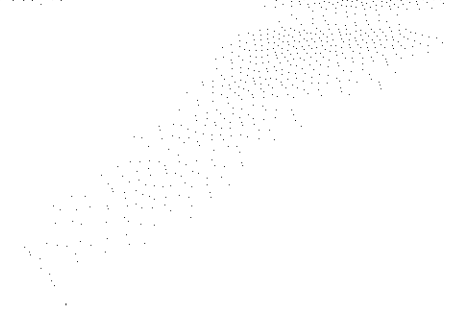


REVISTA DA
CONSULTORIA-GERAL

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGERS	Porto Alegre	v. 2	n. 3	p. 1 a 330	1972
--------	--------------	------	------	------------	------



1921

1921

EUCLIDES TRICHES — Governador do Estado

Orlando Giraldi Vanin — Consultor-Geral

1921

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Valdacyr Santa Scamozzan — Coordenador

Ellen Grocie Northfleet — Assistente

Jasé Maria Rosa Tesheiner

Jorge Arthur Morsch

Dilmo Maceda Mochado

SUMÁRIO

DOCTRINA

	Pág.
Meirelles, Hely Lopes	Concessão de Transporte Coletivo Urbano 15
Monteiro Filho, Nelson	Constituição do Crédito Tributário. Prazo — Decadência 27
Silveira, José Neri da	Desapropriação de Bem de Patrimônio particular para doar a entidade destinada imediatamente a fins de interesse público 33
Tesheiner, José Maria Rosa	Litisregulação 55
Wald, Arnaldo	Da validade de Contrato de Financiamento por Sociedade de Economia Mista com Particular, sem Prévia Certidão da Quitação do I.N.P.S. 71

PARECERES

Borba, Bartolomé	Contratação de Servidores 109
Cabral, Armando Henrique Dias	Taxa sobre Serviço de Retransmissão de TV 114
Couto e Silva, Almiro R. do	Licença Prêmio 119
Ferreira, Nilo Damasceno	Prefeito Municipal. Municípios das áreas de Segurança Nacional 122

Hüllen, Renita Maria	Município. Contribuições Previdenciárias	Pág. 123
João, Paulo Germano	Advocacia de Ofício. Restrição ao seu Exercício	132
	Promoção por via de Avanço (acompanhado de despacho do Sr. Consultor-Geral)	134
Lima, Cyl Paranhos de	Sociedade de Economia Mista	141
Pilla Ribeiro, Elmo	Cohab-RS. — Posse e Propriedade	148
	Tempo de Serviço	151
Pires, Jorge Alberto Diehl	Revisão de Pensão Bem Público	153 156
Rocha, Manoel André da	Escola de Polícia. Remuneração de seus Professores. — Gratificações Adicionais. Servidor Policial. Funções Gratificadas	163
	Reclassificação. Inativos. Súmula	185
Rodrigues, Emilio	Abono-família	189
Sá, Ney	Reenquadramento Sociedade de Economia Mista (acompanhado de ofício do Sr. Consultor-Geral)	192 200
Schuch, Dilma Sulamita	Gratificação Especial de Permanência (acompanhado de Despacho do Sr. Consultor-Geral)	219
Silva, Celeste Pacheco da	Vencimentos. Abono de Faltas, (acompanhado de ofício do Sr. Consultor-Geral)	226
Vanin, Orlando Giraldi	Processo Legislativo Ato Complementar. Recesso de Casas Legislativas	234 248
Zacchia, José Alexandre	Isenção Fiscal	255

TRABALHOS FORENSES		Pág.
Morsch, Jorge Arthur	Memorial. Da Apropriação do Crédito Fiscal pelos Torrefadores de Café	263
Vanin, Orlando Giraldi	Memorial. Estorno de Crédito Fiscal	274
JURISPRUDÊNCIA		
Imposto sobre Circulação de Mercadorias	Recurso Extraordinário n.º ... 71.410 — S. P.	283
Funcionário Público: Opção pelo Regime de Dedicção Exclusiva	Recurso Extraordinário n.º ... 73.357 — S. P.	290
Crédito de I. C. M.	Apelação Cível N.º 17.371. T. J. R. G. S.	299
Mandado de Segurança	Decisão do T. R. T. da 4.ª Região	309
Equiparação Salarial	Decisão do T. R. T. da 4.ª Região	312
Estorno Fiscal	Sentença do juízo da 1.ª Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública	315
Reintegração em Cargo Público	Sentença do juízo da 2.ª Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública	320
ÍNDICE		325

DOUTRINA

CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Hely Lopes Meirelles (*)

- Natureza regulamentar e contratual da concessão.
- Legitimidade do privilégio de exclusividade na área da concessão.
- Validade do contrato da concessionária e o direito de impedir concorrência.
- Possibilidade de a concessionária obter permissão ou autorização para operar linhas fora da área da concessão.

