quando se está em face ao caso estabelecido na Lei Maior e que encontra regulação em textos de lei ordinária, havendo outros, que aqui não interessam, mas que sempre dimanam da competência constitucional.

Nesse nível, de lei ordinária, para a efetivação da desapropriação, que se constitui numa vulneração excepcional ao direito de propriedade, prevê-se processo próprio, ao termo do qual se perfaz a perda do domínio, e conseqüente aquisição do mesmo pelo Poder Público.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 208-211, 1973

Prevalece, dessa sorte, o enunciado inicial do § 22, cuja norma existe para assegurar, como regra geral, o direito de propriedade.

3. Ocorre, entretanto, casos em que, **de fato**, o poder público ocupa a propriedade privada, para dar-lhe destinação de interesse público, sem a observância do processamento legal que sustenta este **modus** excepcional de extinção do domínio.

É a chamada desapropriação indireta.

Não se trata, entretanto, de desapropriação e, sim, de ato ilícito, regulado pelos artigos 1541 e 1544, do Código Civil, cuja prática torna obrigatória a indenização, apoiada no princípio geral do ressarcimento por esbulho, ostentado na lei civil.

Adverte Helly Lopes Meirelles:

“ Toda desapropriação deve ser precedida da declaração expropriatória regular, na qual se indique o bem a ser desapropriado e se especifique a sua destinação pública ou de interesse social. Não há, nem pode haver, **Desapropriação de fato ou indireta**.

A **impropriamente denominada desapropriação indireta** não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios.

Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente da maneira mais completa possível, inclusive juros compensatórios, a contar do esbulho, e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.”

(Direito Administrativo Brasileiro, 2a. edição, pg. 493).

4. Assim colocada a questão doutrinária, no que se refere, agora, à ocupação de área de propriedade do casal de D. L., pela Prefeitura Municipal consulente, temos que incorre esta na obri-

gação de indenizar o proprietário com título inscrito no Registro de Imóveis, ou seja, o referido casal, pelo ato ilícito praticado, consistente na ocupação da propriedade privada, sem obediência ao processo de desapropriação legalmente reconhecido.

Não é relevante, na espécie, o exame da irregularidade do loteamento, como se alega, porquanto outras são as repercussões jurídicas que envolvem esta irregularidade, sem atingir as obrigações cíveis que defluem da lesão patrimonial, conforme se examinou.

Reforça a tese o fato de que o loteamento, consoante a informação da consulta, era juridicamente inexistente. Conseqüência disso é que qualquer apoio que se pudesse buscar na existência de má localização dos arruamentos da área loteada não encontra ressonância em relações jurídicas válidas, posto que não constantes de registros, conforme determina a lei. Assim, se houvesse por exemplo a venda de um lote, do qual uma parte avançasse pela rua, devidamente configurada nos registros próprios do loteamento, então, sim, não seria caso de ocupação pelo poder público, mas uma venda equívoca, passível de ser indenizada por quem vendeu mal.

Ficamos em face apenas, então, a uma ocupação indevida de propriedade privada, operada pela Prefeitura Municipal em desacordo com o direito de propriedade assegurado na Constituição Federal.

5. Tem o casal de D. L., em conclusão, o direito de ação contra o órgão consulente, por decorrência da chamada desapropriação indireta, excluída qualquer pretensão para haver ressarcimento contra o antigo proprietário.

É nosso parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 31 de outubro de 1972.

Mário Nunes Soares  
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2234

VEREANÇA.

Funcionário policial; exegese do art. 188 da Carta Estadual.

Licenciamento para concorrer a cargo eletivo.

Lei n.º 6.393, de 7 de julho de 1972.

Afastamento para exercício de mandato.

A Secretaria da Segurança Pública, por seu ilustre titular, solicita parecer desta Casa compreensivo da matéria consubstanciada no exercício simultâneo da função pública com o mandato de vereador.

As dúvidas em relevo tiveram origem em consultas *internacorporis* acerca de policiais que pretendem candidatar-se a vereador, um, em município onde há gratuidade de mandato e, outro, onde a vereança é remunerada, pois trata-se este último, de caso da Capital do Estado.

Os expedientes foram alvos de manifestações das chefias daquele órgão, que ficaram propensas a ouvir a palavra final da Consultoria-Geral do Estado, cuja solução, 'seria adotada para basear futuras decisões em circunstâncias de mesma natureza', no dizer de S. Exa., o Sr. Secretário.

É o relatório.

2. Diversas situações podem ocorrer no concernente à relação vereança (mandato eletivo) e o servidor público.

Todavia, a respeito de funcionário policial há uma prefacial peculiar a esses agentes da segurança, que não lhes é exclusiva, mas que abre uma questão abrangente da plenitude dos casos a eles relativos, devendo ser examinada de início.

Trata-se do disposto no art. 188, da Constituição Estadual, que estatui:

" Art. 188 — É vedado expressamente ao pessoal incumbido da segurança interna, da manutenção da ordem pública e do policiamento civil, no Estado, o exercício de atividades político-partidárias, ressalvando, quando em licença, o direito de disputar cargos eletivos."

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 212-217, 1973

A norma constitucional é de **vedação**, indubitavelmente, e a respeito dela preconiza **José Afonso da Silva**, em sua obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais":

" Em suma, como já acenamos anteriormente, são de **eficácia plena** as normas Constitucionais que:

- a) contêm vedações ou proibições
- b) .....

(grifamos, pág. 93)

Com efeito, após aludir às dificuldades enfrentadas pela doutrina para conceituar as chamadas normas auto-aplicáveis ou de eficácia plena, conclui aquele autor por arrolar algumas de caráter incontroverso, de que é exemplo a norma que temos em frente para exame.

É possível, pois, concluir-se, para o efeito de fixar os limites de incidência legal na presente questão, que no encerro da competência constitucional esgota-se o tratamento legal da proibição nela estatuída, aplicando-se a regra **imediatamente**.

O constituinte federal, quando versou a matéria concernente ao exercício de mandato eletivo por funcionário, deferiu, expressamente, ao legislador, a faculdade de editar outras normas e restrições, deduzindo-se no particular, a constitucionalidade do texto da Carta Estadual, com sua carga de **eficácia plena e imediata**, conforme o art. 104, § 2.º, da Constituição Federal, que reza:

" A lei poderá estabelecer outros impedimentos para o funcionário candidato a mandato eletivo, diplomado para exercer-lo ou já em seu exercício."

3. Quis, a seu turno, o legislador constituinte estadual impedir a atividade político-partidária para seus agentes policiais, em simultaneidade com o exercício de sua função pública. Assim também com relação aos magistrados. (art. 129, inciso III, da Constituição Estadual)

São cargos mercê de cuja natureza deflui incompatibilidade da qual o constituinte convenceu-se, deliberando, taxativamente, coibi-la, impedindo o exercício concomitante.

Cuidou, no entanto, de não tolher a atividade política à pessoa do funcionário, como ocorre com os policiais, admitindo-lhe que, mediante licença a desenvolva. O que está obstando, é, tão-somente, o exercício simultâneo de ambas as funções, confe-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 212-217, 1973

rindo-lhe o direito a licenciamento, para disputar cargo eletivo, onde exerce, necessariamente, política partidária, pois o nosso sistema eleitoral (artigo 87, do Código Eleitoral), somente admite candidatura por partido político.

4. A licença, para disputar cargo eletivo, obtém-na de acordo com as normas gerais preconizadas para funcionários, Lei n.º 6.393, de 7 de julho de 1972, que dispõe:

“ Art. 1.º — Fica revigorado, com a redação que segue, o art. 136 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952:

Art. 136 — Os servidores da administração direta e indireta do Estado que concorrerem a cargos públicos eletivos serão considerados em licença, com todos os direitos e vantagens em cujo gozo estiverem, inclusive a contagem do tempo respectivo como de efetivo serviço, pelos prazos previstos nos parágrafos deste artigo.

§ 1.º — A licença será concedida a partir do 45.º dia que preceder à eleição, no caso de candidatos já registrados pela Justiça Eleitoral, e a partir da data do registro, para o candidato que a obtiver posteriormente, ressalvado o disposto no § 2.º.

§ 2.º — Quando o candidato ocupar cargo, função ou emprego de que deva desincompatibilizar-se em data anterior à prevista no § 1.º, a licença desse cargo, função ou emprego será iniciada a partir do último dia do prazo para desincompatibilização.

§ 3.º — Em qualquer dos casos, a licença prolongar-se-á pelos cinco dias posteriores ao do pleito.

§ 4.º — O servidor candidato fará prova do registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral para fazer jus aos benefícios previstos neste artigo.

§ 5.º — Caso o servidor, nas condições previstas no § 2.º, venha a ter negado pela Justiça Eleitoral o registro de sua candidatura, ou caso não alcance, em seu Partido, a indicação como candidato, terá ele, embora sem direito a remuneração, justificadas as faltas ao serviço, até a data da negativa do registro ou da data da Convenção partidária, respectivamente.”

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 212-217, 1973

Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei n.º 2.683, de 6 de setembro de 1955.”

5. A distinção que existe entre a vereança remunerada e a gratuita, consistente em que a primeira constitui-se em cargo público e a segunda em **munus** público, não afeta tipo de incompatibilidade, nem a afasta, pois **o seu fundamento encontra-se na natureza da função exercida no serviço público e, não, na relativa à vereança.**

Em presença das atribuições do cargo de agente policial, onde se estampa larga margem de poder discricionário, dotado, inclusive, de coerção pessoal, foi que ao constituinte estadual aprovou instituir a vedação.

Gerada a razão da incompatibilidade no cargo profissional, não importa especular sobre a natureza do cargo eletivo, ainda que se trate de vereança gratuita, mero **munus** público e para cujo exercício abriram-se diversas facilidades, em que foi fecundo o ordenamento jurídico em outros setores.

Há pronunciamentos precedentes desta Casa nesse sentido, exemplificados no Parecer n.º 1050/UAJ, de lavra do ilustre Consultor Jurídico RENITA MARIA HÜLLEN, segundo o qual:

“ Interpretando o dispositivo da Constituição Estadual, há de entender-se que não só para concorrer a cargos eletivos, mas, igualmente, para seu exercício é necessário o afastamento, em razão da proibição genérica nele contida.”

E adiante:

“ Não cabe, em vista disso, perquirir se o mandato é gratuito ou não, nem se há, ou não, compatibilidade de horários.”

6. Passemos a considerar, a seguir, a questão relacionada com a remuneração do servidor policial que, licenciado do cargo, eleja-se vereador.

Instituiu o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil um Quadro Suplementar, no qual integra-se o servidor policial “investido em cargo eletivo na forma da legislação em vigor”. (inciso VII, do art. 100).

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 212-217, 1973

Trata-se agora do funcionário já eleito vereador.

Enquanto dure o mandato, fica o servidor integrado nesse quadro, do qual será desligado quando concluído seu vínculo com a função eletiva, conforme reza o art. 102:

“ Art. 102 — Cessados os motivos que determinaram a sua inclusão no quadro suplementar, o servidor policial retornará obrigatoriamente ao quadro Efetivo.”

A remuneração, enquanto no exercício do cargo, está regulada pelo art. 101 da Lei n.º 6.194/71, que dispõe:

“ Os servidores classificados no Quadro Suplementar terão os direitos, deveres e vantagens de lei exceto as vantagens e as indenizações conferidas pelos arts. 76 e 83, somente concorrendo à promoção por antiguidade, salvo no caso do inciso V do art. 100.”

As vantagens excetuadas são: gratificações especiais, art. 76, e diárias, art. 83.

Inobstante essa regulamentação quanto aos direitos, deveres e vantagens do servidor policial “investido em cargo eletivo”, assegura-lhe, o mesmo diploma legal, também, os direitos que são conferidos pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (art. 60, Lei n.º 6.194/71).

Dentre esses direitos, vamos encontrar, no parágrafo único, do art. 192, o seguinte:

“ Art. 192 — .....

.....  
Parágrafo único — Poderá também optar pelo vencimento do cargo de que for titular o funcionário que exercer função eletiva, federal, estadual ou municipal.”

Assim, ao servidor policial, é de entender-se assegurado, também, o direito de opção no que diz com a remuneração: ou a do cargo de que é titular, ou a do mandato.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 212-217, 1973

7. Consideremos, agora, outro aspecto da questão.

É certo que se biparte, no tempo e no fundamento legal, o licenciamento do servidor.

Com efeito, a licença, ela se exerce em dois períodos: o que vai do momento da candidatura e o considerado a partir da investidura no cargo eletivo.

Verificou-se que esse segundo período é o que conduz o servidor ao quadro suplementar, a teor do inciso VII, do art. 100, do Estatuto do Servidor Policial, que trata dos “investidos em cargo eletivo”.

A primeira etapa da licença, para cuja fruição basta o candidatar-se, está regulada na Lei Estadual n.º 6.393, de 7 de julho de 1972.

Nesse caso o servidor é remunerado na repartição onde está lotado e somente por ocasião da investidura, então, cessará esse tipo de licenciamento, dando-se a sua inclusão no quadro suplementar.

Ex *positis*, resume-se e conclui-se:

- a) o servidor licencia-se ao candidatar-se, *ipso facto*, com base na Lei n.º 6.393/72;
- b) eleito, passa a reger-se, no que diz com a remuneração, pela Lei n.º 6.194/71 (Estatuto dos Servidores da Polícia Civil e Lei n.º 1.751/52 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado) com direito, portanto, de opção entre a remuneração prevista no art. 101 da Lei .... 6.194/71 ou a do mandato;
- c) tal licença importa, neste caso de agentes policiais, em integrar-se no quadro suplementar, perdurando a desvinculação do cargo por todo o período legislativo;
- d) cessado o mandato legislativo, retorna ao quadro efetivo, *incontinenti*.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 1972.

Mario Nunes Soares  
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 212-217, 1973

PARECER N.º 2297/CGE

ATO ADMINISTRATIVO. Nulidade que não se configura, tendo em vista conter os requisitos indispensáveis à sua existência. Não se constitui em vício do ato em si virtual irregularidade na constituição do órgão que o edita.

O Senhor Coronel Comandante-Geral da Brigada Militar do Estado solicita parecer desta Casa, em torno de requisitório de Oficial que integra aquela Corporação, vazado nos seguintes termos, "in verbis":

" O recorrente, acima qualificado, vem à presença de V. S. para expor as razões de fato e de direito que justificam e embasam a súplica final.

Conforme faz público, no âmbito da Brigada Militar, os Boletins Gerais n.ºs 89, 92, 46, 84 e 120, datados, respectivamente de 13/05/69, 16/05/69, 11/03/70, 08/05/70 e 28/06/72, foram nomeados membros integrantes da Comissão de Oficiais os Srs. Cel. R. L. M., Cel. J. B. M., Cel. G. C. B. e Ten Cel C. A. da S., W. C. S. e, ainda, o Ten Cel Q. U. M., sendo que a nomeação deste último o recorrente não encontrou em Boletim.

Pelo exame das respectivas datas de nomeação, verifica-se que o Sr. Cel R. L. M. conta com mais de 3 anos de investidura; o Sr. Cel J. B. M., idem; o Sr. Cel G. C. B., com cerca de 2 anos e 6 meses; o Sr. Ten Cel C. A. da S., com 2 anos e 4 meses; o Sr. Ten Cel W. C. S., recentemente nomeado e o Sr. Ten Cel Q. U. M. com tempo de investidura que o recorrente desconhece.

Prescreve o Regulamento de Promoções para Oficiais, aprovado pelo Decreto n.º 20.997, de fevereiro de 1971, em seu Capítulo XI — Da Comissão de Promoções de Oficiais (CPO) —, em o artigo 44, verbis:

" A Comissão de Promoções de Oficiais (CPO) constitui-se do Chefe do Estado Maior Geral e dos seguintes membros nomeados por Decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual, substituíveis anualmente:

I — 3 (três) Coronéis PM;

II — 3 (três) Tenentes Coronéis PM."

A teor da disposição regulamentar transcrita, apenas o Sr. Ten Cel W. C. S. se encontra regularmente investido na função de membro da Comissão de Promoções de Oficiais, estando todos os demais com seu mandato ultrapassado no tempo.

Estabelece, outrossim, o Código Civil Brasileiro, Capítulo V — Das Nulidades — art. 145, verbis:

" É nulo o ato jurídico:

I — .....  
II — .....

III — Quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130).

IV — Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V — ....."

Ora, a não renovação do mandato da quase totalidade dos membros da Comissão de Promoção de Oficiais, afronta, dessa maneira, clara e insofismavelmente, a regra estatuída no art. 44 do Regulamento de Promoções, o que torna nulo de pleno direito o Quadro de promoções, quer pelo princípio de merecimento quer pelo princípio de antiguidade, eis que não se revestiram da forma prescrita em lei (mandato de 1 ano), como, também, por ter preterido solenidade (Decreto do Poder Executivo) que o Regulamento considera essencial para a validade da investidura.

Nestas condições, o recorrente, no propósito de evitar demanda judicial, que julga nociva aos interesses da Brigada Militar, dirige-se a V. S. para, na qualidade de mais alto mandatário da Corporação, a qual está subordinada a Comissão de Promoções de Oficiais, venha a declarar, como REQUER, a nulidade dos atos praticados pela atual Comissão e, *ipso facto*, os respectivos Quadros de Acesso de Oficiais, pelos princípios de merecimento e antiguidade, dirigindo-se ao Exmo. Sr. Governador do Estado para a nomeação de novos membros."

2. A questão suscitada na consulta merece seja configurada com exatidão, em termos de se poder encontrar o direito aplicável.

Com efeito, o interessado inquina de **nulo** o ato administrativo que é o Quadro de Acesso elaborado pela Comissão de Promoções de Oficiais.

O que se há de examinar, por consequência, é a validade do referido ato administrativo, cujos requisitos, efetivamente, correspondem — observadas algumas peculiaridades próprias do direito administrativo — aos dos atos jurídicos em geral.

Resulta desse entendimento, na espécie, que não cabe examinar a “forma prescrita” ou “solenidade essencial” eventualmente exigidas para a constituição do órgão que exara o ato, mas, sim, compete, exclusivamente, ater-se à forma ou solenidade prescrita para o ato em si.

Virtual desconformidade, nesse ângulo formal, entre a investidura dos membros da Comissão com ditames regulamentares, não se constitui em vício de forma dos atos que dela emanam.

3. Correta postulação, sob a arguição de investidura irregular da Comissão, como é preconizado no petitório, seria indagar se não haveria carência de outro requisito de validade de ato administrativo, que ficou omisso na citação do Código Civil: a incapacidade do agente, que traduz-se, no direito administrativo, pela figura da **incompetência**. Ao sujeito capaz, do direito privado, corresponde o agente competente, no direito administrativo.

O ponto focado pelo suscitante da nulidade, sem dúvida, deveria ser o de competência da Comissão (agente incapaz), porquanto não argúi imperfeição, quanto à forma, do ato administrativo, considerado em si mesmo, que é o Quadro de Acesso por ela exarado, mas, sustenta, no particular, a necessidade de investidura de novos membros, e, portanto, irregularidade na investidura do órgão.

O vício seria encontradiço, dessa sorte, no fato do agente incapaz, vale dizer, no agente incompetente, segundo o direito administrativo.

4. Retificada assim a postulação jurídica, obtendo-se, “data venia”, a exata configuração da “quaestio juris” que se oferece a exame, passa-se a considerar os termos do texto regulamentar onde se embasa o vício argüido.

Expressa o art. 44 do Regulamento de Promoções de Oficiais da Brigada Militar do Estado que os membros **nomeados** da Comissão de Promoções são substituíveis anualmente.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 218-226, 1973

Daí decorreria, segundo o requerimento, a obrigatoriedade da substituição dos integrantes do órgão ao termo de cada ano do exercício da investidura.

5. Não vemos como fique autorizado tal entendimento partindo-se da interpretação do texto.

**Substituível** é locução que expressa o sentido de **suscetível de ser substituído**. Da mesma forma que **elegível** define a qualidade de quem é **suscetível** de ser eleito e assim por diante.

Define LAUDELINO FREIRE, in Dicionário da Língua Portuguesa!

“**Substituível**, adj. de substituir + vel; que se pode substituir”.

Ao nosso sentir, **substituível anualmente** significa um prazo mínimo de investidura, que é anual, e a cujo termo torna-se o membro da Comissão passível de ser desinvestido e substituído.

Obedece o critério de duração anual de investidura no órgão à natureza de suas atribuições, porquanto o Quadro de Acesso tem, exatamente, elaboração de ano a ano segundo se deprende do parágrafo 2.º do art. 25 do Regulamento aqui versado.

É o período necessário para o Oficial investido na função familiarizar-se com os fatos que deverá apreciar com vistas aos critérios de promoções.

Concluído o encargo correspondente a cada ano, torna-se o membro da Comissão, ou o seu conjunto, suscetível de ser substituído.

Para haver a obrigatoriedade da substituição, então a lei diria **substituído**, fazendo certa a necessidade de desinvestidura, com nova nomeação.

6. Ocorre considerar, ademais, (cuidando-se, sempre, de que o problema primordial a examinar é a **validade de ato da Comissão**), que é irrelevante a regularidade da investidura do órgão, pois, de qualquer forma, subsiste o ato administrativo dela emanado.

Ensina GASTON JÈZE:

“ Tratándose de agentes públicos para quienes la desinvestidura no se produce automáticamente por la expiración del término, no se aplica el art. 258 del Código Penal. Además (prosegue no que importa à presente questão), los actos realizados una vez expirado el tér-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 218-226, 1973

mino legal, no están viciados ni de inexistencia jurídica ni de nulidad. Mientras no se haya desinvestido al agente por resolución del jefe de servicio, los actos cumplidos por él son regulares. La situación se asemeja a la de los agentes designados en forma irregular.” (Principios Generales de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, Vol. II, pg. 373)

Colhe-se do ensinamento do eminente mestre do direito administrativo que, não se operando a desinvestidura (no caso, através da substituição), permanecem os membros da Comissão em suas funções e resulta incontroversa a validade dos atos emanados do órgão. Tal como nas hipóteses de atos praticados por funcionários irregularmente investidos, segundo acrescenta o citado autor.

7. Face ao exposto, conclui-se que não há vício de que se possa inquirar o ato administrativo consubstanciado no Quadro de Acesso em questão, subsistindo dito ato, a cujo respeito não se pode alegar ausência dos requisitos que lhe dão existência jurídica.

É o parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 23 de dezembro de 1972.

Mário Nunes Soares  
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SENHOR CONSULTOR-GERAL

SENHOR GOVERNADOR,

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência a fim de submeter a sua judiciosa consideração o incluso Parecer n.º 2297, da lavra do Consultor Jurídico MÁRIO NUNES SOARES, que cuida de examinar a situação exposta pelo Major PM E. S. que inquina de irregular a Constituição da Comissão de Promoções na Brigada Militar do Estado, sob o fundamento de que não teria havido substituição anual dos respectivos membros.

2. Tenho, Senhor Governador, por improcedente a reclamação.

O art. 44 do Decreto n.º 20.997/71 determina que os membros da Comissão de Promoção de Oficiais (CPO) são “substi-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 218-226, 1973

tuíveis anualmente”. Resta examinar, assim, se é legítima a situação daqueles que, após um (1) ano de exercício, permanecem no desempenho das referidas funções, bem como sobre a validade dos atos administrativos por eles praticados.

3. O legislador, ao prescrever que os citados servidores são **substituíveis** anualmente, de modo explícito concedeu à autoridade competente a **faculdade** de escolha quanto ao momento de tomar tal providência, pois

“... só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica — lei — de maneira geral e abstrata prover com justiça e acerto. Com mais autoridade e precisão já disse FLEINER que “o poder discricionário tem, nem mais nem menos, o escopo de tornar possível à Administração adaptar a sua atividade às exigências das circunstâncias individuais, de sorte que essa resulte sempre a mais eficaz e a mais útil ao fim público de que se trata.” Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém ao interesse coletivo.” (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, 2a. ed., p. 66)

Desse modo, ao findar o período anual consignado na legislação, poderia, ter havido, **ou não** (hipótese essa que de fato ocorreu), a substituição dos membros da citada Comissão de Promoção de Oficiais — de todos eles, ou de apenas um, ou de mais, pois, também quanto a esse particular, foi deixada ao poder público inteira liberdade de opção.

Esse poder, freqüentemente concedido à administração, de praticar ou deixar de praticar determinados atos, conforme a conveniência, oportunidade e conteúdo, e dentro dos limites permitidos em lei, denomina-se **discricionário**. Seu oposto é poder **vinculado**, que

“... o direito positivo — a lei — confere ao administrador público para a prática de ato de sua competência, determinando o conteúdo, modo, o **tempo** e forma de seu cometimento.” (HELY LOPES MEIRELLES, ob cit., p. 63 — grifei)

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 218-226, 1973

VITOR NUNES LEAL, em magnífico trabalho, sob o título "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração", expressou-se nos seguintes termos, aplicáveis com justeza à questão:

"Entretanto, para a prática de certos atos administrativos, a Constituição e as leis costumam reservar à Administração Pública uma opção de conveniência, ou oportunidade que constitui — isto sim — o conteúdo discricionário do ato (...)

O mesmo raciocínio não se pode fazer em relação aos atos vinculados, pois há casos em que o sistema legal não deixa à Administração a menor margem de escolha, impondo-lhe uma ação ou omissão necessária em face de certos pressupostos. Na hipótese, por exemplo, em que a promoção de um oficial depende exclusivamente do interstício legal, nenhuma opção fica reservada a Administração, que é obrigada, ou a promovê-lo, ou a reconhecer-lhe, mediante decisão judicial, os direitos resultantes da recusa legal." (apud RDA n.º 14 p. 53)

Assim sendo, como o art. 4.º do Decreto n.º 20.997/71 não impôs a substituição dos membros da já mencionada Comissão, após um ano de mandato, não há de se cogitar, na espécie, de ilegalidade.

4. Cabe examinar, ainda, se é "nulo de pleno direito o Quadro de Promoções" elaborado pelos referidos servidores, conforme afirma o reclamante em ato dirigido a Sua Excelência, o Senhor Coronel PM Comandante-Geral da Força.

Ora, se os membros da CPO permanecem legitimamente investidos em suas funções, não há que se cogitar de invalidade de seus atos, desde que, na prática dos mesmos, tenham sido observados todos os requisitos legais.

"O desfazimento de um ato administrativo — pondera lucidamente MIGUEL REALE — em virtude de nulidade ou de anulabilidade pressupõe a violação de algum dispositivo legal, ou seja, um título que reduza ao simples poder de agir em função do interesse público: a invocação do bem social não basta para legitimar o anulamento; e necessário é que haja lei cujo desrespeito, manifesto ou comprovado, importe na caracte-

rização de sua invalidade." (in "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo", 1a. ed., 1968, p. 45)

5. Mesmo que se admitisse, somente para argumentar, como funcionários de fato, os oficiais em questão, por ultrapassarem, no tempo, o período que lhes fora destinado, por lei, para a prática de atos de sua competência, ainda assim teria valor o "Quadro de Promoções" elaborado, pois tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, uniformemente, consideram válidos os atos praticados por funcionários irregulares. Essa orientação se baseia, tanto na Teoria do Erro Comum, quanto nas de Interesse Público, da Investidura Aparente e na da Presunção de Legitimidade do Ato Administrativo.

"Os serviços públicos — escreve FRANCISCO CAMPOS — pressupõem fé pública, confiança pública, passividade pública, base da reverência pela autoridade, da tranqüilidade, da segurança e do sossego, indispensáveis ao reinado da ordem jurídica e à estabilidade dos direitos.

Consumada a intolerável injustiça seria a que fizesse responder os terceiros de boa-fé pelas faltas e irregularidades de um serviço público a que se acham, por força de lei, compelidos a recorrer.

Tal validade é tanto mais procedente, quanto a irregularidade da investidura não afeta a competência do agente. Um funcionário irregularmente investido no cargo não é, com efeito, um funcionário incompetente. Um funcionário pode ser regularmente investido em dadas funções e ser incompetente para as funções que exerce, e um funcionário irregularmente investido pode exercer atos que se encontrem na esfera da sua competência. Há, de fato, incompetência de um agente regularmente investido quando ele pratica atos não compreendidos pela lei entre as suas atribuições ou em violação das formas prescritas. Desde, porém, que o agente irregularmente investido pratica atos nas formas e nas condições legais, mantendo-se nos limites da competência que lhe são traçadas pelo seu título de nomeação, o ato é válido, pois praticado segundo a lei de competência, isto é, do mesmo modo e nas mesmas formas em que o seria se o agente fosse regularmente investido. (...)

Desde, pois, que o ato praticado pelo agente irregular seja da natureza daqueles que se compreendem nas suas funções, é válido como se fosse regular a sua investidura. (...)

Os indivíduos que foram declarados nomeados ou eleitos, ou de boa-fé ocuparam funções além da duração dos seus ofícios, ou que exerceram a função durante longo tempo com assentimento público são, em muitos casos, considerados funcionários e seus atos obterão a mesma fé e o mesmo crédito, nos processos em que servem, como os atos realizados por funcionários de jure." (GOODNOW, em PRINCIPES DU DROIT ADMINISTRATIF DES ETATS UNIS) ("Pareceres", I, 1934, pp. 116/117 e 120)

6. A propósito da teoria do Erro Comum, assim se expressa o insigne THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

" A justificação da regra *error communis facit jus*, a lição é de DEMOGUE, encontra-se na necessidade dos negócios, de sua segurança dinâmica. É preciso haver segurança no negócio desde que se proceda com prudência. A aparência também deve ser levada em conta, porque não se pode conhecer o íntimo das coisas. Quando se procede com prudência deve-se merecer proteção, mesmo quando induzido em erro ou engano. A teoria do erro comum, portanto, só se justifica com fundamento no interesse público que é, a final, a razão de ser de toda a transigência com a aplicação rígida da lei." ("Tratado de Direito Administrativo", 2a. ed., v. III, p. 101)

7. Diante do exposto, são legítimos, tanto a investidura dos oficiais em apreço, quanto os atos administrativos por eles praticados, entre os quais se coloca o mencionado "Quadro de Acesso".

Sirvo-me do ensejo para renovar a Vossa Excelência, Senhor Governador, expressões de alto apreço e distinta consideração.

Orlando Giraldi Vanin  
Consultor-Geral do Estado

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 218-226, 1973

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO.

Servidor fazendário demitido a bem do serviço público.

Inquérito administrativo. Lesão aos cofres públicos e advocacia administrativa. Falta regularmente apuradas e caracterizadas. Manutenção do ato demissório.

O ex-Escriturário, classe "P", da Secretaria da Fazenda, A. C. G., foi indiciado em processo disciplinar em face de irregularidades que lhe foram atribuídas, quando desempenhava, em caráter de substituição, funções de tesoureiro na 2a. Recebedoria Distrital da Exatoria de Porto Alegre.

2. O procedimento administrativo foi desencadeado por ato do Excelentíssimo Senhor Secretário da Fazenda, nomeando comissão de inquérito, constituída de funcionários daquela Pasta. Essa, processando o feito, apresentou seu relatório, dizendo vislumbrar indícios, mas "não a certeza que requer a imputabilidade por atos ilícitos", de que tenha o indiciado praticado atos lesivos aos cofres públicos, razão por que sugeriu sua absolvição.

3. A autoridade que determinou a realização do inquérito, invocando os elementos trazidos pela sindicância, reveladores das irregularidades apontadas, encaminhou o expediente a esta Consultoria-Geral, em face do disposto no artigo 1.º, inciso IV, do Decreto n.º 20.230/70.

4. O Consultor Jurídico, a quem foi distribuído o processo, para parecer, solicitou, preliminarmente, que, em diligências que sugeriu, a Comissão carresse para os autos alguns elementos de convicção, visando a melhor elucidar alguns aspectos do problema; opina, por fim, que a veemência dos indícios e a prova coligida justificam a punição que propôs, qual seja a demissão do indiciado, a bem do serviço público, como incurso nas sanções do art. 218, incisos VI e IX, da Lei n.º 1.751, de 22/2/52.

5. O Excelentíssimo Senhor Governador do Estado aprovou o Parecer que lhe foi submetido à consideração, demitindo o indiciado nos termos propostos.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 227-233, 1973

6. Irresignado, A. C. G. constituiu novo defensor e ingressou com pedido de reconsideração, dirigido ao Chefe do Poder Executivo. No arrazoado procura justificar sua posição face aos fatos noticiados pelos autos, acoimando de desacertado o parecer condenatório. Junta, ainda em arrimo das afirmativas, cartas a si dirigidas, versando sobre aspectos do processo.

7. OS FATOS. — Em 10 de fevereiro de 1971, V. T. de A. requereu ao Senhor Diretor do Tesouro do Estado a devolução da importância de Cr\$ 150,40, caucionada pela guia n.º 11.464, de 23/10/70, firme em decisão da Comissão de Recursos de Infrações de Trânsito. Ocorreu que o Arquivo do Tesouro, solicitado a manifestar-se quanto ao ingresso, informou que a 2a. via da guia de multas por infrações, da Recebedoria Distrital da Azenha, não coincidia com a guia anexada ao pedido; sugeriu que o expediente fosse encaminhado àquela Recebedoria para os esclarecimentos necessários.

8. O Senhor Exator de Porto Alegre informou, então, que a referida guia também não conferia com a 4a. via existente no arquivo da Recebedoria e que a mesma “se apresenta, assim, como documento forjado, com o fim de obter vantagem ilícita, mas aparenta ter sido autenticado e carimbado na 2a. Recebedoria”.

9. Essa autoridade, em vista da informação, determinou o procedimento de uma sindicância em torno da irregularidade, designando o Inspetor de Fazenda J. B. para procedê-la; foram praticadas diversas diligências e ouvidas 15 (quinze) pessoas, sendo algumas delas reinquiridas.

10. Merecem destaque alguns tópicos dos depoimentos colhidos, senão vejamos:

- a) o advogado J. C. S. de C., mandatário de V. T. de A., e amigo do indiciado, tentou localizá-lo no local de trabalho (2a. Recebedoria), para, por seu intermédio, recolher a importância supra referida; não o encontrando, procurou, mais tarde, efetuar o recolhimento na Exatoria Central, casualmente onde se encontrava A. S. G., que se prontificou em prestar-lhe o obséquio de pagar a guia na 2a. Recebedoria, mandando que o Dr. J. passasse no outro dia para receber o comprovante; não obstante, o advogado resolveu procurá-lo no mesmo

dia, encontrando-o na Recebedoria da Azenha e dele recebendo a guia falsificada;

- b) o indiciado informa que prometeu entregar o comprovante no mesmo dia e, por isso, mandou a guia e o dinheiro por um colega — que nunca conseguiu lembrar quem seja;
- c) 25 (vinte e cinco) dias após sua inquirição pela autoridade sindicante, o indiciado retornou perante a mesma, espontaneamente, para dizer ter lembrado que no dia em que foi procurado pelo Dr. J. (23/12), esteve na Exatoria Central um soldado do Exército Nacional, a mando do Cel. K., irmão do Fiel de Tesoureiro G. K.; pedindo informações “a respeito de assunto referente ao veículo do referido oficial”. Lembra ter falado com o soldado 15 ou 20 minutos após ter atendido ao Dr. J. e que encaminhou o soldado à 2a. Recebedoria, onde deveria colher as informações que buscava;
- d) G. iniciou o depoimento, então colhido, dizendo SUPOR ter mandado pelo aludido praça a guia e o dinheiro. Logo a seguir diz que “pediu àquele (sd) para entregar o envelope ao funcionário que o atendesse na 2a. Recebedoria com a recomendação de que a guia, após processada, fosse colocada na mesa de trabalho do declarante para posteriormente ser entregue ao interessado”;
- e) todos os servidores daquele setor de trabalho, ouvidos durante a sindicância, negam ter recebido a guia, embora o indiciado informe que a mesma foi posta em sua mesa, preenchida e autenticada como se efetivamente comprovasse o ingresso do numerário.

11. O inquérito nada mais esclareceu com relação a esse fato. As testemunhas ouvidas, inclusive o indiciado, confirmam as declarações prestadas na sindicância. É de notar-se que A. C. G. continua vacilante, ora afirmando que “não pode precisar, com exatidão, a quem entregou a referida guia, para satisfação do tributo, mas que se atém mais na pessoa de E. C., servidor contratado...”, sem afastar a hipótese de que tenha sido, efetivamente, ao aludido praça; esclarece, ainda, que o soldado não foi falar consigo, mas que o atendeu porque era assunto da 2a. Recebedoria, dizia respeito a veículos.

12. Em 13 de agosto de 1971, o Presidente da Comissão de Inquérito dirigiu ofício ao Senhor Coronel F. K., relatando as alegações do indiciado, que lhe diziam respeito e pedindo que, se realmente ocorreu tal fato, fosse informado o nome do soldado para que pudesse ser ouvido pelo órgão processante (fls. 84); no seu relatório, a fls. 129, lê-se: “no entanto, o referido oficial, apesar de receber o ofício, **não o respondeu**. Era prova circunstancial que interessa à defesa, mas esta dela se desinteressou”.

13. Após encerrada a instrução e decidido o caso, vem o indiciado juntar duas cartas ao pedido de reconsideração: uma do referido Cel. F. K e outra do irmão deste, Fiel de Tesoureiro G. K. O Cel. diz que mandou um soldado, que não lembra quem seja, certo dia de fins de dezembro de 1970, colher informações em torno de um veículo, na Fazenda Estadual, e que tal soldado, ao retornar, informou ter prestado um obséquio a um amigo de seu irmão, sem precisar em que consistiu tal favor. G. K. traz outras informações, também no interesse da defesa do indiciado.

14. A sindicância apurou outros fatos, também reveladores de irregularidades. Assim, verificou as seguintes anomalias:

I — sob o número 02375 foram expedidas três guias com características diversas:

- a) em nome de G. E., no valor de Cr\$ 65,20, em data de 7/4/70, e referente ao automóvel Ford, placas 3.02.55;
- b) em nome de R. F., no valor de Cr\$ 65,20, em data de 7 de abril de 1970, referente ao automóvel Ford, placas 3.02.55;
- c) em nome de M. P. L., no valor de Cr\$ 65,20, em .... 15/4/70, e referente a um automóvel marca Volkswagen;

II — sob o número 08795, foram expedidas duas guias:

- a) em nome de Z. S. M., no valor de Cr\$ 126,00, em 7/4/70, e referente ao automóvel marca Ford, placas 3.02.55;
- b) em nome de A. V. L., no valor de Cr\$ 28,00, em data de 15/4/70, e referente a um veículo Volkswagen.

15. Note-se que a autoridade sindicante, às fls. 43, diz que foram processadas, “mas não foram contabilizadas” as seguintes guias:

02375 em nome de G. E.

02375 em nome de R. F.;

08795 em nome de Z. S. M.

16. As três guias referidas, duplicatas de outras, embora expedidas em nomes diversos, dizem respeito ao mesmo automóvel Ford, placas 3.02.55, de propriedade de Z. de S. M. Note-se também que as três guias referentes ao veículo desta senhora levam a data de 7 de abril e que as outras duas, que levam os respectivos números, foram expedidas em data posterior, isto é, em 15 de abril de 1970.

17. Ocorre que, ouvidos os fiéis de tesoureiro da 2a. Recebedoria, todos negam tenham recebido as importâncias referentes às guias mencionadas no item 15, ao afirmarem que as respectivas rubricas não são deles.

18. O indiciado, depondo na sindicância e no inquérito, respectivamente às fls. 32 e 76, informa que:

“... as guias foram por ele próprio rubricadas, no local reservado ao Escrivão e entregues a um dos Tesoureiros para pagamento, ao qual não se recorda quem seja, mas que pelas rubricas constantes das mesmas lhe parece como sendo do tesoureiro G. K., de quem, após o respectivo pagamento, deve ter recebido as 1a. e 3a. vias, para entregar, posteriormente, à interessada.” (refere-se à Z.)

No inquérito:

“... que as guias de recolhimento de Tributos Diversos, de fls. 8, 9 e 10 do processo (as referidas no item 15), o indiciado reconhece as duas primeiras como sendo autenticadas por ele, na qualidade de Escrivão; que, porém, a de fls. 10 (em nome de Z.), a autenticação é diferente da que usualmente costuma empregar. P. R. que as rubricas do Tesoureiro G. K., não se assemelha a que este, digo, tem semelhança com a que costuma empregar este Tesoureiro.”

19. G. K., depondo a fls. 29, afirma não serem suas as rubricas constantes de tais documentos.

20. Discute-se, no processo, em torno do aproveitamento de numeração de guias canceladas, tendo a defesa procurado justificar a anomalia apontada como oriunda de tais ocorrências. O problema é, no entanto, de ingresso, ou não, do numerário relativo ao tributo e não de pluralidade de guias com a mesma numeração. Mas, o próprio argumento reverte contra o indiciado, pois as guias tidas como falsificadas são de data anterior e, se aproveitamento houve, foi nas numerações das guias autênticas, com os números daquelas em que não se verificou ingresso de tributos e, de conseqüência, que não foram contabilizadas.

21. Em suma, do processo resulta que:

I — o indiciado recebeu dinheiro de J. C. S. de C., para recolher aos cofres públicos e que o recolhimento não se efetivou, sendo expedida guia falsificada;

II — o indiciado recebeu dinheiro de Z. de S. M., para recolher aos cofres públicos e o recolhimento não se efetivou, sendo expedidas guias falsificadas, segundo os depoimentos dos tesoureiros que negam tê-las autenticado.