P A R E C E R

A CONSULTA

A COMPANHIA CAMPINEIRA DE TRANSPORTES COLETIVOS — CCTC expõe-nos que é concessionária exclusiva dos transportes coletivos de auto-ônibus na Cidade de Campinas e seus bairros, desde 1961, com prorrogação até 1981, e, anexando a lei autorizadora da concessão, o contrato, o termo de prorrogação e demais documentos pertinentes, consulta-nos:

- 1.º — São válidos o contrato e o termo de prorrogação da concessão da Consulente?
- 2.º — É válido o privilégio de exclusividade de transporte coletivo de auto-ônibus na área da concessão da Consulente?

(*) Professor na Universidade de São Paulo.

- 3.º — É usual o privilégio de exclusividade em concessão de transporte coletivo urbano?
- 4.º — A Consulente pode opor-se, legitimamente à interferência de outras empresas na área de sua concessão, mesmo que estejam operando com permissão ou autorização da Prefeitura?

Examinemos a concessão e os elementos que instruem a consulta, para, ao final, darmos resposta aos quesitos formulados pela Consulente.

* * *

I — O QUE É A CONCESSÃO

1. Concessão é a transferência da execução de serviço do Poder Público ao particular, mediante delegação contratual. O contrato de concessão é um ajuste de direito público, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isso se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe executá-lo em nome do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração, necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a concorrência pública e as normas regulamentares do serviço.

2. A concessão deve ser precedida de autorização legislativa, na qual se delimita ao Executivo a amplitude do contrato a ser firmado com o pretendente que apresentar as melhores condições de execução do serviço, em conformidade com o edital de concorrência. Selecionado o melhor proponente, adjudica-se-lhe o serviço e formaliza-se com ele o contrato respectivo. Daí por diante, qualquer alteração contratual dependerá de nova autorização legislativa e acordo com o concessionário, salvo quanto às denominadas **cláusulas regulamentares**, que são **normas de serviço** e, por isso mesmo, admitem modificação unilateral pela Administração, para adequá-lo às exigências do interesse coletivo. Quanto às **cláusulas financeiras**, isto é, as que estabelecem a equação econômica entre o concedente e o concessionário, são imutáveis, salvo acordo entre as partes. As tarifas são fixadas e reajustadas nos termos contratuais, com prévia autorização do

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

poder concedente, ouvidos os órgãos competentes. Esses os princípios basilares da concessão, consagrados uniformemente pela doutrina, e de prática universal em tais contratos (Cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 1966, págs. 315 e segs. No mesmo sentido: MARIA MASAGÃO, **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**, 1933, págs. 59 e segs. — FRANCISCO CAMPOS, **Natureza da Concessão**, in **Direito Administrativo**, 1958, 1/281 e segs. — O. A. BANDEIRA DE MELLO, **Aspecto Jurídico Administrativo da Concessão de Serviço Público**, in **RD** 26/1 — PLÍNIO A. BRANCO, **Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública**, 1949, págs. 51 e segs. — No direito estrangeiro veja-se: JOHN BAUER, **Transforming Public Utility Regulation**, 1950, *passim* — MARTIN GLAESER, **Outlines of Public Utilities Economics**, 1931, pág. 311 — OSCAR POND, **A Treatise on the law of Public Utilities**, 1932, — JONES & BIGHAM, **Principles of Public Utilities**, 1939 — G. JÉZE, **Derecho Administrativo**, trad. arg. 1949, III/361 — A. LAUBADÈRE, **Contrats Administratifs**, 1956, II/329 — G. PEQUIGNOT, **Contrat Administratif**, 1945, pág. 430 — A. BLONDEAU, **La Concession de Service Public**, 1933, pgs. 167 e segs. — DUEZ & DEBEYRE, **Droit Administratif**, 1952, págs. 555 e segs.).