22. Igualmente resumindo, a versão do indiciado não convence porque:

I — caso tenha prometido ao Dr. J. recolher o tributo, no mesmo dia, sabia não poder fazê-lo, por estar trabalhando em local distante da Recebedoria; caso a promessa tenha sido para o outro dia, desnecessário seria mandar a guia e o dinheiro por terceiro; se o próprio Dr. J. iria buscar o comprovante, mais fácil seria ele mesmo recolher o tributo;

II — demorou um mês para lembrar a possibilidade de ter mandado a guia e o dinheiro, por um soldado, o que é pouco crível, e mais incrível é que, desnecessariamente, alguém faz remessa de documento e dinheiro por um desconhecido. Não tem certeza de que tenha feito a remessa por tal soldado, mas lembra ter recomendado minúcias ao mesmo! A remessa ninguém recebeu, mas a guia apareceu, falsificada, em sua mesa de trabalho, onde o soldado não tinha acesso!

III — o Cel. K. diz ter mandado um soldado colher informações no local de trabalho de seu irmão, que morava com ele, o qual esteve na repartição no mesmo dia 23 de dezembro;

IV — ninguém, nem mesmo o Cel., lembra quem seja esse personagem misterioso, mas lembram detalhes das conversas com o mesmo, capazes de gerar confusão!

V — o Coronel, que não se preocupou em responder ao ofício da Comissão de Inquérito, escreve a carta mencionada, sem revelar nomes, nem mesmo de sua ordenança.

23. O segundo episódio, relativo ao dinheiro recebido pelo indiciado de Z. S. M., ressalta que:

I — foram preenchidas três guias, em nomes diversos, relativas ao veículo de Z. — Ford, placas 3.02.55 —, e tais guias tiveram, em data posterior, a numeração repetida;

II — todos os tesoureiros da 2a. Recebedoria negam o recebimento e autenticação exatamente de tais guias;

III — o indiciado também não lembra a quem efetuou o pagamento. Vê semelhança, na autenticação, à usada por G. K. Este nega tenha procedido à autenticação e preocupa-se em abonar a conduta do indiciado!

24. Por tais motivos é, para nós, invencível a convicção da responsabilidade do indiciado por lesão aos cofres públicos. A dúvida que a prova autoriza, quanto a isso, reside em se o indiciado teve ou não a participação de terceiro na irregularidade.

25. O interesse que os contribuintes demonstraram em efetivar o recolhimento de tributos por intermédio do indiciado, e não mero encaminhamento, mas diligências efetivas deste, não permite chamar desarrazoada a capitulação das faltas do indiciado também no inciso IX do art. 218, mormente quando os fatos se apresentam com a gravidade do presente.

Tendo, pois, como temos, por provada a responsabilidade do indiciado pelas irregularidades apontadas e como bem capitulada a pena demissória, entendemos não merecer acolhida o pedido de reconsideração. Nova prova permitiria, nos termos estatutários, uma revisão, renovando-se a instância administrativa.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 29 de dezembro de 1972.

**Benoni Silveira Souza**  
Dirigente da Equipe de Inquéritos

PARECER N.º 2250/CGE

- ACORDO DE EMPRÉSTIMOS N.º 854-BR, firmado em 14 de agosto de 1972, entre o (...) e o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, suplementar ao contrato, na mesma data, assinado entre o predito Banco e o Governo Federal, para construção e melhoramento de estradas.
- Exame de sua legalidade.
- Legitimidade do Estado-membro para assumir compromissos. Autoridade competente — Governador do Estado. Pressupostos do ato jurídico — art. 82 do Código Civil Brasileiro.
- Arts. 55 e 66 da Constituição do Estado e 42 da Constituição Federal.
- Lei Estadual n.º 6.284, de 25 de outubro de 1972.

Na espécie, o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER — encaminha à consideração, exame e parecer desta Consultoria-Geral do Estado o expediente de fls., protocolado sob n.º 3485/72-CGE, contendo um contrato de financiamento, firmado em 14 de agosto do ano em curso, entre o (...) e o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em complemento de outro contrato de mútuo, da mesma oportunidade, assinado entre o predito estabelecimento de crédito e a República Federativa do Brasil, visando à construção e melhoramento de estradas, nos termos dos correspondentes projetos.

2. Os atos submetidos a exame constam de diversos instrumentos, lavrados em várias vias (...), devidamente publicados no Diário Oficial da União, secção I, parte II, pp. 3677 **usque** 3688, edição do dia 23 de outubro do fluente, onde são definidas as obrigações e direitos das partes, consideradas sob triplice aspecto: técnico, financeiro e legal.

3. A matéria é trazida ao conhecimento da Consultoria-Geral, em razão de sua competência, de acordo com o disposto no art. 87 da Constituição do Estado e da Lei Estadual n.º 4.938, de 25 de fevereiro de 1965, para — na forma do item b, secção 8.02,

art. VIII, do ato complementado —, dizer sobre a legalidade do ato, capacidade do Estado do Rio Grande do Sul, na condição de unidade da federação brasileira, para celebrar o respectivo acordo e, bem assim, competência da autoridade que o subscreve para representar a pessoa jurídica de direito público interno, assumindo, em nome do Estado federado, as obrigações tomadas.

É o relatório.

4. O ato de fls., no que diz respeito com o Estado do Rio Grande do Sul, parte integrante da República Federativa do Brasil (art. 1.º da Constituição Federal), é assinado por Sua Excelência, o Coronel Engenheiro EUCLIDES TRICHES, na qualidade de Governador do Estado legalmente eleito e no pleno exercício de suas funções, eis que empossado no respectivo cargo a 15 de março de 1971, a quem compete, por força do que se contém na Constituição do Estado e leis da República Federativa do Brasil, com privatividade, exercer todos os poderes inerentes ao Poder Executivo, através da “direção superior da Administração Estadual”, nos termos das ordenações constantes do Título I, Capítulo III, Secções I e II, arts. 55 e 66, da Carta Política de 1969 e, no caso, ainda forte em expressa autorização legislativa consagrada na Lei Estadual n.º 6.284, de 25 de outubro do ano em curso, publicada no Diário Oficial do Estado, edição n.º 88, da mesma data, pág. 2.

5. A assinatura aposta no documento, que reconheço como própria, é a usual de Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado.

6. O documento considerado guarda — tanto no que se relaciona à forma quanto ao conteúdo ou substância —, conformidade com as exigências da legislação brasileira e local, aplicáveis à espécie, estando, em consequência, em condições de produzir os efeitos jurídicos desejados e manifestados pelas partes convenientes.

7. As disposições, por outro lado, constantes do art. 42, item IV, da Carta Política Federal, com a redação emprestada pela EMENDA N.º 1, de 17/10/1969, segundo entendimento sufragado por esta Consultoria-Geral, através do Parecer n.º 26/70, da lavra do ilustre Consultor-Geral de então, Dr. ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER, que, ao apreciar caso análogo, teve ocasião de examinar o tema, não têm aplicação, à vista do caráter com-

plementar do ato **sub examine** e da circunstância de que propriamente não estipula o compromisso obrigações de natureza financeira.

8. A validade do ato jurídico pressupõe, na sua formulação, o atendimento dos requisitos postos no art. 82 do Código Civil Brasileiro — (a) agente capaz; (b) objeto lícito; e (c) forma prescrita ou não defesa em lei.

O ato de fls. não apresenta, como se vê, qualquer vício e se reveste de todas as formalidades legais necessárias, porque observados os pressupostos marcados pelo ordenamento legal brasileiro.

9. Em tais condições, entende esta Consultoria-Geral que o compromisso de fls., por celebrado nos termos e com observância das formalidades de estilo, está apto a produzir os correspondentes efeitos jurídicos, formalizados pelas partes.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 16 de dezembro de 1972.

**Orlando Giraldi Vanin**  
Consultor-Geral do Estado

#### **PARECER N.º 2307/CGE**

**APOSENTADORIA** — Impossibilidade da incidência das Leis n.º 2455/54 e n.º 4585/63 a quem não implementou até 15/3/68 as condições necessárias para aposentadoria.

Ao exame desta Consultoria-Geral, expediente em que E. G. L., lotado na Secretaria da Saúde, Posto de São Sebastião do Caí, solicita aposentadoria, amparado na Lei n.º 2455/54.

Por não ter completado o tempo de serviço necessário, nem mesmo com o acréscimo previsto na citada Lei, o seu pedido foi indeferido, tudo nos termos da informação da Equipe de Provisamento e Vacância de cargos da SENA (fls. 30).

Inconformado com a decisão supra, o interessado renovou o seu pedido de aposentadoria, agora amparado na letra "b", inciso I, do artigo 1.º da mencionada Lei n.º 2455, que lhe daria direito a um acréscimo de 2/5 (dois quintos) sobre seu tempo.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 236-242, 1973

Encaminhado o processo à Secretaria de Administração para se pronunciar sobre as vantagens solicitadas pelo servidor, opinou a Comissão de Infortunística, Medicina Ocupacional e de Readaptação — CIMOR — pelo enquadramento do pedido na letra "f" do inciso II do artigo 1.º da Lei n.º 2455/54, deferindo ao requerente o acréscimo de 1/6 (um sexto) sobre o período de 17/6/942 a 15/3/968.

Devolvido então o expediente à Secretaria da Saúde, — pois, não obstante o acréscimo de 1/6 (um sexto), o requerente não possuía tempo de serviço suficiente para a sua aposentadoria — insatisfeito, uma vez mais com a decisão, o interessado pede reconsideração. Negada esta, vem o expediente a esta Consultoria-Geral para se manifestar.

É o relatório.

De todo o conteúdo do presente processo, constata-se que duas são as situações em que o requerente procurou se enquadrar com vistas a obtenção de sua aposentadoria:

- 1.º — com amparo na Lei n.º 2455/54;
- 2.º — com amparo na Lei n.º 4585/63.

2. De acordo com a Lei n.º 2455, de 6 de novembro de 1954, o funcionário terá o seu tempo de serviço, para fins de inatividade, acrescido de 2/5 (dois quintos) ou de 1/6 (um sexto), se, durante o exercício de sua atividade funcional, mantiver, respectivamente, maior ou menor contato com portadores de moléstias infecto-contagiosas ou outros serviços em que ocorra risco de vida e de saúde.

O requerente, Técnico de Inspeção da Secretaria da Saúde, por estar sujeito ao risco de contágio, baseado nesse dispositivo legal, solicitou sua aposentadoria em 27/11/1967. E, nesse sentido, a "CIMOR", reconhecendo que o exercício de sua atividade funcional está sujeito a este risco de contágio, deferiu-lhe, em Parecer prolatado em 9/7/971, o direito de adicionar o acréscimo de 1/6 (um sexto) no seu tempo de serviço, referente ao período de 17/6/942 a 15/3/968, "consideradas as disposições excepcionais e transitórias contidas no artigo 177, parágrafo 2.º, da Constituição Federal de 1967".

3. A segunda situação prevista é saber se, computando mais um sexto (1/6) decorrente da Lei n.º 4585/63, implementava o interessado, até 15/3/968, as condições necessárias para a sua aposentação.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 236-242, 1973

O prazo acima de sobrevida do regime anterior, ressalvado pela Constituição de 1967, garantiu a utilização da chamada "Lei Suely" para aqueles servidores que fizessem jus à inatividade dentro do termo sinalado.

"Tendo o funcionário adquirido o direito à aposentadoria voluntária, segundo os termos da legislação vigente até 15/3/1968, embora não tenha requerido a aposentadoria até o advento da Emenda n.º 1, não perdeu o direito à mesma."

(Parecer 1.047/UAJ, da consultora jurídica Renita Maria Hüllen).

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que apreciando o Recurso Extraordinário 62.361, em 12/11/1968, assim se manifestou:

"Se na vigência da lei anterior o servidor público preenche todos os requisitos para a aposentadoria, o fato de não a haver requerido não importa em perda de seu direito, que já estava adquirido".

(In. Rev. de Dir. Adm. — vol. 98 — pág. 155)

Ocorre, no entanto, que o servidor beneficiado de tempo ficto, proveniente de qualquer lei especial, não poderá se utilizar das vantagens contidas na Lei n.º 4585/63, sobre igual período, "ex-vi" de seu artigo 3.º:

"A vantagem da presente lei não poderá incidir no mesmo período de tempo que já tenha sido acrescido ou reduzido em virtude de leis especiais atinentes a aposentadoria."

Tendo a "CIMOR" reconhecido o seu direito, amparado na Lei n.º 2455/54, de adicionar ao seu tempo de serviço o acréscimo de 1/6 (um sexto), referente ao período de 17/6/1942 a 15/3/1968, sobre esse período não poderá o petionário, simultaneamente, se beneficiar das vantagens da Lei n.º 4585/63.

Dessa forma, não poderá o requerente se beneficiar do artigo 177, parágrafo 1.º, da Constituição Federal de 1967, por não completar trinta e cinco (35) anos de serviço em 15/3/1968. E, não implementando até essa data as condições necessárias para a sua aposentadoria, **perdeu o requerente as vantagens decorrentes da Lei n.º 2455/54, como da Lei n.º 4585/63, por terem sido ambas revogadas.**

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 236-242, 1973

Assim sendo, da grade funcional do servidor deverão ser extornados 1.607 (hum mil seiscentos e sete) dias referentes a um sexto (1/6) da Lei n.º 4585/63, perfazendo, pois, em 15/3/1968, 27 anos, 6 meses e 13 dias, e não 31 anos, 11 meses e 10 dias como consta na referida "grade" e deseja o requerente em sua postulação de 2 de agosto de 1971. Acrescente-se, todavia, que nesses números não estão incluídas as licenças-prêmio averbadas em dobro, as quais também não constam na "grade".

Em conclusão, pela Lei vigente, artigo 101, item III, da Emenda Constitucional n.º 1, o funcionário deverá completar 35 anos a partir do ingresso, o que ainda não ocorreu, incluindo-se nesse tempo, unicamente, além do período normal de serviço público, o tempo militar e as licenças-prêmio em dobro.

É o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 10 de janeiro de 1973.

**José Zachia**  
Consultor Jurídico

DESPACHO DO SENHOR CONSULTOR-GERAL

SENHOR SECRETARIO,

Na espécie, o Técnico de Inspeção da Secretaria da Saúde, E. G. L., solicitou em 27/11/67 sua aposentadoria, pretendendo computar as vantagens asseguradas pela Lei n.º 2.455/54 e pela Lei n.º 4.585/63.

2. Embora a Comissão de Infortunística, Medicina Ocupacional e de Readaptação (CIMOR), ao examinar a situação do requerente, lhe deferisse o acréscimo de 1/6, concedido pelo art. 1.º, inciso II, letra f, da Lei n.º 2.455/54, mesmo assim não logrou implementar o tempo de serviço exigido para a aposentação, até 15 de março de 1968 — ano de sobrevida da legislação anterior, conferida pela Carta Política de 1967.

3. Proíbe, por outro lado, a Lei n.º 4.585/63, em seu art. 3.º, que se acrescente essa vantagem de 1/6 ao tempo de serviço do servidor que sobre o mesmo período de tempo já tenha outros acréscimos, em virtude de leis especiais atinentes à aposentadoria.

4. Excluída, pois, essa vantagem da Lei n.º 4.585/63, por força da própria lei e computada a da Lei n.º 2.455/54, o interessado não preenche as condições exigidas pela Constituição Feder-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 236-242, 1973

ral de 1967, para que prevaleça a legislação especial anterior que o poderia beneficiar.

5. A Consultoria-Geral, em ocasiões diversas, teve oportunidade de, examinando a matéria, pronunciar-se a propósito do tema, concluindo sempre no sentido de que, exaurido o prazo de **sobrevida** dado pela Constituição Federal de 1967 à legislação anterior, o direito dos servidores passaria a regular-se, por inteiro, pelo sistema implantado, pela nova ordem jurídica.

A legislação, mesmo no plano estadual, que se mostrasse incompatível ou conflitante com as disposições do novo ordenamento jurídico, por infringente da lei maior, seria **ineficaz**, pela eiva de **inconstitucionalidade**. Lei inconstitucional não é lei e, como tal, não pode obrigar ninguém. (ut Parecer n.º 2034, in "Revista da Consultoria-Geral do Estado", vol. 2, n.º 3, pp. 234 a 247 e "Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo", vol. n.º 3, pp. 35/49).

Aos Estados, de feito, falece competência para criar novas condições, eis que, na forma do mandamento posto no art. 103, da Constituição Federal de 1967, com a redação trazida pela EMENDA n.º 1 de 1969, só o Governo Federal, mediante "**Lei Complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República**", poderá editar norma capaz de alterar os pressupostos inscritos na Carta Federal — quer para reduzir o tempo necessário, quer para valorizar serviços ou prever qualquer outra exceção "**às regras estabelecidas**" — para efeitos de aposentadoria. (ut art. 108, combinado com o art. 103, da C. F.)

6. Essa linha de pensamento foi sustentada nos Pareceres n.ºs 1109/UAJ; 1894/GAJ; 2294 e correspondente despacho de encaminhamento (Proc. 2486/72 — Sec. Adm.; 8944/72-SEC e .. 1848/72-CGE), os quais se harmonizam com o magistério pretoriano, consagrado pelo Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (ut "Revista Trimestral de Jurisprudência" n.º 61, pág. 240).

7. No despacho de encaminhamento do Parecer n.º 2294, da lavra do Consultor Jurídico EMÍLIO RODRIGUES, de 23 de dezembro de 1972, depois de reafirmar a tese esposada no estudo do autor do trabalho, trazendo à colação o ensinamento pretoriano, transcrevi uma passagem do Acórdão proferido no RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 72.665, com que o eminente Senhor Ministro Relator, Dr. OSWALDO TRIGUEIRO, fundamentou seu voto e, parcialmente, do seguinte teor:

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 236-242, 1973

" Antes da Constituição de 1967, os Estados tinham o poder de legislar, com amplitude, no concernente ao regime de seu serviço público. Sabemos que essa prerrogativa incorreu em excessos de vária sorte, como, por exemplo, o da soma de tempos simultâneos, o da contagem em dobro ou com acréscimos proporcionais, o da redução, até para quinze anos, do mínimo exigido para a aposentadoria.

Mas o regime constitucional vigente inovou, nesse particular e, praticamente, extinguiu a liberdade de ação de que os Estados gozavam.

O regime do serviço público tem suas normas básicas fixadas nos artigos 97 a 111 da vigente Constituição. Estatui expressamente o art. 108 que o disposto em toda a seção referente ao funcionalismo se aplica aos funcionários dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O art. 112, § 3.º, prescreve que o tempo de serviço público — federal, estadual ou municipal — será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma da lei. E o art. 103 declara: "lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade".

Vê-se, assim que, sob a atual Constituição, o regime jurídico de todo o funcionalismo, está balizado pelo direito federal, e que somente este pode dispor sobre tempo de serviço.

.....

Por outro lado, contrariou o art. 103 da Lei Maior, segundo o qual somente o Congresso Nacional, por via de lei complementar, pode estabelecer exceções às regras gerais concernentes a tempo de serviço, para aposentadoria ou disponibilidade..." (grifei)

6. Cumpre, assim, cancelar o tempo ficto averbado, em razão de leis derogadas.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 236-242, 1973

7. Em tais condições e, ainda, porque nessa linha de pensamento se coloca o autor do Parecer de fls., n.º 2307, Consultor Jurídico JOSÉ ZACHIA, é que acolho e adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

8. Anote-se, ordene-se o processo, numerem-se as folhas e, com as homenagens da Consultoria-Geral, restitua-se o expediente a Sua Excelência, o Senhor Secretário da Saúde.

Em 19/1/1973.

**Orlando Giraldi Vanin**  
Consultor-Geral do Estado

**TRABALHOS FORENSES**

**MANDADO DE SEGURANÇA, EXECUTIVO FISCAL E  
JUIZO DE FALÊNCIA**

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL vem impetrar **mandado de segurança**, com pedido de **liminar** contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara de Falências e Concordatas, pelos motivos que passa a expor:

**Os Fatos**

1. O Impetrante ajuizou executivo fiscal contra C. S/A — I. C. para a cobrança da quantia de Cr\$ 70.667,53 e acréscimos, tendo o feito sido distribuído à 1a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública, onde tomou o n.º 98.045 (doc. junto).
2. Tendo sido decretada a falência da executada, a citação foi feita na pessoa do síndico, em 9/8/72 (doc. junto).
3. Na mesma data foi feita a penhora, que recaiu sobre o imóvel sido nesta cidade, à rua Itapuí, n.º 383, tendo o síndico sido devidamente intimado (doc. junto).
4. Tendo o Juízo da Falência anunciado o leilão do imóvel penhorado pelo Estado, o Dr. Juiz de Direito da 1a. Vara da Fazenda, atendendo a requerimento do Impetrante, lhe oficiou solicitando a suspensão do leilão (doc. junto).
5. A autoridade coatora recusou-se a suspender o leilão, dizendo:

“Ofício n.º 808/72

Porto Alegre, 10 de agosto de 1972.

SENHOR JUIZ:

Acuso o recebimento de vosso ofício n.º 255/72, datado de 9/8/1972, referentemente aos autos da Exe-

cução Fiscal movida pela Fazenda Estadual contra C. S/A. — l. C., e informo a V. Exa. que este juízo exarou o seguinte despacho: "J. Comunique-se ao MM. Juiz de Direito da 1a. Vara dos Feitos da Fazenda, que o leilão será realizado, devendo a Fazenda Estadual, no momento oportuno, requerer as providências cabíveis, para ser incluído no rateio que será feito para pagamento dos débitos fiscais. Em: 10/8/72".

Aproveito o ensejo para apresentar a V. Exa. protestos de distinta consideração.

**Elido Sampaio Moreira**  
Juiz de Direito".

6. Não houve arrematação e o Juízo de Falências e Concordatas anunciou novo leilão, agora para o dia 13/9/72 (doc. junto).

7. Como se observa, a autoridade coatora, persiste em levar a leilão o imóvel penhorado pelo Estado.

#### O Direito

8. A cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita à habilitação em falência (Código Tributário Nacional, art. 187. Decreto-Lei n.º 960/38, art. 60). Nem a declaração da falência suspende o andamento do executivo fiscal ou impede a proposição de outros (Decreto-Lei n.º 858/69, art. 2.º).

9. Não obstante tão claras e notórias disposições legais, a autoridade coatora insiste em submeter o Estado ao juízo falimentar, solicitando até mesmo a remessa de executivos fiscais para a Vara de Falências e Concordatas (cf. doc. junto)!

10. É direito líquido e certo do Estado: a) o de propor e prosseguir no executivo fiscal, não obstante a decretação da falência do executado; b) não se sujeitar ao juízo da falência. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 22, p. 177, v. 9, p. 239 e v. 31, p. 185; Revista dos Tribunais, v. 137, p. 463; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Processo de Falência e Concordata*, 1970, v. 1.º, p. 230; WALTER T. ALVARES, *Direito Falimentar*, 4a. ed., 1971, v. 1.º, pág. 198/199.

11. Bem arrecadado em falência pode ser penhorado em executivo fiscal. É a conseqüência lógica das disposições contidas no Código Tributário Nacional, art. 187, e DL n.º 858/69, art.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 245-248, 1973

2.º. Assim entende a jurisprudência: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS, vol. 31, págs. 163 e 195; S. T. F., cf. Francisco Raitani, em *Falência e Concordata*, pág. 178.

12. Tanto a arrecadação, na falência, como a penhora, tiram do réu o poder de dispor. Este poder de disposição é assumido pelo Juiz e se manifesta: a) no poder de nomear e destituir o depositário e b) no poder de ordenar ou não ordenar a praça, o leilão ou autorizar a venda por iniciativa particular.

13. Havendo arrecadação pelo Juiz da Falência e penhora por Juiz dos Feitos da Fazenda Pública, em executivo fiscal, qual deles é que tem o poder de disposição?

14. Indubitavelmente, é o Juiz dos Feitos da Fazenda. De outro modo, o Estado ficaria sujeito ao juízo falimentar, como quer a autoridade coatora: "... devendo a Fazenda Estadual, no momento oportuno, requerer as providências cabíveis, para ser incluído no rateio...".

15. Tal é a claríssima lição de FRANCISCO RAITANI, comentando acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no RE. n.º 6.850:

"Pode assim a Fazenda a cobrar-se diretamente e em seu Juízo Especial seus créditos fiscais; não carece de habilitar-se, nem se sujeitar ao concurso de credores, podendo o seu mandado de cobrança ter execução específica sobre bens da massa, tantos quantos bastem para a garantia do principal, juros e custas (art. 13 do D. L. n.º 960) bens esses que serão destacados da massa ou acervo, e entregues ao depositário nomeado pelo Juízo privativo da Fazenda.

Tais bens ficarão, desde então, escapos dos efeitos do processo falimentar, constituam ou não garantia especial de determinados credores, cujos direitos não podem obstar a execução da Fazenda sobre os próprios bens arrecadados" (*Falência e Concordata*, pág. 178, doc. junto).

16. Se os bens penhorados pela Fazenda devessem continuar à disposição do juízo falimentar, seriam inócuas as disposições legais que dispensam a Fazenda da Habilitação na falência. Pois esperar que o juízo da falência efetue a venda de bens, para só depois

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 245-248, 1973

poder a Fazenda receber o que está sendo cobrado através de executivo fiscal, importa em submeter a cobrança judicial do crédito tributário àquele juízo.

17. Não se argumente que a Fazenda não terá prejuízo algum com a realização do leilão, eis que sua garantia estaria no preço. E por dois motivos: primeiro porque, processualmente, como já se disse, o juízo da falência não tem mais o poder de disposição sobre o bem; segundo porque estaria o Estado impedido de usar do direito de adjudicar o imóvel, com as vantagens que a lei lhe faculta (art. 37, DL 960/68).

### **O Pedido**

ISTO POSTO, pede a concessão de liminar, para o efeito de suspender-se o leilão, anunciado para o próximo dia 13/9/72. Outrossim, pede, seja afinal concedida a segurança, assegurando-se ao Estado o direito líquido e certo de não se sujeitar ao juízo falimentar, devendo, portanto, proceder-se à arrematação do bem penhorado pelo Estado em seu Juízo Privativo, que é o dos Feitos da Fazenda Pública.

Requer a notificação da autoridade coatora, para prestar as devidas informações e dá à causa o valor de Cr\$ 70.000,00.

Pede Deferimento.

Porto Alegre, 11 de setembro de 1972.

**José Maria Rosa Tesheiner**  
Coordenador da Unidade de  
Defesa Judicial

**Maurício Azevedo Moraes**  
Advogado de Ofício

**Jorge Arthur Morsch**  
Consultor Jurídico

(\*) Vide acórdão à pág. 263.

**JURISPRUDÊNCIA**

**RECURSO EXTRAORDINARIO N.º 74.241  
RIO GRANDE DO SUL**

**EMENTA:** — Ação de locupletamento fundada em cambial não registrada. Prejuízo do autor, não negado pelo réu, dispensa prova específica (art. 209 do Código de Proc. Civil).

Recurso conhecido e provido para restabelecimento da sentença que julgou procedente a ação.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator.

Brasília, 14 de novembro de 1972.

**Thompson Flores**  
Presidente

**Xavier de Albuquerque**  
Relator

**R E L A T Ó R I O**

**O SR. MINISTRO XAVIER DE ALBUQUERQUE:** — Como endossatário de letra de câmbio não registrada, do aceite da recorrida, moveu-lhe o recorrente ação ordinária de locupletamento fundada no art. 48 do Dec. 2.044/1908. A contestação versou, em preliminar, a carência da ação, que decorreria da nulidade do título por falta de registro (D. lei n.º 427, de 22/1/69, e Decreto n.º 64.156, de 4/3/69), e sua conseqüente inexistên-

cia como cambial, pelo que não podia ser cobrado nem executiva nem ordinariamente (f. 100). No mérito, disse a contestação que, sendo nula a cártula, desaparece a dívida; que, na melhor hipótese, o autor teria ação contra o sacador-endossante, não contra a ré aceitante.

A sentença julgou a ação procedente, depois que o saneador afastara, sem recurso, a preliminar de carência. Mas a Eg. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul veio a reformá-la, provendo apelação da ré, sob o fundamento de que o autor não fizera prova do enriquecimento injusto.

Daí o recurso extraordinário do autor, fundado na letra d e apontando dissídio com julgado do Tribunal de Alçada de São Paulo, que diz:

“ O título cambial constitui prova hábil para a propositura da ação de locupletamento, competindo ao devedor demonstrar o seu pagamento, total ou parcialmente feito” (RT 230/440).”

Argumenta também o recorrente que o fato do prejuízo não demandava prova específica porque, necessariamente afirmado na inicial com a só propositura da ação de locupletamento como tal, não sofreu a menor contradita do réu (art. 209 do Cód. de Proc. Civil), pelo que o contraditório se fixou apenas nas questões de direito suscitadas na contestação.

É o relatório.

### V O T O

O SR. MINISTRO XAVIER DE ALBUQUERQUE (Relator): — Embora dizendo-o fundado na letra d, tão somente, é visível que o recorrente também embasa o recurso na letra a, aspecto sob o qual verbera a inaplicação do art. 209 do Cód. de Proc. Civil. Esse fundamento está mais explicitamente desenvolvido na sustentação do recurso, peça cuja introdução constitui, sem favor, página antológica de direito processual.

Conheço do recurso por ambos esses fundamentos, e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de primeira instância.

Tenho como certo que o prejuízo é pressuposto da ação de locupletamento, e como tal há de ser provado, mas segundo as regras de direito probatório inscritas no Cód. de Processo Civil. Exatamente por ser pressuposto da ação, a propositura desta importa a sua afirmação. Se o réu o nega, ainda que pura e simplesmente, admito que se devolva ao autor o ônus de prová-lo.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 251-253, 1973

Mas se o réu sequer o põe em dúvida na contestação, não vejo sentido em atribuir-se ao autor o ônus da inutilidade, que é a prova do incontestado.

Não há, no caso, necessidade de voltarem os autos à Primeira Câmara Cível do Eg. Tribunal a quo, para que aprecie o que poderia parecer a questão remanescente, isto é, a da nulidade do título por falta de registro, porque essa questão já foi decidida de envolta com o mérito. Na verdade, o voto do Relator admite a ação de locupletamento fundada em título não registrado, tanto que afirma servir este como começo de prova escrita (f. 55). Esse voto foi acompanhado pelo Revisor, o ilustre Presidente da Câmara, ao passo que o do Vogal acrescentou que ficara ressalvada, com o saneador irrecorrido, a possibilidade da propositura da ação ordinária, valendo aquele documento inicial (o título não registrado) como começo de prova.

Como disse, conheço e dou provimento, para que prevaleça a sentença de primeiro grau.

### AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 56.439 — RS.

Ag 56.439 — RS — Agte. T. S/A. I. de T. (Adv. Waldyr Borges Jr.) Agdo. Estado do Rio Grande do Sul (Adv. Maria Dulce Pôrto Brasil).

Despacho. Vistos. 1. Assim resumiu a espécie a sentença de fls. 34: “Verifica-se que a impetrante adquiriu matéria-prima de origem vegetal, casca de acácia negra, e quando desta aquisição o I. C. M. correspondente ficou com seu pagamento diferido, segundo as normas do art. 7.º, inciso IV, do Decreto n.º 18.389, de 20 de janeiro de 1967, Regulamento do I. C. M. então em vigor. Dita matéria-prima foi utilizada na produção de tanino, posteriormente destinado à exportação. A exportação do tanino está imune da tributação de I. C. M., por obediência ao art. 23, § 7.º, da Constituição Federal. Como tal imunidade seja de caráter objetivo, segundo o vem entendendo os Tribunais e está, sumulado pelo Pretório Excelso, a impetrante se nega agora de pagar o I. C. M., relativo à matéria-prima. Não quer discutir o favor fiscal estadual decorrente de sua utilização como matéria-prima em porcentagem inferior a 50% do valor do produto resultante de sua industrialização; pretende, sim, que o diferimento para a etapa posterior a sua industrialização fez o tributo

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 253-255, 1973

eventual sobre a matéria-prima absorver-se na imunidade objetiva decorrente da destinação do produto ao exterior.”

2. E denegando a segurança impetrada para excluir a exigência fiscal, assim argumentou a sentença: “A tomada de posição da impetrante usa como pressuposto ser o diferimento uma não incidência. O raciocínio é o seguinte: se o imposto não incidiu quando a matéria-prima saiu do produtor primário para o industrial, não mais poderá incidir — porque imune estará a nova saída quando o produto resultante sair para o exterior. Entretanto, o argumento não se funda, senão, em um falso conceito de diferimento. Diferir não é mais do que transferir a cobrança de um imposto, já incidente na própria operação, para a operação seguinte. Quando os produtores primários de casca de acácia fizeram sair o produto (matéria-prima) a operação de saída significou a incidência do I. C. M.; apenas por conveniência legal, a cobrança do tributo ficou adiada para a etapa seguinte, inclusive transferida a responsabilidade de seu pagamento ao promovente dessa operação subsequente. Portanto, quando a impetrante promoveu a saída do tanino foi chamada pelo Estado a pagar o I. C. M. diferido e relativo à casca de acácia. Por virtude do art. 25, inciso IX, da Lei Estadual n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1966, e do art. 4.º, § 5.º, e do artigo 30 do Decreto Estadual n.º 18.389, de 20 de janeiro de 1967, (o § 5.º com a redação dada pelo Decreto n.º 18.466, de 27 de março de 1967), a impetrante está sendo obrigada a pagar o I. C. M. sobre a casca de acácia que os produtores primários deixaram de pagar (diferimento) e não sobre o produto industrializado destinado à exportar (imune).”

3. Mantida, a decisão em agravo, pretendeu a impetrante recorrer extraordinariamente, com fundamento nas alíneas “a” e “c”, alegando que no caso, houve contrariedade ao disposto no art. 23, parágrafo 7.º, da Constituição Federal e que foi julgado válido ato do Inspetor Geral do ICM, contestado em face do mesmo dispositivo constitucional. Denegado o apelo interpôs-se o presente agravo, opinando a Procuradoria Geral pelo indeferimento.

4. Como bem se observou às fls. 73, “o apelo extremo teve negado seu seguimento, por ter a decisão recorrida refletido o correto entendimento do apontado art. 23, § 7.º, da Lei Maior, respeitando a imunidade objetiva, quanto ao I. C. M., dos produtos industrializados destinados a exportação (Súmula 536). Pretende a agravante que a não incidência do tributo sobre tais produ-

tos deve abranger, também, a circulação da matéria prima, na fase anterior a sua transformação industrial. Mas, tendo a Constituição estabelecido, com meridiana clareza que o imposto, “**não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados**” (grifamos), dispensável se mostra maior esforço interpretativo para chegar-se a conclusão de que a circulação da matéria prima não se incluirá entre tais operações, com as quais não se identificam e não se podem confundir. A casca de acácia, em causa, apenas alimenta um processo industrial do qual surge, como produto de características próprias, o tanino. Demonstrado estivesse, todavia, ser o valor da matéria-prima, no caso, inferior a 50% do valor do produto acabado caberia o benefício da não incidência, mas em decorrência de extensão legal da imunidade como um “plus” a favor do contribuinte (Decreto-lei número 406, de 31/12/68, e Leg. do Estado), e não por força do mandamento constitucional, cujo alcance é o da literalidade. Entretanto tal comprovação, que, ressalte-se, constitui matéria de fato, não foi feita nos autos. Ademais, a imunidade tributária objetiva, no bom entendimento da lição de Pontes de Miranda (Com. Const. 1967 vol. II, pág. 499), compreende, que levam o produto acabado da fábrica ao exterior. De conseguinte, não se distinguirá inconstitucionalidade em ato ou lei estadual que estabeleça tributo sobre a matéria-prima. O debate da questão referente ao diferimento do imposto parece de secundária relevância, posto que este não significa outra coisa que adiamento. Na etapa em que o tributo vier a tornar-se exigível, efetua-se o pagamento de seu total, se não houver imunidade, não incidência ou isenção para as etapas subsequentes. Ocorrendo uma das hipóteses de não exigência, o imposto será, naturalmente, pago no montante da parcela diferida. Como na hipótese só se favoreçam as operações objetivamente destinadas a exportação do produto acabado, em si, inexcusável se mostra o recolhimento, desde logo, do imposto correspondente a circulação da matéria-prima, conforme acertadamente decidiu a respeitável instância recorrida.” Não há, portanto, na exigência de pagamento do I. C. M. devido pelo produtor da matéria-prima e de recolhimento diferido para outra oportunidade (matéria-prima cujo valor não se demonstrou inferior a 50% do valor do produto industrializado) qualquer ofensa a texto constitucional. O invocado texto da Constituição não exclui possa ser cobrado o tributo sobre a casca de acácia (matéria-prima), pois imune à tributação é o produto exportável (tanino). E a este, ou às operações que o destinem ao exterior, não se refere o tributo exigível. Nego, pelo exposto, provimento ao agravo. Arquite-se.” Brasília, 14 de fevereiro de 1973. (a) **Rodrigues Alckmin.**”

**DESPACHO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS AUTOS DO AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 19.002 — PORTO ALEGRE**

Vistos os autos.

E. K. interpõe recurso extraordinário pelas letras “a” e “c” do art. 119, III, da Constituição da República, por violação do art. 107, parágrafo único, da mesma Lei Magna, pela qual a responsabilidade civil do funcionário só pode ser apurada em ação judicial, não se permitindo assim desconto em folha de indenização sem decisão dessa natureza.

A Egrégia Câmara afirmou realmente que “o desconto em folha para ressarcimento da Fazenda Pública não depende da prévia comunicação judicial”, pois que o “desconto pode resultar de mero inquérito administrativo sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional do ato administrativo”, se eivado de “abuso de autoridade ou ilegalidade”.

Inadmito o recurso. A regra constitucional de se permitir a ação regressiva ao Estado contra o servidor, em caso de danos a terceiros, não se aplica propriamente à espécie em que se cuida de impor ao faltoso penalidade prevista e que inclui também o ressarcimento a longo prazo de prejuízo causado à Administração. Sabe-se que a Administração se realiza através de poderes e direitos, mediante “procédures privilégiées dont la base est la décision exécutoire munie de la prérogative du préalable”. (M. Hauriou, D. Adm., p. 401, Lbr. Sirey, 1907). A execução forçada via administrativa, aliás, se caracteriza em a autoridade executar por si mesma os preceitos que decreta (“Jede Behörde vollstreckt im allgemeinen die von ihr erlassenen Verfügungen Selbst”. — Fritz Pleiner, Inst. des Deutschen Verwaltungsrechts, p.p, Scientia Aalen, 1960). Entende-se que se faz necessária naturalmente lei que autorize. Afirma-se, porém que toda ordem de autoridade está provida de poder coativo para execução forçada, sendo a lei necessária somente em casos especiais (“Da jeder obligkeitliche Befehl von Haus ous mit Zwangsgewalt ausgestattet ist, so bedarf die Behörde zur zwangsweisen Vollstreckung ihrer Verfügung nur insoweit einer besonderen gesetzlichen Erm “achtung, als...” Fleiner op. cit., p. 218; cfr. também Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, p. 333, Heildeberg, 1948). Entre nós por igual se exige “autorização expressa em lei”, considerando-se a execução como “em caráter provisório, porquanto fica sempre à mercê de ulterior apreciação jurisdicional”. (Seabra Fagundes, Contr. dos Atos Adm., ps. 244/248. Forense, 1957).

O servidor policial-militar, no caso, ao ingressar no serviço público pelo ato-condição se investe em uma situação “legal y

reglamentária”, estabelecida pelo Estado, que a pode modificar (G. Jèze, Der. Adm., 2.º — p. 270, Depalma, 1949. A. de Laubadère, Dr. Adm., 689, D. Auzias, 1953). E considerando esse relacionamento, direito e deveres do servidor, a lei existente, bem como tendo em vista ato praticado pelo recorrente, apurado em inquérito administrativo regular, a autoridade impôs quinze dias de prisão, interdição de dirigir viaturas da Unidade e desconto mensal em folha, ou seja, coação sobre a pessoa (prisão e interdição) e patrimônio. Evidente que fica ao alcançado pela sanção administrativa, como sublinham os DD. e o próprio venerando Acórdão recorrido, fica a possibilidade da via judicial nos casos de abuso ou ilegalidade. Esse controle “a posteriori” confirma, em tese, a legitimidade de agir da autoridade. E com este sentir igualmente se expressaram decisões de outros tribunais egrégios, uma de relator eminente que hoje dignifica a Suprema Corte, e particularmente, na espécie, não se discutiu o mérito das sanções administrativas, matéria ampla, aliás, para o mandado de segurança.

Publique-se e intime-se.

Porto Alegre, 27 de dezembro de 1972.

**Manoel Brustoloni Martins**  
Presidente

**AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 19.002 — PORTO ALEGRE**

**BRIGADIANO**

Desconto em folha para ressarcimento da Fazenda Pública em razão de danos causados à viatura que dirigia. Não depende da prévia comunicação judicial, pois o desconto pode resultar de mero inquérito administrativo, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional do ato administrativo, desde que eivado de abuso ou ilegalidade.  
Segurança.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, à unanimidade, em Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça dar provimento a ambos os recursos para in-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 257-261, 1973

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 256-257, 1973

deferir a segurança, cassada a liminar de conformidade e pelos fundamentos, constantes das notas taquigráficas anexas, que ficam integrando o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Desembargador Emílio Alberto Maya Gischkow.

Porto Alegre, 13 de setembro de 1972.

**Paulo Boeckel Velloso**  
Presidente e Relator  
**Bonorino Buttelli**

### RELATÓRIO

O SR. PRESIDENTE — (DES. PAULO BOECKEL VELLOSO) — Eminentes Colegas. E. K., soldado da Brigada Militar servindo no Corpo de Bombeiros, onde era motorista, sofreu acidente de trânsito em 12 de novembro de 1971, quando dirigia viatura de sua unidade, com danos materiais.

Fez-se o levantamento, que diz ter sido superficial no tocante ao vulto dos danos e que foram estimados na importância de Cr\$ 6.726,00.