3. No caso em exame, a concessão da Consulente reveste-se de todos os requisitos de contrato administrativo, pois foi precedida de autorização legislativa (Lei municipal 2.350, de ... 5/10/1960), realizou-se concorrência, na qual a Consulente foi a única proponente nos termos do edital de convocação dos interessados (Edital de 3/12/1960); firmou-se o contrato (Termo de ... 10/2/1961), de acordo com o regulamento aprovado pelo poder concedente (Decreto municipal 1.682, de 25/11/1960), como tudo consta dos documentos anexos à consulta, que evidenciam a plena regularidade da delegação do serviço local de auto-ônibus urbanos, da Cidade de Campinas, à concessionária — Companhia Campineira de Transportes Coletivos.

4. Essa concessão foi feita para o **centro e bairros** da Cidade de Campinas, nos termos de lei (art. 1.º), do edital de concorrência (preâmbulo), da cláusula sexta do contrato e do artigo 11 do Regulamento, por prazo inicial de dez anos, prorrogável sucessivamente por decênios, já tendo havido a primeira prorrogação até 9 de fevereiro de 1981 (Termo de 27/12/1967), de acordo com a lei inicial da concessão (Lei 2.350, de 5/10/1960) e lei autorizadora da prorrogação (Lei 3.628, de 22/11/1967).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

5. Trata-se de uma concessão com **privilégio de exclusividade** de prestação do serviço na área concedida, consubstanciado no contrato nestes termos:

"A presente concessão é dada em caráter de privilégio, motivo pelo qual, durante o prazo deste contrato, não abrirá a Prefeitura novas concorrências com o fito de permitir a execução dos serviços de transporte por auto-ônibus, por outras entidades." (Cláusula 3.^a do contrato)

II — LEGITIMIDADE DO PRIVILÉGIO DE EXCLUSIVIDADE

6. O privilégio de exclusividade na prestação do serviço é da natureza da concessão, principalmente das que exigem grandes investimentos para a execução de seu objeto. Tal é o caso das concessões para exploração de energia elétrica, transportes coletivos e outras que requeiram instalações, veículos e equipamentos especiais e de elevado custo. Esses empreendimentos pedem uma **segurança de mercado**, que não poderia ser conseguida se se permitisse a livre competição entre o concessionário e eventuais concorrentes, a título precário ou definitivo, na área do serviço e durante o prazo da concessão (Cf. nossa ob. cit. pág. 317).

7. A propósito do tema, é tranqüila a doutrina e a jurisprudência, como veremos a seguir:

BANDEIRA DE MELLO, que tanto brilho empresta à cátedra de direito administrativo, assim se expressa:

"A concessão do serviço público pode ser feita em concorrência ou em exclusividade.

O regime de concorrência é aquele em que várias empresas concessionárias prestam a mesma comodidade, disputando, entre si, as preferências dos que se utilizam do serviço. O regime de exclusividade é aquele em que se reconhece a uma empresa privatividade na exploração de determinado serviço, a qual decorre da própria natureza dele, que impede a concorrência, portanto, exclusividade de fato, ou da relação jurídica em que se assegura não conferir a outrem o exercício do mesmo serviço, em dado local ou zona, e, portanto, exclusividade de direito.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

Cumpra, desde logo, esclarecer que a exclusividade (privilégio) não se confunde com **monopólio**, o qual é de admitir-se, apenas, nos serviços exercidos pelo próprio Estado e jamais nos delegados, pois o monopólio é contrário à liberdade de comércio e indústria, e entrava a instituição de serviços de interesse geral.

A exclusividade outorga ao concessionário, simplesmente, o privilégio de explorar, sem concorrência econômica e direta de outras empresas, o serviço concedido.

Os serviços públicos concedidos devem ser explorados com exclusividade, em princípio. Entre as razões que militam a favor dessa orientação, sobressai-se a que considera a necessidade de investimento de grandes capitais para o seu bom desempenho, não só devido ao custo da montagem e manutenção da empresa, como à necessidade de grande número de empregados para atender, em qualquer tempo, aos atuais e aos novos clientes, cujas solicitações de serviço variam segundo as épocas e as horas." (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público*, in Rev. Dir. Adm., 26/1)

PLÍNIO BRANCO, em excelente estudo precisamente sobre o transporte coletivo na Capital de São Paulo, teve oportunidade de escrever:

"Não somos contra a exclusividade em serviços públicos. Bem ao contrário, temo-la defendido em todas as ocasiões, pois consideramos a competição econômica como atavismo grosseiro, reminiscência dos tempos de luta e de barbárie, em contraste com a co-operação que traduz o sentido ético que se procura imprimir às atividades sociais contemporâneas.