A seguir foi determinado o desconto de Cr\$ 100,00 mensais, em sua folha de pagamento, a partir de fevereiro do corrente ano.

No mês imediato, dando-se conta da primeira parcela descontada, impetrou a presente segurança, fundado em que a determinação do desconto seria ilegal porque ainda não houve pronunciamento do judiciário a respeito, não estando definida a culpa pelo acidente. Além disso, o recorrente diz ter-se informado com respeito ao valor exato dos danos e, ao que soube, a importância correspondente seria bem menor do que aquela que lhe estava sendo exigida. Daí a impetração da presente segurança com pedido de liminar, que foi concedida.

A autoridade apontada como coatora prestou informações, dizendo que o ato impugnado não partiu do Comando Geral da Brigada Militar, autoridade indicada como coatora, mas sim do comandante da unidade do Corpo de Bombeiros. No entanto, junta cópias do relatório da ocorrência e a solução do inquérito policial-militar que ensejou o desconto em apreço.

O Dr. Promotor Público emitiu parecer. Preliminarmente opinou pela carência da segurança por não ser o Comando da Brigada Militar a autoridade coatora. No mérito é pela concessão.

O magistrado proferiu sentença, rejeitando a preliminar e, no mérito, concedeu o mandado.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 257-261, 1973

Recorreu de ofício.

O Estado recorreu, sustentando que o termo "ação" do artigo 107, parágrafo único da Emenda Constitucional n.º 1, não significa "processo". Pode ser ação no sentido de direito material; que o Poder Executivo tem competência própria para afirmar a culpa e determinar o desconto, conquanto sujeito a posterior controle judicial. Lembra que até mesmo o empregador privado tem poder para descontos, nos termos do artigo 462, § 1.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Inexistindo irredutibilidade de vencimentos, não é inconstitucional o desconto.

Cita decisão do egrégio Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível n.º 4532, que se vê em "Revista de Direito Administrativo" Vol. 38, pág. 107 a 110, onde até se excluía totalmente a apreciação judicial. Cita também acórdão da 5a. Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, firmando a tese da inexistência de qualquer texto constitucional que impeça a administração de descontar dos vencimentos dos funcionários os prejuízos por estes a ela causados, e que está na "Revista dos Tribunais", vol. 343, pág. 250.

Responde que, quanto ao excesso no percentual do desconto, entrevisto também na sentença, a solução estaria em sua redução ao máximo permitido em lei.

A sentença foi mantida.

Nesta instância o Dr. Procurador da Justiça emitiu parecer que é pelo provimento de ambos os recursos.

É o relatório.

### VOTO

O SR. PRESIDENTE — (DES. PAULO BOECKEL VELLOSO) — RELATOR — Eminentes Colegas. Inclino-me pelo provimento de ambos os recursos. O fato que ensejou o malsinado desconto foi considerado ilícito administrativo, caracterizado como conduta incorreta do servidor em relação à administração pública, em razão da qual sobreveio, para esta última, um dano de vulto, tanto para o veículo da Força Pública, como para veículos particulares, relativamente aos quais o Estado, será obrigado a indenizar, com a faculdade constitucional de regressar contra o servidor.

Mas isto não quer dizer que a referida provisão constitucional, esclarecedora do sentido da responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus servidores e que permite à administra-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 257-261, 1973

ção ressarcir-se contra o servidor quando este seja culpado, seja sequer aplicável na hipótese de relação estabelecida entre a própria administração e seu servidor que lhe causou prejuízos e dos quais ela procura fazer-se pagar.

Por via de mero inquérito administrativo ela poderia impor ao faltoso a penalidade máxima, que seria a demissão, desde que configurada a falta grave.

Optou pelo mínimo, ou seja, por uma penalidade de pouca expressão, e pelo ressarcimento em longo prazo, e para tanto não vejo como se deva exigir sempre e previamente a apreciação judicial em torno da existência de culpa ou mesmo valor do dano, ainda quando aquela resulte apurada. Nada impede que o servidor desconforme recorra ao Judiciário para demonstrar a sua não culpabilidade ou o exagero do valor que lhe é exigido, ou ainda a proporção em que o desconto pesa sobre os seus vencimentos. Aí está a faculdade constitucional do controle jurisdicional dos autos administrativos que se revelem ilegais ou abusivos. Nunca, porém, subordinar à intervenção judicial sempre que, em razão de algum dano praticado, contra o servidor civil ou militar, cogite a administração de se fazer ressarcir do valor respectivo. Não se trata de uma questão de valor do dano, mas de regra geral de direito administrativo. O militar que danifica o armamento que lhe é confiado ou qualquer equipamento responde perante a Fazenda, que se faz pagar do prejuízo mediante desconto em folha. Isto está na lei e é de pacífico entendimento na esfera administrativa. Se esta é a regra, não importa o vulto do dano causado nem a natureza da coisa avariada.

De qualquer modo, entendo absolutamente inviável a utilização do mandado de segurança para discutir matéria de fundo.

A prefacial, no entanto, do cabimento do mandado ante a consideração de que o desconto nos vencimentos do servidor em virtude do dano causado por ele à Fazenda sem prévia apreciação judicial, esta sim, se presta para ser discutida, e esta rejeito. Não entrevejo aí ilegalidade alguma. Tudo mais é matéria de prova que só pelas vias ordinárias e mediante provocação do interessado poderá ser esclarecido satisfatoriamente, já que as alegações da inicial são contestadas.

Dou provimento, assim, a ambos os recursos para indeferir a segurança.

Não entro na apreciação de um ponto focado pela sentença relativamente ao excesso do valor do desconto em relação ao valor que ele percebe, porquanto isto não constituiu objeto do pedido. A impetração não tem em ponto algum qualquer reclamo

quanto a esse pretendido excesso. De sorte que se for o caso, oportunamente ainda poderá o impetrante fazer valer o seu direito. Mas a inicial não toca nesse ponto e não tenho elementos para apreciá-lo.

O DES. BONORINO BUTTELLI — De acordo com o voto de V. Exa.

O DES. EMÍLIO ALBERTO MAYA GISCHKOW — De acordo com V. Exa.

O SR. PRESIDENTE — (DES. PAULO BOECKEL VELLOSO) — Agravo de Petição n.º 19.002, de Porto Alegre — Deram provimento a ambos os recursos, cassada a liminar.

#### PARECER DO SR. PROCURADOR DA JUSTIÇA NO AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 19.002 — PORTO ALEGRE

Pode o Estado ressarcir-se dos danos que lhe são causados por servidor público, mediante o desconto em folha de pagamento, independentemente de prévia apreciação judicial?

Eis a “vexata quaestio” a ser tangenciada e esclarecida no presente julgamento!

A respeitável sentença recorrida concluiu negativamente e afirma em determinada passagem: “... Só o Poder Judiciário sobre isto poderia decidir, contanto que não houvesse, como não houve, acordo privado entre os interessados.” (fls. 29).

Já o ilustrado promotor público, em seu parecer de fls. 20 a 25, depois de analisar detalhadamente o problema, conclui nos seguintes termos: “... c) o ato impugnado só poderia prevalecer após sentença que afirmasse a culpa ou o dolo do impetrante, e estabelecesse a quantia devida.” (fls. 24).

A Consultoria Geral do Estado, em longo e brilhante trabalho (fls. 32 a 44), na sustentação do presente agravo, toma decidida posição divergindo daqueles pronunciamentos e pedindo a reforma da respeitável sentença recorrida.

O digno signatário daquelas razões traz como ilustração a estas uma fotocópia de um acórdão do egrégio Tribunal Federal de Recursos, cuja ementa é a seguinte:

“ — A administração pública tem que dispor, forçosamente, de certo elastério no que concerne à repressão disciplinar de seus servidores.” (fls. 45)

Como se lê no corpo daquele acórdão, o Tribunal Federal de Recursos esposa tese muito mais avançada que a reclamada pelo ora agravante: sustenta que não só o desconto independe de prévia apreciação judicial, como também que o Poder Judiciário não pode, mesmo a posteriori, declarar a inexistência de culpa do servidor público.

2. Estamos com o eminente Coordenador da Unidade de Defesa Judicial do Estado e nos reportamos inteiramente às bem elaboradas razões de S. Excia., inclusive quando se declara apolo-gista do meio termo, da temperança, do “in medio virtus”, admitindo expressamente que não se pode subtrair à apreciação imparcial, serena e comedida do Poder Judiciário, no seu devido tempo, e com isso evitando-se possíveis enganos e abusos que possam levar à injustiça, nos casos concretos.

O que não é possível, data venia, é pretender-se a negação de atribuições próprias do Poder Executivo e que lhe são conferidas, expressamente, por lei. E muito menos através de mandado de segurança...

3. Deixamos a critério dessa egrégia Câmara o exame da percentagem que vem sendo descontada dos vencimentos de E. K., muito elevada em face dos minguados proventos que auferia aquele servidor. O justo seria que lhe fossem descontados 20% do que percebe, a qualquer título.

4. Opinamos, assim, salvo melhor juízo, seja provido o presente agravo de petição, reformando-se a respeitável sentença recorrida.

Porto Alegre, 28 de agosto de 1972.

**Elias Rebello Horta Jr.**  
Procurador da Justiça.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 261-262, 1973

## MANDADO DE SEGURANÇA N.º 19.317 — PORTO ALEGRE

Mandado de Segurança — Admissão de assistente — Direito da Fazenda Estadual de cobrar seus créditos fiscais por meio do competente executivo, sem se habilitar em processo de falência — Artigo 60, do Dec. Lei n.º 960 — Legislação posterior — O parágrafo único do artigo 60, citado — Segurança concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam em Quarta Câmara Cível, à unanimidade de votos, conceder a segurança impetrada pelo Estado do Rio Grande do Sul contra ato do Exmo. Dr. Juiz de Direito da Vara de Falências e Concordatas, nos termos e na conformidade dos votos constantes das notas taquigráficas anexas, integrantes deste acórdão. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Desembargador José Dutra.

Porto Alegre, 8 de novembro de 1972.

**Des. Júlio Costamilan Rosa**  
Presidente  
**Des. Jorge Ribas Santos**  
Relator

### RELATÓRIO

O DES. JORGE RIBAS SANTOS (RELATOR) — O Estado do Rio Grande do Sul impetra segurança contra ato do Dr. Juiz de Direito da Vara de Falências e Concordatas. Diz que ajuizou executivo fiscal contra C. S. A., Indústria e Comércio, para cobrança da quantia de Cr\$ 70.667,53 e acréscimos, tendo sido o feito distribuído à Primeira Vara dos Feitos da Fazenda Pública.

Decretada a falência da executada, a citação foi feita na pessoa do síndico, em 9 de agosto de 1972. Na mesma data efetivou-se a penhora, que recaiu sobre o imóvel situado nesta cidade, à Rua Itapoi, n.º 383, intimado, devidamente, o síndico.

O Juízo da Falência, entretanto, anunciou o leilão do imóvel penhorado pelo Estado.

O Dr. Juiz de Direito da 1a. Vara da Fazenda, atendendo a requerimento do Estado, oficiou àquele Juízo, pedindo a sus-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 263-269, 1973

pensão do leilão, por estar o bem penhorado no executivo, mas a autoridade coatora recusou-se a suspendê-lo.

Não houve arrematação e foi anunciado novo leilão para o dia 13/9/72.

Contra esse ato, mandando a leilão, o Estado impetra segurança sob o fundamento de que a cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita à habilitação em falência, conforme o CTN, art. 187 e o Decreto 960/38, art. 60. Nem a declaração da falência suspende o andamento do executivo fiscal ou impede a propositura de outro, conforme o Decreto-Lei 858/69, art. 2.º.

Não obstante tão claras e notórias disposições legais, a autoridade coatora insiste em submeter o Estado ao juízo falimentar, solicitando até mesmo remessa do executivo fiscal para a Vara de Falências e Concordatas, conforme documentos. É direito líquido e certo o do Estado de propor e prosseguir no executivo fiscal, não obstante a decretação da falência do executado. Cita a "Revista de Jurisprudência" do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vol. 22, pág. 177 e outras revistas.

Pediu concessão de liminar, para que o leilão fosse suspenso e, afinal, concedida a segurança, assegurando-se ao Estado o direito líquido e certo de não se sujeitar ao juízo falimentar, devendo, portanto, proceder-se à arrematação do bem penhorado pelo Estado em seu juízo privativo, que é o dos Feitos da Fazenda Pública.

Instruiu com documentos, inclusive fotocópias da nossa "Revista".

Concedi a liminar. Considerei relevantes os fundamentos invocados e o risco de frustrar-se o direito do Estado, se fosse afinal concedido o mandado.

A autoridade coatora prestou informações. Diz, em resumo, que o prédio foi arrecadado pelo síndico e por isso passou a integrar a massa falida, a qual nos termos da lei, é una e indivisível, suportando todos os ônus que recaem sobre a falida e não somente os débitos fiscais do impetrante. A penhora feita pelo Estado ocorreu no rosto dos autos do processo falimentar. Tal penhora é efetivada para mero efeito de dar andamento ao executivo fiscal, não podendo dita penhora preponderar, no sentido de transferir a competência do juízo universal da falência, de realizar o leilão, para o dos Feitos da Fazenda Pública.

Em qualquer hipótese, somente o juízo falimentar tem condições de fazer cotejo de todos os créditos habilitados, não podendo, por isso, ser atendida a pretensão do impetrante, que invoca supostos direitos, outorgados pelo Código Tributário, para fazer valer o seu ponto de vista. "Fácil é pois deduzir, e tal en-

tendimento, há muito venho apregoando junto aos advogados do Estado, que não pode simplesmente ser desprezada a competência da Vara de Falências, para no processo falimentar, apreciar e classificar todos os créditos, inclusive aqueles que interessam ao Poder Público, e que foram objeto de executivos fiscais".

Na falência de C. S. A., se habilitaram perante o juízo de falências créditos fiscais de natureza diversa, como restituição de contribuições do INPS, créditos trabalhistas e também créditos do IPI, todos eles colocados, na ordem das preferências, frente da Fazenda Estadual.

Portanto, não tem qualquer fundamento a pretensão do impetrante. Não foi ferido nenhum direito líquido e certo na espécie em se determinando a realização do leilão.

Carece de fundamento o pedido quanto à possibilidade de adjudicação do imóvel pelo Estado. Se o crédito do Estado, na ordem da preferência, se situar abaixo dos demais mencionados, parece que o Estado dentro do mesmo não poderá conceder-se a adjudicação, sob pena de lesão irreparável aos direitos dos demais credores com privilégios especialíssimos, como os créditos trabalhistas, os quais na vigência do Decreto-Lei n.º 192, somente são superados pelos pedidos de restituição.

Impõe-se a denegação do "Writ" por tudo o que foi informado, para que, de uma vez por todas, cesse a turbação manifesta que vem intentando a Fazenda Estadual nos feitos falimentares, postulando a suspensão de leilões, causando com isso inúmeros prejuízos à massa falida, suspensão que não tem suporte legal. Diz mais, que os interesses do Estado serão devidamente apreciados no momento oportuno, sendo o produto da venda do leilão depositado à disposição do juízo, que decidirá sobre os créditos habilitados na falência, sendo que alguns deles superam os do impetrante, na ordem de preferências.

Juntou certidão extraída dos autos da falência, onde se vêem os outros créditos, de outras Fazendas.

O nobre Dr. Procurador exarou parecer, no qual, após expor o objeto do mandado de segurança, diz:

"III — Realmente, esta Egrégia Câmara já apreciou matéria análoga à presente, tendo, a respeito, orientação firmada, de acordo com a lei. "O crédito fiscal não está sujeito à habilitação no processo falimentar". — Ap. 9.007/71, da RJTJRGs, vol. 31, pág. 185.

IV — Esta orientação, frize-se está de pleno acordo com a legislação vigente sobre a matéria: Veja-se o art. 187 da Lei n.º 5172 (Código Tributário Nacional), que assim dispõe: "A cobran-

ça judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou HABILITAÇÃO EM FALÊNCIA, concordata, inventário ou arrolamento". Não bastasse isso, ainda o Decreto-Lei 858, de 11/09/1969 dispondo sobre "cobrança de créditos fiscais em casos de falência", expressamente estabeleceu: "Art. 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".

V — A penhora noticiada pelo "Auto de penhora e depósito" de fls. 9, data vênua, não é penhora no rosto dos autos da falência "efetivada para mero efeito de dar andamento ao executivo fiscal", como foi afirmado, fls. 27, mas penhora própria e decorrente do andamento normal e legal do executivo fiscal, onde foi efetivada.

VI — Não se discute, a esta altura, a preferência dos créditos trabalhistas, ou outros, impostos por lei, mas a preponderância da falência sobre o executivo fiscal, não permitida por lei. E nem o fato de outras entidades fiscais terem aberto mão de seus privilégios, para se habilitarem na falência, como credores comuns, por qualquer razão que seja, poderá obrigar o Estado do Rio Grande do Sul impetrante, a seguir o mesmo caminho, renunciando ao direito líquido e certo que a lei lhe assegura, como foi visto". O parecer é "assim, pela concessão da segurança".

Após o parecer do nobre Dr. Procurador, de 6 de outubro, recebi petição do INPS, em que pede sua intervenção no mandado de segurança como litisconsorte, com fundamento no art. 88 e seguintes do Código de Processo Civil, já que tem interesse no imóvel penhorado pela Fazenda Estadual, eis que ele pertence à massa falida, onde o INPS está habilitado e cuja ordem preferencial se antepõe à Fazenda Estadual, por ser órgão federal, subordinado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Diz que o imóvel penhorado pela Fazenda Estadual também é objeto de garantia da dívida do INPS. Daí o legítimo interesse no presente mandado de segurança, ainda mais que possui dois créditos, sendo um de restituição, conforme documentos anexos.

Cita textos de lei, dispondo que créditos federais fiscais têm preferência sobre os estaduais. Cita, ainda, dispositivos da Lei n.º 3.807, o art. 142 e § 1.º (lê). Acrescenta que o mandado de

segurança interposto pela Fazenda Estadual "visa fraudar a ordem de Preferência determinada pelo Código Tributário Nacional, pela Lei de Falência e pela Lei Orgânica da Previdência Social". Se a Fazenda Estadual se habilita na Falência, perde em preferência para a União, daí por que passa a forçar a Venda de imóveis da Massa Falida dentro de seus Executivos".

Acrescenta que se trata de imóvel e como tal, para ser expedida carta de arrematação ou de adjudicação, faz-se necessário o Certificado de Quitação, o que já é entendimento pacífico deste Egrégio Tribunal, através de suas diversas Câmaras. Portanto, leilões e arrematações sem o pagamento ao INPS, são nulos de pleno direito, e o INPS pode, através de seus executivos, penhorar o mesmo imóvel, anulando através da Justiça Federal a carta de arrematação e ou de adjudicação.

Entende que o mandado de segurança está prejudicado, devendo a Fazenda Estadual aguardar a preferência da União através da Previdência Social, e principalmente o pagamento da restituição, sem o que os arrematantes terão suas cartas de arrematação declaradas nulas e o mesmo imóvel penhorado pela Justiça Federal porque, se a Fazenda Estadual não obedecer à ordem natural de preferência, o INPS também agirá através de seus executivos e o processo falimentar perderá sua eficácia e razão de ser, a não ser que seja o INPS pago através do que for apurado no leilão, para fornecer o Certificado de Quitação e, então, admitido como litisconsorte com a preferência reconhecida.

Sr. Presidente. A intervenção do INPS neste mandado de segurança não desloca a competência da Câmara, uma vez que versa, o writ, matéria pertinente à falência e dirigido contra despacho proferido em processo falimentar.

Face a isso, admiti o requerente como assistente no mandado de segurança. Não mandei intimá-lo porque o assistente recebe a causa no estado em que se encontra e o mandado já se encontrava processado, em termos de julgamento.

É o relatório.

#### V O T O

O DES. JORGE RIBAS SANTOS (RELATOR) — Sr. Presidente. Conforme foi dito no relatório, admiti o INPS como assistente. Sua posição é a de defender o ato do Juiz, que, em prin-

cípio, tem repercussão no seu direito, nos termos em que o colocou, habilitando-se na falência.

(O Des. Relator submeteu à Câmara o despacho).

Quanto ao mandado de segurança, Sr. Presidente, concedo-o pelos fundamentos expendidos no parecer do nobre Dr. Procurador, que colacionar todos os textos legislativos aplicáveis à espécie, excusando-me de reproduzi-los.

Desde o Decreto-Lei n.º 960, a Fazenda Pública, sem distinção de Federal, Estadual ou Municipal, não está sujeita à habilitação em falência. É o que reza seu art. 60: "A Fazenda, na cobrança de sua dívida ativa, não está sujeita a concurso de credores, nem à habilitação de crédito em falência, concordata ou inventário". Esse dispositivo, como o nobre Dr. Procurador mostrou, foi reiterado em diplomas legais posteriores.

Assim, a Fazenda do Estado, intentando executivo fiscal contra a massa falida, está em exercício legítimo de um direito e, portanto, esse executivo fiscal tem de chegar ao seu final, na forma da lei.