Encontram-se, geralmente, nos contratos de concessão ou nos decretos legislativos que os precedem, dispositivos fixando as áreas em que a Companhia

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

pode operar com exclusividade, ou áreas em que goza de certos privilégios, ou, ainda, áreas em que pode operar livremente, sujeitando-se apenas às Provisões Regulamentares de caráter mais geral". (PLÍNIO A. BRANCO, *Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública*, 1959, págs. 50 e segs.)

ANHAIA MELLO, em clássico estudo sobre os serviços de utilidade pública, adverte:

"A competição é fenômeno biológico e econômico; fenômeno universal no mundo das coisas vivas. Estabelece ela, automaticamente, nos negócios, a qualidade e o preço dos serviços. Mas o característico econômico essencial dos serviços de utilidade pública é justamente de se organizarem melhor como monopólios (privilégios).

Estes serviços e indústrias são monopólios naturais, isto é, atividades que por sua própria natureza só como monopólios (privilégios) podem ser econômica e eficientemente manejados, e não podem absolutamente se sujeitar à competição sem prejuízo para o público."

A competição nos negócios ordinários, presume-se proteger o consumidor; mas nos serviços de utilidade pública é certamente **autodestruidora**."

O monopólio (exclusividade) nesses serviços é o único meio de se organizar economicamente a produção, eliminando risco e desperdícios." (LUIZ DE ANHAIA MELLO, *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, 1940, pág. 33)

ODILON DE ANDRADE aplaudiu em termos incisivos o reconhecimento constitucional da possibilidade do privilégio nas concessões, nestes termos:

"Em face do artigo 17, n.º IV, da Constituição de 34, não mais é possível questionar sobre a constitucionalidade dos privilégios e portanto dos monopólios, chegando o artigo 116 a permitir a sua aplicação a qualquer indústria ou atividade econômica.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

Não regateamos aplausos ao constituinte de 34, sancionando expressamente o privilégio e monopólio, porque são essenciais ao financiamento dos serviços de utilidade pública e, pois, não podem ficar sujeitos à contingência de fundamentos indiretos." (ODILON C. ANDRADE, *Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, 1937, pág. 77)

8. A doutrina estrangeira não discrepa da nacional, no reconhecer a conveniência e a necessidade, mesmo, da **exclusividade** ou **privilégio** (que muitos denominam monopólio) na concessão de serviço público, particularmente na de transportes coletivos, como veremos a seguir.

ALCIDES GRECA, cuidando especialmente do problema da superposição de linhas de ônibus, diz peremptoriamente:

"En los servicios de ómnibus y transvías no debe autorizarse la superposición de líneas, pues dicho sistema, aparte de ocasionar serios entorpecimientos en el tránsito, dado el abarrotamiento de grandes vehículos que se produciría en las calles de mucho movimiento, es considerado antieconómico. Ocasiona la ruina de las empresas de transporte y exige inversiones infructuosas de capital, necesario, por cierto, para ser aplicado a otros servicios o actividades. El monopolio, o el cuasi monopolio (privilégio), es lo que permite, cabalmente, la aplicación de tarifas reducidas."

Con la superposición de líneas y la libre concurrencia se presentaría el caso de zonas de la ciudad, particularmente las centrales, extraordinariamente servidas, en perjuicio de otras que carecerían del indispensable servicio para su vecindario." (ALCIDES GRECA, *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, 1943, III/313)

DUEZ-DEBEYRE justificam o privilégio na concessão de transportes coletivos com os mesmos argumentos de GRECA, com estas palavras traduzidas:

"O privilégio (exclusividade) leva, logicamente, à eliminação de uma certa concorrência para melhor

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

permitir-se ao concessionário executar a tarefa de interesse geral, satisfatoriamente para todos. Como poderia o serviço concedido funcionar de modo viável e eficaz para todos, tanto nos bairros pobres como nos ricos, se o concessionário que os executa, não estivesse garantido contra a concorrência de empresários livres, que abandonando sistematicamente os bairros pobres, onde a exploração do serviço se revelasse pouco remuneratória ou deficitária, iriam exercer suas atividades apenas naqueles bairros onde essa exploração fosse largamente vantajosa." (DUEZ-DEBEYRE, *Droit Administratif*, 1952, pág. 561)

9. A jurisprudência pátria abona a doutrina citada, ao afirmar que o **privilegio de exclusividade** de prestação de serviço é característico da concessão, como se vê deste acórdão do Supremo Tribunal Federal:

"Não há, pois, dúvida de que se trata de serviço público, e que o contrato de fls. atribuiu a sua exploração a particular, não como monopólio, que tem um sentido econômico que abrange uma atividade econômica, com eliminação da concorrência, mas para usar de uma expressão consagrada em nosso direito administrativo, com **privilegio exclusivo** (grifamos), que elimina a concorrência, não de uma atividade econômica, mas de um serviço público." (STF — Rec. Ext. 63.836-RS, Rel. Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI, julgamento unânime da 2.^a Turma, em 7/5/68) No mesmo sentido o Tribunal Federal de Recursos:

"O concessionário de serviço público, com privilégio de zona, tem direito à proteção possessória através dos interditos." (TFR — Rev. Dir. Adm. 43/267)

Igual é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"A concessão importa na delegação de poderes do órgão estatal concedente do serviço público e, por isso, via de regra, não há concessão onde não haja exclusividade e privatividade do concessionário na exploração do serviço." (TJSP — Rev. Tribs. 270/398)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

"Na vigência da concessão, não pode o poder concedente outorgar a terceiro a exploração parcial do serviço." (TJSP — Rev. Dir. Adm. 80/165)

10. Fiel à doutrina e à jurisprudência invocadas, e tendo em vista o contrato de concessão em exame, o ilustrado Juiz de Direito de Campinas, Dr. MANOEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ FILHO, já teve duas oportunidades de julgá-lo **regular e válido**, merecendo a confirmação integral do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos agravos de petição n.ºs ... 178.531 e 180.539, em cujos mandados de segurança foram repelidas as pretensões de outras empresas de transporte coletivo, de entrarem na área de exclusividade da Consulente.

III — A EXCLUSIVIDADE EM OUTRAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO

11. O privilégio da exclusividade é usual nas empresas de transporte coletivo, não só nas nacionais como nas estrangeiras. Basta recordar os termos do contrato de concessão da Companhia Municipal de Transportes Coletivos da Capital de São Paulo — CMTTC, que reserva para a concessionária esse privilégio na respectiva área urbana, com a possibilidade de permitir ou subconceder a particulares o serviço em determinadas linhas, a **sen critério exclusivo**, e enquanto não estiver em condições de operá-las diretamente. Esses permissionários ou subconcessionários pagam à concessionária um preço estabelecido para a operação da linha, que é da área de sua exclusividade (Cf. Decreto municipal 6.547, de 11/7/1966, regulamentar do Decreto-lei 365, de 10/10/1946, e termos de permissões respectivos).

12. Na Inglaterra, a famosa **London Passenger Transport Board** detém o privilégio da exclusividade dos transportes coletivos londrinos; na França, a **Société des Transports de la Région Parisienne** é exclusiva em toda a área da Grande Paris; nos Estados Unidos, a **Los Angeles Transport County Regional**, a **Public Service Coordinated Transport** (de Nova Jersey), a **Milwaukee Transport** (de Wisconsin) e muitas outras operam com **privilegio de área** nas respectivas cidades e regiões da concessão.

13. Essa constância de exclusividade nos contratos de concessão de transportes coletivos, principalmente os urbanos, levou WUEBNER & WILSON a explicarem, em obra especializa-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

da, que "É preciso impedir a competição para que o público possa ser bem servido e as empresas rivais não se arruinem mutuamente. As diversas agências de transporte devem ser complementares, não competidoras." (*Principles of Transportation*, 1948, pág. 127)

14. É sabido que o cálculo das tarifas e conseqüentemente o rendimento da empresa transportadora é baseado na estimativa de passageiros e esta se apóia fundamentalmente no hábito de viajar, no *riding habit*, que os norte-americanos já converteram em fórmula matemática e obtiveram a constante de k,8 para o crescimento de passageiros em relação ao da população, quando esta é transportada por uma única empresa urbana (Cf. JOHN BEELER, *Public Utility Consultants*, 1948). Ora, a pluralidade de empresas transportadoras numa mesma área urbana estabelecerá a destruidora concorrência a que se referem os técnicos de transportes coletivos, impossibilitando a estabilidade econômica de que necessita o concessionário para os investimentos no serviço concedido, dentro das exigências do público e da rentabilidade do empreendimento.