José da Silva Pacheco, no seu "Tratado das Execuções", vol. 4, na edição de 1967 (2a. edição), estuda, longamente, as soluções possíveis, quanto aos executivos fiscais, frente à falência, e diz, à pág. 355, do volume citado: "Em face do art. 60 do Decreto-Lei n.º 960, isso não mais ocorre. A Fazenda sempre pode intentar a sua ação executiva, haja ou não execução contra o mesmo devedor, ainda que seja execução coletiva. Se, porém, tiver a Fazenda penhorado bens, no executivo fiscal, e não houver outros penhoráveis, nada há que impeça o concurso, de outros credores nos autos de execução fiscal, no juízo da Fazenda". É que o próprio art. 60, no seu parágrafo único, diz: "A dívida da União prefere qualquer outra em todo território nacional, e a dos Estados prefere a dos municípios. Somente entre a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderá versar o concurso de preferência". Hoje poderia se acrescentar esses outros créditos privilegiados, como indenizações trabalhistas, restituição, etc.

Mas, o certo, e para o julgamento do mandado é o que interessa, é que não tem amparo em lei o despacho do Dr. Juiz de Direito da Vara de Falências, pretendendo levar a leilão, na falência, um bem que se acha penhorado em executivo fiscal promovido pelo Estado.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 263-269, 1973

O INPS, pelas vias legais adequadas fará valer seu direito no momento que julgar oportuno. Não compete ao juiz dar os caminhos para as partes defenderem seu direito.

Aqui o que está em jogo é um ato do juiz da falência, manifestamente ilegal. Por isso concedo a segurança, para cassar o despacho do juiz da falência que determinou o leilão, na falência, de bem penhorado no executivo fiscal. Nestes termos concedo a segurança.

Este é o voto.

O DES. JOSÉ DUTRA — Sr. Presidente. Estou de pleno acordo com o eminente Relator.

O fundamento da concessão da segurança repousa numa só assertiva, que constitui, de resto, expresso texto de lei. A cobrança do crédito fiscal não se subordina ao juízo universal da falência.

O SR. PRESIDENTE (DES. JÚLIO COSTAMILAN ROSA) — Também concedo a segurança.

Mandado de Segurança n.º 19.317, de Porto Alegre — Concederam a segurança impetrada.

#### RECURSO DE REVISTA N.º 15.451 — PORTO ALEGRE

Recurso de Revista.  
Rejeitaram preliminares. Votos vencidos.  
Conheceram do recurso.  
Descabe a cobrança do Imposto de Circulação de Mercadorias sobre bens de capital importados.  
Negaram provimento.

#### A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os juízes das Câmaras Cíveis Reunidas, por unanimidade rejeitadas as preliminares de intempestividade e de

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 269-278, 1973

descabimento do recurso em mandado de segurança e por maioria de impossibilidade de confronto com acórdão não unânime proferido em agravo, vencidos aqui os Desembargadores Emílio A. Maya Gischkow e Antônio V. Amaral Braga, conhecer da revista interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, sendo recorrida P. A. S. A., e lhe negar provimento, na conformidade das notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

Participaram, também, do julgamento os eminentes Desembargadores José Dutra, Paulo Boeckel Velloso, Bonorino Buttelli, João Clímaco de Mello F.º, Niro Teixeira de Souza e Jorge Ribas Santos.

Porto Alegre, 25 de agosto de 1972.

**Pedro Soares Muñoz**  
Presidente

**Paulo Barbosa Lessa**  
Relator

**Emílio A. Maya Gischkow**  
Vencido

**Antônio V. Amaral Braga**  
Vencido

#### RELATÓRIO

O DES. PAULO BARBOSA LESSA (RELATOR) — Intentou o Estado do Rio Grande do Sul o presente recurso de revista alegando haver divergência na interpretação de teses jurídicas e apontando como paradigmas ao acórdão do qual recorre — agravo de petição n.º 15.451 — os venerandos acórdãos das egrégias Primeira Câmara Cível Especial, no agravo de petição 16.081, e Terceira Câmara Cível em recurso de igual natureza sob n.º 16.082. Relata que do exame do art. 1.º, II do Decreto-Lei Federal n.º 406 e do art. 3.º da Lei Estadual n.º 5373, a conclusão que se chega é a da incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias sobre máquina importada do exterior e destinada a integrar ativo fixo da empresa como bem entenderam os arestos apontados para confronto. No entanto, a ora recorrida teve, pelo acórdão impugnado, sua segurança concedida no sen-

tido de ser decretada sua isenção ao citado imposto. Pede o recebimento do recurso e seu conhecimento para final reforma do venerando acórdão.

O recurso foi recebido, extraído o traslado de fls., indicado pelo recorrente, que apresentou razões finais através de longo estudo sobre a existência e validade do art. 1.º, II do Decreto Lei 406 e sua validade independentemente de lei estadual bem como do conceito de mercadoria, para importação direta, no plano da legislação federal e estadual.

O recurso foi respondido por P. A. S. A. que suscitou, preliminarmente, a inadmissibilidade do conhecimento do recurso de revista quando se trata de decisões não finais, daí sua impossibilidade "in casu" pois se trata de mandado de segurança denegado e, ainda, por ter a recorrente apontado como paradigmas acórdãos em cujos julgamentos não ocorreu a unanimidade e, não fazendo prova da data em que foi publicada a decisão recorrida, indispensável para a verificação de tempestividade do recurso. Diz que não ocorre contradição de teses jurídicas eis que distintas as teses dos acórdãos padrões e recorrido. Enquanto que, nos acórdãos divergentes seus respectivos impetrantes sustentaram que os equipamentos importados para uso próprio da empresa não podiam ser tributados em face da inconstitucionalidade do Decreto Lei, por visar matéria de lei complementar e, por tratar de norma geral de direito financeiro o DL 406 não seria auto-aplicável, não revogando o art. 3.º da Lei Estadual n.º 5373, os impetrantes, ora recorridos, sustentam a não tributação pelo I. C. M. em face de duas razões de ordem jurídico-econômica: a primeira, da auto-aplicabilidade do DL 406 que determina a tributação das mercadorias, diferindo nos casos de matéria prima, do que devem ser excluídas as máquinas importadas com prévia destinação para o ativo fixo, por não se constituírem mercadorias; em segunda razão, por não serem determinadas máquinas destinadas a circulação, ficando fora do campo de incidência do I. C. M. Por esses argumentos pede o não conhecimento do recurso de revista e, se conhecido, o seu não provimento.

O douto Procurador da Justiça emitiu parecer no sentido de que seja conhecido o presente recurso e provido pelos fundamentos dos acórdãos paradigmas.

É o relatório.

#### VOTOS

O DES. PAULO BARBOSA LESSA (RELATOR) — Rejeito a preliminar levantada de intempestividade do recurso, porquanto, não fez o réu prova alguma dessa intempestividade.

Ressalvando meu ponto de vista pessoal a respeito do tema, também rejeito a preliminar levantada de descabimento do recurso, em vista de se tratar de mandado de segurança. Por um princípio de economia processual e pragmatismo, rejeito essa preliminar, apesar de, pessoalmente, já ter sustentado tese oposta perante este Tribunal. Mas, em face das continuadas decisões do egrégio Supremo Tribunal Federal, rejeito essa preliminar.

O DES. JOSÉ DUTRA — Acompanho o eminente Relator.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — Também rejeito.

O DES. BONORINO BUTTELLI — Também, de acordo com o voto do eminente Relator.

O DES. EMÍLIO MAYA GISCHKOW — Também rejeito.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Também rejeito. Depois que a Constituição extinguiu o recurso ordinário das decisões denegatórias do mandado de segurança, ficou claro, tanto na doutrina como na jurisprudência, que é possível recurso de revista em mandado de segurança. Rejeito a preliminar.

O DES. JOÃO CLÍMACO DE MELLO F.<sup>o</sup> — Acompanho o eminente Relator.

O DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — Também acompanho.

O DES. JORGE RIBAS SANTOS — De acordo.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA — Também rejeito a outra preliminar no sentido de que um dos acórdãos não é unânime, por isso não suscetível de ser cotejado. No caso costuma entender-se que o acórdão não unânime não é cotejável pois cabem embargos. Então a decisão não é definitiva, no plano ainda da justiça local. Mas, em se tratando de decisão em agravo, não caberiam os embargos. Portanto, os acórdãos seriam cotejáveis.

Rejeito essa preliminar.

O DES. JOSÉ DUTRA — Também rejeito.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — De acordo.

O DES. BONORINO BUTTELLI — De acordo.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 269-278, 1973

O DES. EMÍLIO A. MAYA GISCHKOW — “Data venia”, acolho a preliminar, pelas mesmas razões que determinaram o conhecimento do recurso de revista em mandado de segurança. Com a supressão de recurso ordinário constitucional no mandado de segurança, a orientação do Supremo foi a de aplicar então o sistema do Código de Processo Civil, visando a uniformização da jurisprudência e encontra enfoque específico, com mais razão, no dispositivo relativo aos embargos infringentes. Há expressa referência ao mandado de segurança.

Por esse fundamento acolho a preliminar. Quando o acórdão, evidentemente, não é unânime.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA — A doutrina toda sustenta que esse artigo foi derogado pela Lei do Mandado de Segurança.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Acolho a preliminar argüida.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Rejeito a preliminar.

O DES. JOÃO CLÍMACO DE MELLO F.<sup>o</sup> — Rejeito.

O DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — Acompanho o eminente Relator.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — Também acompanho.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA (RELATOR) — Quanto à preliminar de conhecimento:

O acórdão recorrido sustenta que o Imposto de Circulação de Mercadorias não incide atualmente, face à legislação em vigor, na importação de mercadorias para uso próprio ou para integrar o ativo fixo.

A tese dos dois acórdãos apontados como paradigma é oposta. Diz que há incidência.

Assim, entendo que há divergência e conhecimento do recurso.

O DES. JOSÉ DUTRA — Também conheço.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — Também conheço.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 269-278, 1973

O DES. BONORINO BUTTELLI — Também.

O DES. EMÍLIO A. MAYA GISCHKOW — Também.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Também.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Também.

O DES. JOÃO CLÍMACO DE MELLO F.<sup>o</sup> — Conheço.

O DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — Também.

O DES. JORGE RIBAS SANTOS — Também.

O DES. PAULO BARBOSA LESSA (RELATOR) — Sr. Presidente, quanto ao mérito, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso de revista.

A tese assentada no venerando acórdão recorrido afina com o voto a que tive a honra de proceder na Egrégia Terceira Câmara Cível. Trata-se do agravo de petição n.<sup>o</sup> 16.081, no qual fui voto vencido. Este é um dos acórdãos dados como divergentes e consta dos autos a fls. 18 a 27 e tenho-o como integrante do voto que ora estou proferindo. Deixo de referir minuciosamente este voto, porquanto consta do processo e foi fornecido a V. Exas. no relatório que lhes foi entregue.

Quero assinalar ainda que, além dos argumentos ali referidos, hoje esta matéria vem merecendo uma orientação que se pode dizer unânime e pacífica do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente a esses acórdãos, o Supremo Tribunal Federal decidiu várias vezes a respeito do tema.

Em 9 de março de 1972, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, examinou a hipótese, no recurso extraordinário 72.414, cuja ementa é a seguinte: "Importação de bens de Capital. ICM. Ilegitimidade de cobrança, ausente lei estadual que a instituiu. Aplicação dos arts. 19, I, e 153, § 29 da Constituição, bem como 97, I e III, e 104, II, do Código Tributário Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido".

O Relator foi o eminente Ministro Thompson Flores que diz em seu voto: "Segundo assentou o relatório, cinge-se em atribuir ao aresto impugnado, afronta ao art. 23, II, da Cons-

tituição, bem como denegação de vigência do Decreto-lei n.<sup>o</sup> 406/68, quando, para repelir a incidência do ICM sobre a importação de bens de capital, fê-lo porque não os considerou mercadorias, condição que julgou substancial à tributação discutida".

É a mesma tese do acórdão ora recorrido.

"Tenho que não se faz mister, necessariamente, aqui, para a solução da controvérsia, o exame a que se entregou o aresto alvejado. Realmente. Ainda que se pudesse dar como legítima a conceituação atribuída pelo citado Decreto-lei n.<sup>o</sup> 406, para a legalidade da cobrança, impunha-se a existência de lei, tal como dispõe a Carta Maior, art. 19, I, e art. 153, § 29. Inexiste, todavia".

Este acórdão referia-se a processo oriundo de São Paulo, mas há acórdãos, também com o mesmo argumento, relativos ao Rio Grande do Sul.

"A cobrança decorre de mero ato do Poder Executivo, o Decreto-lei 51.345, de 31 de janeiro de 1969. Não era bastante, nos termos da Constituição, para validar a pretensão do Fisco. Dir-se-á que havia lei autorizando a cobrança do ICM. É exato. Mas trata-se de nova hipótese de incidência, só prevista pelo Decreto-lei 406, o que impunha o advento de lei específica local, como dispõe o Código Tributário Nacional, art. 97, I, e III, bem como 104, II. Esta, de resto, foi a orientação tomada pela egrégia 1a. Turma, adotando o parecer do Procurador Geral da República, Prof. Xavier de Albuquerque. É o meu voto".

Essa decisão foi tomada por unanimidade de votos do Tribunal Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Como se notou, já havia outros acórdãos no mesmo sentido, referidos inclusive pelo voto que acabo de relembra. Assim, a 1a. Turma, sendo relator o Ministro Djacy Falcão, decidirá no mesmo sentido, no recurso extraordinário n.<sup>o</sup> 72.344, de São Paulo, com data de 29 de fevereiro de 1972. Ainda no mesmo sentido, no dia 29 de fevereiro de 1972, a egrégia 1a. Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Ministro Oswaldo Trigueiro, recurso extraordinário n.<sup>o</sup> 72.852. Finalmente, um acórdão de 06 de abril de 1972, no tocante ao recurso extraordinário n.<sup>o</sup> 73.181, do Rio Grande do Sul, em que a tese foi a mesma, sendo relator o Ministro Rafael de Barros Monteiro, cuja ementa diz: "ICM. Importação de bens de capital. Ilegitimidade da cobrança, ausente lei estadual que a instituiu".

Nesse caso havia sido concedida a segurança à E. B. C. L. por este Tribunal. Daí surgiu o recurso extraordinário que foi repellido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

Sr. Presidente, em face dessa jurisprudência unânime do plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal e levando em conta fundamentalmente que esse é um imposto — no dizer dos doutos — nacional e que deve, portanto, ser aplicado de forma idêntica em todo território nacional — a expressão “nacional” visa aqui reforçar a expressão “federal” — sob pena de a situação econômica dos contribuintes dos Estados, inclusive os aspectos político-econômicos de cada Estado ficarem prejudicados, essa interpretação deve ser unânime. Em face dessa interpretação dada pelo Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, parece-me que também os tribunais estaduais deverão valorizá-la em seus julgamentos.

Pelos motivos, portanto, constantes do meu voto a que me reporte neste instante e pelos que acabo de aduzir, trazendo essa série de acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

O DES. JOSÉ DUTRA — Acompanho o eminente Relator.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — Sr. Presidente, a despeito de ter votado na egrégia Terceira Câmara Cível acompanhando V. Exa., no acórdão que é trazido como paradigma, no sentido da incidência do ICM na operação de que se cogita, posteriormente, como foi mencionado pelo eminente Relator e era também do meu conhecimento — o egrégio Supremo tomou posição nesse sentido, entendendo que era necessária lei estadual receptiva do Decreto-lei n.º 406, para que pudesse o tributo ser exigido. Na falta de lei estadual específica, a exigência fiscal do Estado não teria procedência.

De sorte que, diante desses pronunciamentos reiterados pelo Supremo, inclusive pelo seu órgão máximo — Tribunal Pleno — retifico a posição que vinha adotando, para, acompanhando o eminente Relator, negar provimento ao recurso.

O DES. BONORINO BUTTELLI — Também nego provimento.

O DES. EMÍLIO A. MAYA GISCHKOW — Sr. Presidente, também nego provimento ao recurso, mas desejaria destacar que existem três teses. Existe a tese dos acórdãos paradigmas, de que o Decreto-lei n.º 406 era autoaplicável e, em face de sua cogência, imediatamente passavam a ser tributadas as mercadorias importadas.

A tese do acórdão recorrido assenta em que a mercadoria importada para integrar o ativo fixo não estava sujeita ao Imposto de Circulação de Mercadorias.

E a terceira tese — que é o segundo fundamento do eminente Relator e agora referido pelo Des. Velloso — é que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Decreto-lei n.º 406 não era auto-aplicável. Dependia de lei tributária específica a ser editada pelos Estados, para que pudesse ser tributada a operação de importação.

Estas egrégias Câmaras já têm assentado que não fica, no julgamento do recurso, o Colegiado adstrito, ao estabelecer a tese verdadeira, a uma ou outra. Pode inclinar-se por uma terceira tese.

Realmente, no caso, a tese predominante e que deve ser prevalente é a esposada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

Nego provimento ao recurso porque entendo que o Decreto-lei n.º 406 não é auto aplicável. Depende de lei especial tributária por parte do Estado para que possa haver a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

Recordo que num julgamento destas egrégias Câmaras já se fixou a adoção de uma terceira tese, no sentido de caracterizá-la como a dominante, e o recurso foi desprovido por este fundamento. Restrinjo-me exclusivamente a negar provimento pela terceira tese, ressaltada no segundo fundamento do voto do Relator e que é a orientação do Supremo Tribunal Federal.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — De acordo com o eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — Rendo-me à unanimidade do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o Decreto-lei n.º 406 não é auto-aplicável.

Estou de acordo com o eminente Des. Lessa de que o Imposto sobre circulação de Mercadorias é um imposto nacional. Cabe ao Supremo, — aliás essa é uma de suas funções constitucionais — uniformizar a jurisprudência, principalmente, porém, em matéria desse tributo, deve ser cobrado uniformemente em todo o País.

Minha orientação relativamente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias é no sentido de, quando um ponto não se acha devidamente esclarecido e o Supremo ainda não se manifestou a respeito, dar acolhida a orientação favorável ao Fisco Estadual para não prejudicar o Estado frente a outras unidades da Federação. Mas, no momento em que o Supremo, de maneira unânime, traça uma orientação, rendo-me a ela porque acho que só poderá ter êxito a aplicação desse tributo, que nasceu num País de organização unitária, se as dificuldades da Federação que se deparam à sua boa aplicação, sejam removidas por uma

firme orientação jurisprudencial. E esta só pode vir do Supremo Tribunal Federal e do respeito dos tribunais locais a ela.

O DES. JOÃO CLÍMACO DE MELLO F.º — Nego provimento.

O DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — De acordo.

O DES. JORGE RIBAS SANTOS — De acordo.

### APELAÇÃO CÍVEL N.º 18.388 — PORTO ALEGRE

Restituição de imposto de circulação de mercadoria, pago indevidamente no Rio Grande do Sul, por tratar-se de produto industrializado destinado ao Exterior. Só é legítimo o aproveitamento de crédito fiscal oriundo de imposto pago neste Estado, em operação anterior à exportação de produto industrializado destinado ao Exterior.

Deram provimento parcial aos recursos oficial e voluntário.

#### A C Ó R D Ã O

Acordam, em 4a. Câmara Cível, por unanimidade de votos, dar provimento parcial aos recursos oficial e voluntário, interpostos da decisão do meritíssimo Dr. Juiz de Direito da 2a. Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, que julgou procedente a ação ordinária ajuizada pela M. T. S. A. — Exportadora, contra o Estado do Rio Grande do Sul. Custas na forma da lei.

1. A autora acionou o Estado do Rio Grande do Sul, pleiteando o seguinte:

- 1) Devolução da importância de oitenta e seis mil e setenta e sete cruzeiros e quarenta e oito centavos, que indevidamente recolheu aos cofres do Tesouro, a título de imposto de circulação de mercadorias;
- 2) Restituição contábil de créditos fiscais, no total de quatrocentos e vinte e nove mil, oitocentos e onze cruzeiros e setenta e quatro centavos, que foram estornados, indevidamente, na sua escrita.

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 278-281, 1973

Quanto ao primeiro pedido, a proponente da lide alega que os agentes da fiscalização do imposto de circulação de mercadorias compeliram-na a estornar créditos fiscais oriundos da entrada, em seu estabelecimento, de produtos industrializados (madeira), posteriormente exportados; realizados os estornos, resultou, relativamente ao período compreendido entre 1.º de janeiro a 31 de julho de 1967, o débito, acima indicado (Notificação de fls. 11 e Termo de Verificação de fls. 12). A autora invoca o acórdão do egrégio Tribunal Pleno, de 31 de março de 1969, que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação estadual que determinam o estorno do crédito fiscal originado pela entrada de produtos industrializados, quando a saída posterior está ao abrigo da imunidade. Repetem-se, na inicial, os argumentos que aparecem do decisório do Tribunal Pleno, recém referido.