IV — A VALIDADE DA CONCESSÃO DA CONSULENTE E O DIREITO DE IMPEDIR CONCORRÊNCIA NA ÁREA

15. O contrato da PREFEITURA DE CAMPINAS com a Consulente — COMPANHIA CAMPINEIRA DE TRANSPORTES COLETIVOS — outorga-lhe o privilégio da exclusividade dos transportes urbanos "na cidade de Campinas e seus bairros" (Cláusula 2.^a), e repete "que a presente concessão é dada em caráter de privilégio, motivo pelo qual, durante o prazo deste contrato, não abrirá a Prefeitura novas concorrências com o fito de permitir a execução dos serviços de transporte coletivo por auto-ônibus, por outras entidades" (Cláusula 3.^a).

16. A área da concessão é, portanto, o centro da cidade de Campinas e seus bairros, vale dizer todos os seus distritos e sub-distritos urbanos atuais e futuros porque, como é sabido, a zona urbana não é imutável, mas ampliável por lei local, na medida em que o Poder Público realiza pelo menos dois dos melhoramentos indicados no § 1.^o do artigo 32 do Código Tributário Nacional e atende às exigências do § 3.^o do artigo 1.^o do Decreto-lei federal 271, de 28 de fevereiro de 1967.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

17. Tendo em vista essa realidade, o contrato manteve as linhas de ônibus existentes à época (Cláusula 6.^a — art. 10 do Regulamento), tornou obrigatória para a concessionária "a extensão de novos trajetos, desde que haja suficiente número de passageiros a serem servidos, de molde a que a extensão não funcione em regime de prejuízo" (Cláusula 6.^a — art. 10, parágrafo único, do Regulamento), e estabeleceu que, "além das linhas dos bairros, que forem determinadas, deverá manter, a concessionária, no mínimo uma linha circular, cujo trajeto será fixado de molde a atender o interesse coletivo" (Cláusula 6.^a — art. 11 do Regulamento). Por essas disposições contratuais e regulamentares, evidencia-se que a Prefeitura concedeu exclusividade à concessionária mas, em contrapartida, exige dela a implantação de novas linhas de ônibus, na medida das necessidades do transporte coletivo na área da concessão. Enquanto vigente esse contrato, a Consulente tem o inquestionável direito de executar com exclusividade o transporte coletivo de auto-ônibus em todo o perímetro urbano da cidade de Campinas, podendo afastar, pelos meios legais, a interferência de qualquer concorrente nessa modalidade de transporte.

18. O fato de a Prefeitura de Campinas ter permitido que outras empresas realizem, **precariamente**, o transporte em auto-ônibus, em bairros ainda não servidos pela concessionária da área — que é a Consulente —, não lhe tira o direito de, a qualquer tempo, estabelecer a sua linha e impedir a continuidade da concorrente. Atos de liberalidade do poder concedente, ainda que com tolerância da concessionária, não invalidam o privilégio contratual da exclusividade, que pode ser invocado e exercido durante toda a vigência da concessão.

V — RESPOSTAS AOS QUESITOS

19. Examinado, assim, o contrato de concessão da Consulente, à luz da doutrina e da jurisprudência pertinentes, passamos a responder, sinteticamente, aos quesitos formulados, nos seguintes termos:

Ao 1.^o quesito

Sim. São perfeitamente válidos o contrato original e o termo de prorrogação da concessão da Consulente, uma vez que

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

atenderam, na sua formalização, a todas as exigências legais e se contém nos limites da competência do poder municipal concedente.

Ao 2.º quesito

Sim. É inteiramente válido o privilégio da exclusividade do serviço de transporte coletivo urbano de Campinas, outorgado à concessionária-Consulente, nos termos do contrato de concessão de 10 de fevereiro de 1961, já prorrogado até 9 de fevereiro de 1981. O privilégio da exclusividade do serviço concedido é da natureza da concessão e, particularmente, daquelas que exigem vultosas inversões de capital, em instalações, veículos e equipamentos, como o serviço de transporte coletivo por auto-ônibus.