No tocante ao segundo pedido, a autora demonstra, pelos documentos de fls. 20/41, que os estornos, exigidos pelas autoridades fiscais; absorveram-lhe créditos fiscais, no montante acima indicado. Ainda neste particular, o argumento da autora é no sentido de que não pode prevalecer a orientação do Fisco, que se apoia em legislação inconstitucional.

A defesa do Estado é no sentido de que é perfeitamente constitucional a sua legislação, já que a imunidade diz respeito apenas à última operação — a da exportação — não abrangendo as anteriores etapas, que legitimamente foram tributadas. O crédito fiscal, que a empresa contabilizou, representa uma operação contábil, destinada a permitir a tributação apenas do valor adicionado, por ocasião da saída da mercadoria, do estabelecimento aqui sediado. Isso não representa tributo pago, não significa satisfação de crédito tributário em nosso Estado. Se a saída estiver ao abrigo da imunidade, o crédito fiscal, assim contabilizado, deverá ser estornado, sob pena de o contribuinte cobrar do Estado do Rio Grande do Sul o imposto que recolheu, no Estado onde o produto industrializado foi produzido. Numa ação de repetição do indébito, impende provar-se que aquele, de quem se pretende reaver valores, efetivamente os recebeu. A admitir-se — apenas para argumentar — que a autora pudesse valer-se do favor de não estornar créditos fiscais havidos quando da entrada de mercadorias, em seu estabelecimento, para utilizá-los na compensação de débitos originados da saída de outras mercadorias, precisaria identificar o ente tributante, a quem a imposição teria aproveitado, na anterior, ou nas anteriores operações, até chegar-se ao produtor inicial. “Assim, se o imposto que a requerente quer ver restituído ou compensado tiver sido recolhido a outro Estado — como é comum no comér-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 278-281, 1973

cio da madeira do Paraná e de Santa Catarina, cuja exportação se faz pelos portos gaúchos — O Estado do Rio Grande do Sul não terá legitimidade passiva “ad causam” para a repetição, no que se refere ao imposto recolhido alhures como é óbvio: não lhe cabe devolver imposto que não recolheu. A boa administração da Justiça não poderá determinar tal repetição” (fls. 63).

Em réplica, a autora sustenta que o registro contábil do crédito fiscal relativo ao imposto pago ao mesmo ou a outro Estado é direito constitucionalmente assegurado (Const. de 67, art. 24, § 5.º, e art. 23, II, da Emenda Constitucional n.º 1). É irrelevante que, o imposto, na operação anterior à exportação, tenha sido pago em outro Estado, pois isso não autoriza o estorno do crédito fiscal. Os peritos afirmam que autora realmente fez o recolhimento da importância cuja devolução pleiteia; e também esclarecem que as madeiras, entradas no seu estabelecimento, e que produziram o crédito fiscal, cujo aproveitamento ela pretende; se originaram nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Fizeram os debates, e o magistrado julgou procedente a ação, por considerar que tanto o tributo recolhido, como o crédito não aproveitado correspondem a ICM da entrada de madeira serrada, depois destinada à exportação. O decisório de primeiro grau determinou a devolução, em dinheiro, da importância reclamada, assim como a restituição contábil do valor dos estornos compensados com crédito fiscal, no montante de quatrocentos e trinta mil, quinhentos e doze cruzeiros e quarenta e dois centavos; ainda condenou o Estado a pagar as custas e a satisfazer honorários de advogado, na base de 10% sobre o valor da causa.

Além do recurso oficial, há o voluntário, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, que se esforça por demonstrar o acerto de sua orientação, na matéria de que se trata, nesta demanda. O eminente Sr. Dr. Procurador da Justiça emitiu parecer, opinando pela reforma parcial do julgado, no sentido de que o Estado do Rio Grande do Sul só pode ser condenado a restituir aquilo que indevidamente recolheu, e que não deve compensar crédito fiscal relativo a imposto pago em outras unidades da Federação.

2. Dá-se provimento parcial aos recursos.

O tema da inconstitucionalidade dos dispositivos legais, em que o Estado funda sua pretensão, já está superado pelo acórdão do colendo Tribunal Pleno, junto, por cópia, a fls. 13/19.

O Estado não tem razão, ao exigir, sistematicamente, o estorno de créditos fiscais, indiferentemente à consideração sobre a origem das mercadorias por igual, razão não assiste à apelada, ao pretender a restituição de imposto pago, embora a imposição tenha resultado da computação de parcelas de créditos fiscais gerados pela aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação. É indiscutível que a apelada tem direito à devolução daquilo que pagou indevidamente, e ainda a compensar créditos fiscais, que se originaram da compra de madeira feita neste Estado. Quanto às compras feitas nos Estados do Paraná e Santa Catarina, é legítima a posição do Fisco do Rio Grande do Sul. Não há como repetir-se, se nada foi recolhido, no Estado do Rio Grande do Sul. E só quem recebe o indévido pode ser compelido a devolver (Cód. Civil, art. 964). Pela mesma ordem de consideração, legítimos são os estornos, relacionados com créditos fiscais decorrentes de aquisições feitas nos Estados do Paraná e Santa Catarina. Não é jurídico que o Rio Grande do Sul suporte a carga resultante de imposto pago em outro Estado. Assim já decidiu, recentemente, a egrégia 2a. Câmara Cível Especial deste Tribunal (ap. cível n.º 14.332).

Ficam, providos, em parte, os recursos.

Em liquidação de sentença, deverá ser comprovada a origem das diferentes parcelas que entraram no cômputo do cálculo de que resultou o recolhimento do imposto feito pela apelada, e somente deverão ser levadas em conta, para o fim de restituição, aquelas que representam pagamento indevido, segundo o entendimento, ora consagrado. E, no tocante ao aproveitamento de créditos fiscais, só deverão ser contabilizados, para efeito de compensação, os que resultam de aquisição de mercadoria feita neste Estado. Realizadas as operações, sobre o “quantum” que ficar apurado, em favor da apelada, incidirá a verba honorária, fixada em 10%.

3. Do julgamento participou, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. Jorge Ribas Santos.

Porto Alegre, 30 de agosto de 1972.

**Des. Niro Teixeira de Souza**  
Presidente

**Des. José Dutra**  
Relator

## AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 18.131 — PORTO ALEGRE

### IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS.

A responsabilidade do sucessor pelos débitos fiscais do sucedido. — art. 132 e parágrafo único do Cód. Trib. Nacional, é coexistente com a responsabilidade solidária do sócio retirante, que decorre do art. 134, VII, do mesmo Código.

### “DECLARAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL”.

Não é lícito ao Fisco, todavia, denegar a aludida Declaração ao contribuinte em face de débitos cuja responsabilidade possa recair sobre o mesmo **como terceiro**. Caso do antigo integrante de sociedade dissolvida, perante débito da sociedade.

Voto vencido. Alteração da causa de pedir.

### A C Ó R D ã O

Acordam, em 1a. Câmara Cível Especial e por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e ao manifestado pelo Estado do Rio Grande do Sul vencido o Presidente que os provia, o que decidem pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas. Custas como de lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Dr. Aluísio Maya Barbosa.

Porto Alegre, 29 de agosto de 1972.

**Pedro Soares Muñoz**  
Presidente

**Athos Gusmão Carneiro**  
Relator

### RELATÓRIO

DR. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — Sr. Presidente. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por L. P., marchante na cidade de Santa Maria, contra ato de julgador de processos fiscais da Secretaria da Fazenda, visando o postu-

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 282-287, 1973

lante seja reconhecido seu direito à obtenção da “Declaração de Regularidade Fiscal”, e, igualmente, a faculdade de recolher o tributo com a redução prevista no Decreto n.º 19.765, de 16 de julho de 1969, art. 2.º, I, combinado com o § 2.º do art. 1.º, afastada, assim, a exigência de recolhimento integral contida no item 6.1 da Circular Geral 80, de 22 de setembro de 1969, do Diretor Geral do Tesouro.

Narra o autor haver sido dissolvida, em 12 de maio de 1968, a sociedade que, sob a razão de “E. & L. P.”, mantinham com E. P., no ramo de marchantaria, ficando no distrato avençado que E., continuando com a exploração do negócio, assumia todos os débitos da sociedade extinta. Assim, E. requereu e obteve a transferência da inscrição da firma para seu nome individual, e o impetrante estabeleceu-se, também no ramo de marchanteria, mas em outro local, no 5.º distrito de Santa Maria.

Ocorre, no entanto, que ao impetrante foi recusado o fornecimento da “Declaração de Regularidade Fiscal”, exigível, sob pena de apreensão, para o trânsito da mercadoria objeto de seu comércio, a teor do art. 5.º do Decreto Estadual n.º 19.765. Isso ocorre porque a autoridade coatora entende o postulante responsável por débitos fiscais da sociedade extinta, mencionados na Notificação 89/68, recebida por E. P. após a dissolução da empresa. Ora, em conformidade com o art. 132 e parágrafo único do Código Tributário Nacional, a responsabilidade pelos impostos toca apenas ao sócio remanescente que, em nome individual, prosseguiu na mercancia exercida pela sociedade.

Prestou informações a autoridade coatora, aduzindo, em resumo, que o autor, como sócio da firma extinta, é responsável solidário pelos débitos fiscais da mesma, e que o art. 132 e parágrafo único do Código Tributário Nacional são normas “que favorecem a entidade tributante contra o sucessor de pessoa jurídica de direito privado, mas não elidem a faculdade de o poder público eleger, como principal responsável pela liquidação do débito, o sócio que se afasta, solidário que é (artigo 124 do Código Tributário Nacional), e pelo próprio tipo de sociedade que se formara”. Os atos de transferência da inscrição na repartição fiscal não podem induzir à quitação da responsabilidade tributária em prol do sócio retirante.

O Ministério Público ofereceu parecer pela concessão do “mandamus”, nos termos do art. 132, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

O MM. Dr. Juiz de Direito em exercício na 1a. Vara da Fazenda Pública, com arrimo aos dispositivos já mencionados do

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 282-287, 1973

Código Tributário Nacional, concedeu o "writ", condenando o Estado nas custas e em honorários na base de 20% sobre o valor da causa (fls. 39).

Recorreu de ofício.

Agravou tempestivamente o Estado do Rio Grande do Sul. Socorre-se do disposto nos arts 123 e 134, VII, do Código Tributário Nacional, inclusive salientando que o distrato, por não registrado, só tem eficácia entre as partes. Aliás, pelo art. 343 do Código Comercial, a circunstância de um sócio tomar a si os encargos da sociedade não prejudicará a terceiros que não hajam a tanto anuído. Finaliza em que: "quando o Código Tributário Nacional declara que, extinta a pessoa jurídica de direito privado, responde o sócio remanescente ou seu espólio, é preciso que se entenda devidamente o dispositivo: o continuador do negócio substitui o primitivo contribuinte, tal como ocorre nos casos de fusão, transformação ou incorporação. O Código Tributário, aí, regula os casos de responsabilidade dos sucessores e não os casos de responsabilidade solidária dos sócios. Esta se rege pelo Direito Comercial, e conforme o tipo de sociedade. A não se entender assim chegar-se-ia à conclusão de que é possível o devedor solidário, sócio de sociedade em nome coletivo, eximir-se da responsabilidade pela extinção da sociedade, indo de encontro à norma jurídica e específica da matéria expressa no Direito Comercial. Com o ato de vontade — extinção da sociedade — no caso o distrato da sociedade em nome coletivo, seria suficiente para excluir a responsabilidade imposta por lei e deixar ao desabrigo os interesses fazendários, sem meios de defesa contra a fraude".

Respondeu o agravado, ressaltando que a autoridade fiscal tomou conhecimento da dissolução da firma, ante a transferência concedida de sua inscrição para o sócio remanescente E. P. e insiste e m que o art. 132, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, implica na desoneração do impenetrante.

O juiz manteve a decisão impugnada.

Nesta superior instância o Dr. Procurador da Justiça é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

#### V O T O

O DR. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (RELATOR) — Sr. Presidente. "Data venia", dou inteira razão ao fisco quanto à in-

terpretação da norma do art. 132 e parágrafo único do Código Tributário Nacional, "verbis": "A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação da outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato, pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas. Parágrafo Único: O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma individual".

Esse artigo, Sr. Presidente, cogita, como consta mesmo da ementa da respectiva seção, das "responsabilidades dos sucessores". Torna o sucessor responsável pelos débitos do sucedido.

Tal não implica, entretanto, a nosso sentir, em afastamento da responsabilidade solidária de terceiros, prevista no art. 134 do mesmo Código, a saber: Art. 134: "Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: VII — os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas."

A norma do art. 132 visou, a meu sentir, reforçar as garantias do fisco no sentido de receber os débitos dos contribuintes pessoas jurídicas extintas, e não em enfraquecê-las com a desoneração dos sócios retirantes, por vezes os mais capacitados a enfrentar os ônus tributários.

Aliás, nas sociedades de pessoas, o princípio é o da responsabilidade do sócio pela dívida da pessoa jurídica, quando impossibilitada esta ao cumprimento da obrigação.

Tenho por certo que a mera circunstância de a Secretaria da Fazenda haver aceito a transferência da inscrição de uma firma extinta para uma firma individual de um dos ex-sócios, não tem como consequência a liberação dos demais sócios da "responsabilidade de terceiros", expressamente prevista no Código Tributário Nacional.

Coloco, pois, de lado, "permissa venia", os fundamentos básicos da sentença bem como os do respeitável parecer da ilustrada Procuradoria da Justiça.

Concedo, no entanto, a segurança, baseado nos fatos expostos pelas partes, por outra razão de direito: a Declaração de Regularidade Fiscal é prevista no Decreto n.º 19.765, que "Concede isenção do ICM sobre a saída de carne verde, e dá outras providências". Em seu art. 5.º, "verbis": "As mercadorias de propriedade dos estabelecimentos abatedores, salvo se cooperativas ou frigoríficos, serão sempre acompanhadas, no trânsito, sob pena de apreensão, de "declarações de regularidade fiscal" até o se-

gundo decênio anterior, na forma de instruções que a Secretaria da Fazenda baixará.”

Como se deduz da Circular n.º 63, de 29 de julho de 1969, item 8, a declaração é alusiva aos débitos fiscais do contribuinte e não aos débitos cuja responsabilidade sobre ele possa recair como terceiro, na forma do art. 134 do Código Tributário Nacional. O próprio modelo da declaração (fls. 21) menciona que a firma tal, proprietária da mercadoria em trânsito, está em dia com os pagamentos do ICM.

No caso dos autos não consta que o contribuinte esteja, por sua firma individual, em atraso para com o fisco, de molde a justificar a negativa da declaração, que impende, assim, ser fornecida ao postulante.

Adotada esta solução, torna-se desnecessário perquirir se a apreensão da mercadoria ao contribuinte em débito para com o fisco e, pois, desprovido da já mencionada declaração, se tal proceder do fisco entra em chapa, diretamente ou por via de analogia, com a Súmula n.º 547 do Pretório Excelso: “Ao contribuinte em débito não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

A segurança, Sr. Presidente, ainda abrange outro aspecto: o impetrante roga também a declaração da ilicitude da exigência do recolhimento do tributo, “sem a prevalência da redução prevista no Decreto n.º 19.765, de 16 de julho de 1969, art. 2.º, I, combinado com o § 2.º do art. 1.º, exigência esta com fundamento no item 6.1 da Circular Geral n.º 80, de 22 de setembro de 1969, também ilegal”.

Sr. Presidente, pelo Decreto n.º 19.765 foi concedida isenção do ICM relativamente às saídas de carne verde destinada ao consumo da região geo-econômica centro-sul, desde que, segundo o art. 1.º, item 1, “o estabelecimento abatedor recolha o imposto sobre o valor que, na forma do art. 2.º do decreto, corresponda ao dos animais abatidos. E, conforme o art. 2.º, o valor da carne verde será apurado tomando por cálculo 85% do preço de venda no mercado atacadista, ou 75%, de regra, do preço de venda no varejo.” Este o Decreto n.º 19.765.

Ora, a Circular Geral n.º 80, de 22 de setembro de 1969, no seu item 6.1, estabelece uma limitação, não prevista no decreto, em desfavor dos contribuintes morosos na satisfação dos compromissos fiscais: “Sempre que a fiscalização compelir o estabelecimento abatedor ao recolhimento de tributos, deverá adotar, como base de cálculo, o valor integral da operação, não prevalecendo a redução de que trata o item 7 da Circular Geral n.º 80/69.”

Temos aqui, pois, a regra hierarquicamente subordinada, (a norma regulamentadora), impondo um ônus, um agravamento do encargo tributário não previsto na norma subordinante, isto é, no decreto regulamentado. O item 6.1 da Circular Geral n.º 80 apresenta-se, em tese, como infringente à regra da hierarquia das normas jurídicas.

Entretanto, Sr. Presidente, a notificação relativa ao débito da extinta firma E. & L. P. diz respeito ao período anterior ao da vigência do Decreto n.º 19.765 (fls. 31). E, portanto, no caso concreto descabe cogitar, com relação a tal débito, da incidência do aludido decreto e das circulares que o regulamentam.

Pelo exposto, concedo, em parte, a segurança para determinar seja fornecida ao impetrante a Declaração de Regularidade Fiscal, prevista no art. 5.º do Decreto n.º 19.765/69, sem embargo da notificação n.º 89/68, constante do processo administrativo SF 17.269/70. A verba honorária a cargo do Estado é fixada em Cr\$ 1.000,00.

É o voto.

O DR. ALUÍSIO MAYA BARBOSA — Estou de acordo com o voto do eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. PEDRO SOARES MUÑOZ) — “Data venia”, discordo do voto do eminente Relator. Entendo que S. Exa. alterou radicalmente os fundamentos que arrimam o pedido de segurança. O eminente Relator, depois de ter manifestado a sua discordância em relação aos fundamentos do pedido, concedeu a segurança invocando outras causas para decidir. Estas se radicam na circunstância de o impetrante, embora responsável em tese pelas dívidas da firma da qual se retirou, não estar sujeito, para constituir outra firma, à quitação relativa à anterior.

A alteração introduzida pelo eminente Relator não diz respeito apenas ao direito aplicável à espécie, eis que é mais profunda, pois que invoca outros fatos sobre os quais o fisco não teve ocasião de manifestar-se. Entendo que, em princípio, o sócio retirante continua responsável pelas dívidas da sociedade, inclusive quanto às dívidas fiscais. Assim, denego a segurança, eis que não é lícito, “data venia”, conceder mandado de segurança “ex officio”. E tal importa invocar fundamentação diversa da constante na petição inicial.

**AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 18.433 — PALMEIRA DAS  
MISSÕES**

Executivo fiscal — Pedido de parcelamento aceito pelo Estado — Exigência de honorários advocatícios, a favor do erário — Transação — Art. 171 do Código Tributário Nacional — Juiz que homologa o acordo apenas parcialmente — Despacho anulado, para que outro seja proferido, homologando ou não a transação, em sua totalidade.

**A C Ó R D Ã O**

Acordam, unanimemente, em Terceira Câmara Cível, conhecer do recurso oficial como se interposto e dar-lhe provimento, assim como ao voluntário, para anular a decisão recorrida, de conformidade com as notas taquigráficas em anexo.

Participou do julgamento, além dos signatários o Exmo. Sr. Des. Paulo Boeckel Velloso.

Porto Alegre, 15 de junho de 1972.

**Des. Niro Teixeira de Souza**  
Presidente

**Des. Antonio V. Amaral Braga**  
Relator

O DES. ANTONIO AMARAL BRAGA — No foro de Palmeira das Missões, a Fazenda Pública do Estado moveu executivo fiscal contra D. D. B. para a cobrança de parcelas referentes a Imposto de Circulação de Mercadorias e alusivas aos exercícios de 1968 a 1971, mais a comissão de cobrança, juros de mora, custas, etc. A causa foi dado o valor de Cr\$ 4.000,00. A inicial foi instruída com a certidão negativa.

Expedido mandado de citação e penhora, foi a mesma feita, recaindo numa fração de terra da propriedade do executado, situada em São Pedro, no mesmo Município de Palmeira das Missões.

Estava o processo nesta fase, já intimada inclusive a esposa do executado, quando ingressou nos autos com uma petição o Promotor Público local, dizendo que o executado havia solicitado parcelamento da sua dívida junto à Consultoria-Geral do

Estado, razão pela qual pedia a suspensão da instância pelo prazo de 20 dias. Antes mesmo de decorrido este prazo, compareceu ao foro o executado D. D. B. juntamente com o Dr. Promotor Público e lavraram um termo de acordo, que seguiu uma minuta fornecida pela Consultoria Geral do Estado, concordando com o parcelamento da dívida, dizendo que entretanto era indispensável a lavratura de um termo de acordo; que o débito deverá ser trimestralmente corrigido, segundo índices de correção, dividido em 10 prestações. O não pagamento de qualquer prestação no prazo, assim como um atraso de outros impostos, implicará no imediato vencimento de todas as prestações e que pagará o executado as custas do processo e honorários de advogado de 10% sobre o total do débito a favor do erário.

Foram os autos à conclusão do magistrado e este homologou do acordo, com exceção da cláusula 5a., sob o fundamento de que os honorários de advogado já estavam incluídos na comissão de cobrança, razão por que o Estado não poderia cobrar novamente.

Contra esta decisão insurgiu-se a Fazenda Estadual, interpondo o presente agravo de petição. Entende o Dr. Promotor Público que os honorários são devidos, tendo em vista que houve transação entre as partes. O executado, por sua vez, aceitou as condições, conforme consta do termo de fls. 8. Assim, salvo melhor juízo, havendo acordo entre os interessados, os honorários são devidos.

O executado chegou a pagar três prestações, antes ainda de subir o processo.

Não houve contraminuta.

O juiz manteve a decisão.

Os autos subiram a esta instância, onde emitiu parecer o eminente Dr. Procurador da Justiça, que salientou a falta do recurso de ofício, porque o juiz decidiu em parte contra a Fazenda, mas recurso este que se deve considerar como manifestado. Entende o eminente representante do Ministério Público que não são devidos os honorários pelo executado, porque já estão compreendidos na comissão de cobrança, conforme reiteradamente tem decidido esta mesma Câmara em vários julgados. Mas — continua — sendo da essência da transação a indivisibilidade e tratando em realidade o parágrafo único do art. 1.026 do Código Civil de direitos estranhos ou independentes entre si, hipótese esta última, porém, de que não cuidam os autos, não é admissível, "data venia", a homologação em parte do pacto transacio-

nal em causa. E propõe que seja anulado o despacho para que outro seja proferido, homologando totalmente o acordo ou negando a homologação.

É o relatório.

### V O T O

O DES. ANTONIO AMARAL BRAGA (RELATOR) — Sr. Presidente, é sabido que os honorários de advogado nos executivos fiscais já estão incluídos na comissão de cobrança.

Há decisões, conforme salientei, não só desta Câmara como de quase todas as outras Câmaras deste egrégio Tribunal, neste sentido. Quanto a isso tenho como indubitado.

Ocorre que, no caso, na forma permitida pelo art. 171 do Código Tributário Nacional, foi feita uma transação que, nos termos da lei civil, pressupõe uma série de concessões mútuas que, no caso, ocorreram. De parte do Estado quais foram as concessões? Foram o parcelamento da dívida, dívida que já tinha sido assegurada inclusive por penhora. Ele parcelou para recebê-la em 10 prestações. E, de parte do executado, qual seria a concessão? Foi — e ele aceitou expressamente por termo nos autos — a de pagar mais 10% de honorários de advogado.

Tenho para mim que foi perfeita a transação. Houve as concessões mútuas, seja através do Estado pelo parcelamento, seja através do executado pela concordância em pagar mais 10%. O Estado poderia exigir mais 30% seja a que título fosse. Era uma transação. As partes são livres. Desde que não se tratava de cláusula proibida, qualquer cláusula era lícita e podia ser inserida no contrato de transação.

Assim me parece que tem razão o recorrente, ou seja o Dr. Promotor Público de Palmeira das Missões.

Aceito, em parte, o parecer do eminente Dr. Procurador da Justiça, mas não anulo o despacho. Se houve recurso, e com o recurso a causa foi devolvida para o conhecimento desta instância, parece-me que podemos resolver o caso sem anular o processo, apenas dando provimento ao recurso para que seja homologado o acordo. A transação incluiria essa verba honorária contra a qual se insurge o Juiz.

O meu voto é no sentido de conhecer do recurso oficial, como se impetrado tivesse sido, e dar provimento para que seja homologada a transação entre o Estado e o executado.

O SR. PRESIDENTE (DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA) — Também conheço do recurso, como se tivesse sido interposto, eis que, no caso, era obrigatório uma vez que o juiz deixou de

homologar em parte o acordo celebrado entre o executado e a Fazenda Estadual, isto é, excluiu a cláusula relativa aos honorários.

Relatei um caso igual a este perante a 4a. Câmara Cível e lá também o douto representante do Ministério Público, Procurador da Justiça na Câmara, arguiu a nulidade da decisão, por entender que não era possível a homologação parcial do acordo. Ou o juiz homologa ou deixa de homologar.

Ainda lá havia outro motivo, que era a falta de fundamentação da decisão recorrida. Não fundamentou por que não era possível a acumulação das duas vantagens. Foi um simples despacho. Não contém relatório. Pus em discussão porque tentei superar o problema da nulidade da decisão mas, depois da discussão, chegamos à conclusão de que não era possível superar. Ou homologava ou deixava de homologar. A decisão era incompleta "infra petita" e também sem fundamentação. E a Câmara deu provimento ao recurso de ofício e ao interposto pela Fazenda do Estado para anular a sentença.

E com a devida venia do eminente Relator, inclinar-me-ia por essa solução. Anular porque, se o juiz homologou em parte o acordo a decisão se apresenta irregular.

O SR. PRESIDENTE (DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA) — Em face dessa situação e especialmente levando em consideração o fato de que o juiz homologou apenas em parte, acolheria o parecer do Dr. Procurador, no sentido de anular o decisório.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — Também tenho a impressão de que é a solução que melhor atende à peculiaridade, porque se trata de decisão meramente homologatória. Parcial como foi, não pode subsistir. Não podemos pedir ao juiz que complemente a sentença. A melhor solução seria a anulação do decisório.

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Acompanho, então o voto do eminente Revisor, melhor considerando a espécie.

### SENTENÇA DO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.<sup>a</sup> VARA PRIVATIVA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA

Vistos, etc.

1. A empresa D. A. S. Ltda., sediada em Carazinho, promove contra o Estado do Rio Grande do Sul a presente Ação Anulatória de Lançamento Fiscal pela qual pretende provar a improcedência da inclusão da parcela de Cr\$ 10.748,16 na Notificação

Fiscal n.º 138/71 e obter uma redução à metade do acréscimo (multa) aplicado no restante da mesma Notificação, bem como pleiteia a condenação do Estado a pagar custas, honorários e outras cominações; alega que a aludida parcela de Cr\$ 10.748,16 corresponde a I. C. M. que o Fisco indevidamente lhe quer cobrar fazendo-o incidir sobre vantagens e bonificações de financiamento debitados, pelos Bancos que lhe descontam títulos, aos clientes da autora, vantagens e bonificações estas auferidas não pela autora e sim pelos ditos estabelecimentos bancários; esclarece que vende veículos Volkswagen a seus clientes, com financiamento, expedindo faturas e duplicatas em cujo valor já estão incluídas todas as despesas, e sobre as quais recolhe o tributo; sustenta que não deve incidir I. C. M. sobre os juros, comissões e bonificações acaso cobrados aos clientes pelo Banco quando a este compete a cobrança das duplicatas emitidas pela autora, pois que entende que o ressarcimento bancário pela demora do pagamento dos títulos pelos compradores não deve ser considerado como integrando o valor da operação de saída dos veículos; aponta em prol de sua tese o artigo 10, § 1.º, do Decreto n.º 18.389/67, o artigo 24, § 2.º, do Decreto n.º 20.148/70 e o artigo 1.º do Decreto-Lei Federal n.º 406/68; invoca opiniões de Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baleeiro e Amílcar Falcão, bem como um acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo; outrossim apresenta levantamento para comprovar equívocos do Fisco na Notificação (fls. 2 a 12). A inicial é enriquecida de volumosa documentação, comprobatória dos negócios efetuados pela autora (fls. 22 a 264), inclusive a Notificação contra que se rebelou (fls. 16) e cópia de contrato de abertura de crédito que mantém com o Banco do Brasil (fls. 18 a 21).

A firma autora comprova que está recolhendo ao Fisco a parte da Notificação — que reconhece devida (fls. 282 a 285).

**CONTESTA o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** sustentando a tese oposta, ou seja, que as despesas de financiamento bancário devem integrar a base do cálculo do imposto pois que fazem parte do “valor da operação” mencionada na lei; procura apoiar-se na Súmula n.º 533 do S. T. F., relativa ao extinto I. V. C., e em votos proferidos por Ministros do Pretório Máximo; menciona ainda em seu favor a Lei de Mercado de Capitais (Lei n.º 4.729). (fls. 287 a 290).

**REPLICA a AUTORA** procurando fazer explícita a sua tese mediante exemplos (fls. 292 a 294).

Proferido o **DESPACHO SANEADOR** (fls. 295), sem qualquer agravo, houve desistência da prova pericial (fls. 296).

Nos debates em **AUDIÊNCIA** as partes se reportaram a suas ponderações anteriores (fls. 298 e v.).

2. O litígio se radica no entendimento divergente manifestado pelas partes sobre a base impositiva no caso de venda de mercadoria mediante financiamento e desconto bancário. É sabido que o I. C. M. não incide sobre o valor do contrato de compra e venda (preço) e sim sobre o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria (artigo 2.º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968). Também é pacífico que o que orienta o conceito de circulação, e conseqüentemente o de operação de saída, é o aspecto econômico e não o jurídico. No conceito de “valor da operação” devem incluir-se “todos os encargos ou despesas realizadas para a entrega ou remessa da mercadoria ao adquirente, bem como bonificações e demais vantagens auferidas pelo vendedor”, tal como o declara o artigo 24, § 2.º, do atual Regulamento Estadual do I. C. M. (Decreto n.º ..... 20.148/70).

No caso dos autos, a firma autora, ao vender veículos a seus clientes, expede as respectivas faturas e duplicatas, nelas incluindo o preço e os encargos devidos; sobre tal montante acrescenta o I. C. M. Entretanto, como tenha contratos bancários que lhe abrem possibilidades de descontos, a autora faz a entrega das faturas e duplicatas a tais estabelecimentos e deles recebe crédito que pode usar de imediato. Os Bancos é que fazem a cobrança dos títulos, inclusive acréscimos devidos (comissões, juros e outras bonificações).

A autora entende que os ditos acréscimos não devem ser considerados como integrantes do valor da operação, seja porque este valor tem caracterização instantânea, seja porque os mencionados acréscimos são auferidos pelo Banco que os cobra e não pela autora.

Entretanto, não tem razão a firma autora.

Nenhum dispositivo legal existe que exclua do valor da operação de saída as parcelas deste valor que só se possam tornar conhecidas depois de já efetuada a saída. Afinal, como se salientou antes, o que importa é a conceituação econômica da circulação, que se não deve confundir com o conceito jurídico de compra-e-venda. Os mecanismos previstos pelas leis e regulamentos de I. C. M. viabilizam a aludida conceituação. Quando uma parcela que deva integrar o valor impositivo só se caracteriza depois do fato material da saída da mercadoria, esses mecanismos funcionam de modo a sobre dita parcela fazer recair o tributo.

Também não é exato que as bonificações da cobrança das faturas e duplicatas pelo Banco por este são auferidas. Pelo contrato de fls. 18 a 21 é fácil de constatar que assim não é. O Banco abre uma faixa de créditos à autora. A autora entrega seus títulos contra clientes em caução, podendo nesta ocasião utilizar-se do crédito (cláusula IX), isto é, sacar importância correspondente a 90% do valor dos títulos caucionados (cláusula I); ora, a cobrança destes títulos promovida pelo Banco se credita em favor da firma autora, com eventual liberação (cláusula X). Nestas condições, as vantagens e bonificações produzidas pela cobrança bancária aos clientes da autora são a esta creditadas, como se pode constatar por vários dos documentos apresentados junto à inicial.

Segundo esclarecem os fiscais autuantes, na Notificação n.º 138/71, a despesa de financiamento do usuário era realmente escriturada como receita, e sobre ela não recolhia o tributo. Os fiscais constataram a irregularidade nos livros da empresa autora, e não nos dos Bancos, o que vem a revelar mais uma vez que efetivamente era a autora quem auferia (através de crédito a seu favor) as vantagens e bonificações cobradas pelos Bancos aos compradores; portanto, tais vantagens e bonificações devem integrar o "valor da operação de saída das mercadorias", ou seja, sobre elas deve incidir o imposto de circulação.

3. Assim, JULGO IMPROCEDENTE esta ação e CONDENO a firma autora D. A. S. Ltda. a pagar as custas do processo e os honorários advocatícios do réu, arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Publique-se na audiência designada.

Registre-se. Intime-se.

Porto Alegre, 7 de agosto de 1972.

**Ruy Rubem Ruschel**  
Juiz de Direito da 2a. Vara dos Feitos  
da Fazenda Pública

RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 291-294, 1973

## ÍNDICE

AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO fundada em Cambial não registrada (Recurso Extraordinário n.º 74.241-RS)	251
ACORDO DE EMPRÉSTIMOS (parecer 2250/CGE) Acordo de Empréstimos n.º 854-BR, firmado em 14 de agosto de 1972, entre o (...) e o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, suplementar ao contrato, na mesma data, assinado entre o predito Banco e o Governo Federal, para construção e melhoramento de estradas. Exame de sua legalidade	234
APOSENTADORIA (parecer 2294/CGE) Contagem de tempo de serviço ficto ou valorizado. Revogação da legislação anterior ao advento da Constituição Federal de 1967. Prazo de sobrevivência. Manutenção das situações decididas e consolidadas sob a égide de exegese aceita pela Administração	173
APOSENTADORIA (parecer 2307/CGE) Impossibilidade da incidência das Leis n.º 2455/54 e n.º 4585/63 a quem não implementou até 15/3/68 as condições necessárias para aposentadoria	236
ATO ADMINISTRATIVO (parecer 2297/CGE) Nulidade que não se configura, tendo em vista conter os requisitos indispensáveis à sua existência. Não se constitui em vício do ato em si, virtual irregularidade na constituição do órgão que o edita	218
AUXÍLIOS E SUBVENÇÕES (parecer 2254/CGE) Sua distribuição com a individualização dos beneficiários, é ato administrativo da competência do Executivo; ao Legislativo cabe votar a verba orçamentária e o plano de distribuição, estabelecendo, apenas, as condições e a orientação geral a serem observadas; não cabe ao legislativo indicar beneficiários nem distribuir diretamente auxílios e subvenções: delegação de atribuições	295

e invasão de competência, infringentes do art. 6.º da Constituição Federal — Inconstitucionalidade parcial da Lei Municipal n.º 2.095, de Rio Grande .....	129
BRIGADA MILITAR (parecer 2298/CGE) As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova. Ato administrativo praticado de conformidade com a lei tem de ser mantido .....	117
CONCEITO DE EMISSÃO E DE OFERTA PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS, DO (Arnoldo Wald) .....	97
CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA (parecer 2194/CGE) Seu lançamento deve observar os requisitos mínimos estabelecidos na legislação própria, para ter eficácia..	161
CRÉDITOS PREFERENCIAIS E SUA CLASSIFICAÇÃO, OS (Evandro Ramos Lourenço) .....	53
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA (parecer 2210/CGE) ImproPRIAMENTE denominada, em verdade, configura esbulho. Cabe ao órgão que a leva a efeito indenizar o proprietário, na forma dos artigos 1.541 e 1.544, do Código Civil .....	208
DESCONTO EM FOLHA PARA RESSARCIMENTO DA FAZENDA PÚBLICA EM RAZÃO DE DANOS CAUSADOS POR SERVIDOR PÚBLICO Despacho em Recurso Extraordinário nos autos do Agravo de Petição n.º 19.002 — T. J. R. G. S. ....	256
Agravo de Petição n.º 19.002 — T. J. R. G. S. ....	257
Parecer do Sr. Procurador da Justiça no Agravo de Petição n.º 19.002 — T. J. R. G. S. ....	261
DIREITO DA FAZENDA ESTADUAL DE COBRAR SEUS CRÉDITOS FISCAIS POR MEIO DO COMPETENTE EXECUTIVO, SEM SE HABILITAR EM PROCESSO DE FALÊNCIA Mandado de Segurança n.º 19.317 — T. J. R. G. S. ...	263
DOAÇÃO (parecer 2231/CGE) Doação com encargos e gravada com cláusula de inalienabilidade .....	197

EXECUÇÃO FISCAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A (José Maria Rosa Tesheiner) .....	91
FUNCIONALISMO ver páginas 115, 117, 127, 169, 173, 187, 204, 227 .....	236
GRATIFICAÇÃO ADICIONAL (parecer 2207/CGE) Para efeitos de concessão de gratificação adicional, nos termos do artigo 110, da Lei Estadual n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, computa-se, também, o tempo em que o servidor esteve regido pela Consolidação das Leis do Trabalho .....	115
HIPOTECA NO DIREITO COMPARADO, A (Clóvis Verissimo do Couto e Silva) .....	13
ILEGALIDADE DA ORDEM DE SERVIÇO POS n.º 4/71 do Presidente do BNH (Romeo de Almeida Ramos) .....	87
IMPORTAÇÃO PARA O ATIVO FIXO — I. C. M. Recurso de Revista n.º 15.451 — T. J. R. G. S. ....	269
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — ACÁCIA NEGRA Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário ..	253
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — APROVEITAMENTO DE CRÉDITO FISCAL Apelação Cível n.º 18.388 — T. J. R. G. S. ....	278
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR PELOS DÉBITOS FISCAIS DO SUCEDIDO Agravo de Petição n.º 18.131 — T. J. R. G. S. ....	282
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL Sentença do Sr. Dr. Juiz de Direito da 2a. Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública .....	291
JAZIDA E CONCESSÃO DE LAVRA (Hely Lopes Meirelles) .....	71

LAUDÊMIO (parecer 2186/CGE) O laudêmio incidente sobre as transferências do domínio útil dos terrenos estaduais aforados recai também sobre as acessões e benfeitorias desses .....	156
MANDADO DE SEGURANÇA — EXECUTIVO FISCAL E JUÍZO DE FALÊNCIA (Tesheiner, J. M. R.; Moraes, M. A. & Morsch, J. A.)	245
PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO (parecer 2299/CGE) Servidor Fazendário demitido a bem do serviço público. Inquérito administrativo. Lesão aos cofres públicos e advocacia administrativa. Faltas regularmente apuradas e caracterizadas. Manutenção do ato demissório ..	227
PERDA DE CARGO (parecer 2266/CGE) Perda de cargo por decisão judicial em processo criminal. Inabilitação para o desempenho da função pública. O ato de readaptação de quem não é funcionário, ou se encontra inabilitado para o exercício da função pública, é nulo . . . . .	187
PODER DE POLÍCIA — GÁS LIQUEFEITO (parecer 2192/CGE) Não cabe ao Estado o poder de polícia sobre transporte, armazenamento e manuseio de gás liquefeito envasado . . . . .	126
PREFEITO — AUMENTO DE SUBSÍDIOS (parecer 2212/CGE) Durante a legislatura é procedimento inconstitucional. O art. 44, VII, da Carta Federal, contém “princípio constitucional básico”, abrangendo, por isso, as três esferas: federal, estadual e municipal . . . . .	136
QUINQUÊNIOS (parecer 2276/CGE) Revogação expressa da lei concessora da vantagem ao pessoal do quadro único dos Serviços Auxiliares da Justiça Militar do Estado. Impossibilidade legal também da outorga de triênios. Inexistência de regra de recepção desses avanços na legislação própria daquele setor judiciário e previstos no Estatuto do Funcionário Público Civil do Rio Grande do Sul. Integração da vantagem no patrimônio jurídico do funcionário que já a percebia antes da lei revocatória. Direito adquirido .....	169

SUBSÍDIOS E VERBA DE REPRESENTAÇÃO DO PREFEITO (parecer 2202/CGE) Devem ser fixados em uma legislatura para vigorar na seguinte. Vinculação dos mesmos ao salário ou aumentos progressivos. Viabilidade. O prefeito fará jus à percepção dessas vantagens até o término do mandato..	164
TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS (parecer 2311/CGE) É lícita sua cobrança pelo Município desde que exista o serviço e que a base de cálculo não se confunda com a de impostos . . . . .	152
TEMPO DE SERVIÇO (parecer 2217/CGE) Impossibilidade de seu fracionamento para vinculação das parcelas assim resultantes a cargos distintos, exercidos em regime de acumulação permitido .....	127
TRIBUTOS ver páginas 152, 253, 269, 278, 282 e....	291
VEREADOR — SUBPREFEITO (parecer 2314/CGE) Vereador não pode exercer cargo de subprefeito, por ser demissível “ad nutum” (art. 153, inciso II, letra c, da Constituição do Estado) Subprefeito não pode ser sucessor, nem substituto do Prefeito, maximé quando a Lei Orgânica Municipal prevê a hierarquia para o preenchimento do cargo de Prefeito, em harmonia com a Constituição do Estado. Vereador — licença para tratar de interesse particular e convocação do respectivo suplente é assunto cuja regulamentação a Constituição do Estado deixou ao Município . . . . .	119
VEREADOR (parecer 2199/CGE) É incompatível o exercício da vereança gratuita por funcionário público que exerce cargo de que seja demissível “ad nutum”, como é o caso de chefia. Vedação do art. 153, inciso II, letra c, da Constituição Estadual ..	204
VEREANÇA (parecer 2234/CGE) Funcionário policial; exegese do art. 188 da Carta Estadual. Licenciamento para concorrer a cargo eletivo. Lei n.º 6.393, de 7 de julho de 1972. Afastamento para exercício do mandato .....	212