Ao 3.º quesito

Sim. É usual o privilégio da exclusividade às empresas concessionárias de transporte coletivo urbano, como demonstramos ocorrer em vários países e nas mais famosas organizações do gênero (itens 10 e 11). Esse privilégio nada tem de odioso ou discriminatório, pois é uma exigência do serviço concedido, para o bom atendimento do público e resguardo dos legítimos interesses econômicos do concessionário, como empresa.

Ao 4.º quesito

Sim. A Consulente, como concessionária exclusiva dos serviços de transporte coletivo urbano, por auto-ônibus, no centro e bairros de Campinas, pode opor-se, legitimamente, à interferência de qualquer outra empresa na área de sua concessão, ainda que com permissão ou autorização municipal, pois o seu contrato prevalece sobre os atos unilaterais e precários de outros interessados.

* * *

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 26 de julho de 1971.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO. DECADÊNCIA

Nelson Monteiro Filho (*)

Preliminarmente

1. A decadência só pode ser pronunciada, de ofício ou por provocação da parte interessada, em qualquer instância, administrativa ou judiciária, antes de ser a causa definitivamente julgada.

Na espécie, a decisão de fls. 73 tornou-se definitiva com o decurso do prazo de 15 (quinze) dias, contados da respectiva intimação (fls. 77 v.), sem a interposição do pedido de reconsideração cabível.

A arguição de decadência de fls. 78 foi suscitada após esse prazo e, portanto, só poderá ser conhecida e declarada por meio de ação judicial proposta pelo argüente ou por via de exceção oposta em ação executiva que a Fazenda Pública ajuíze, para cobrança do crédito em questão.

Quanto ao mérito

2. Estabelece o artigo 142 do Código Tributário Nacional que "compete privativamente à autoridade administrativa **constituir o crédito tributário pelo lançamento**".

A seu turno, dispõe o artigo 173, inciso I, do mesmo Código, que "o direito de a Fazenda Pública **constituir o crédito tributário** extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

O direito decadente é, pois, o de **lançar tributo**, ou seja, de exercer e ultimar a atividade prevista no citado artigo 142 do

(*) Procurador Fiscal

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 27-32, 1972

C. T. N., "tendente a verificar a ocorrência do fato gerador correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível".

Para resolver a questão levantada com a petição de fls. 73, cumpre, pois, examinar se, na espécie, esse procedimento consumou-se, ou não — como entende o Requerente —, dentro do prazo extintivo, que, no caso, expirou no dia 31 de dezembro de 1970.

3. Segundo a doutrina, o nascimento da obrigação tributária em espécie e a conseqüente exigibilidade do crédito correspondente se desenvolve em três fases, a saber: (a) ocorrência de um fato definido em lei como fonte da obrigação (fato gerador); (b) exteriorização desse fato, por declaração do obrigado ou por investigação fiscal; (c) individualização da obrigação, pela indicação precisa de seus pressupostos e dos seus elementos objetivos e subjetivos.

O procedimento administrativo destinado a essa verificação do fato gerador da obrigação, do sujeito passivo, da espécie do tributo e do valor da prestação devida, a lei denomina de **lançamento**.

O seu resultado é a criação da obrigação tributária em espécie, individualizada e a **constituição do crédito** correspondente em sentido formal, isto é, sob a forma de um documento — **aviso de lançamento** (notificação ou auto de infração) — que "constata um débito e que vai servir ao fisco como título de crédito, mediante o qual poderá exigir o pagamento, amigavelmente ou em juízo". (RUBENS GOMES DE SOUZA, "Compêndio de Legislação Tributária", 2.^a edição, p. 66).

O aviso é, pois, **ato preparado** para individualizar o crédito tributário e **instrumento** de sua constituição. Não apenas **ato preparatório**, como pretende o Requerente.

Sua **expedição** ao contribuinte marca a **ultimação** do lançamento. Portanto, o direito de praticar esse **ato final** do procedimento destinado a constituir o crédito tributário é que **está sujeito à decadência quinquenal** estatuída no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

4. As razões da norma extintiva são fáceis de apreender.

A ocorrência do fato gerador, embora não baste, por si só, para criar uma obrigação tributária exigível do contribuinte, é

fonte, contudo, do direito e, ao mesmo tempo, — por não se tratar de direito meramente potestativo —, do **dever** do fisco de proceder ao respectivo lançamento.

Esse procedimento obrigatório implica, em regra, investigação fiscal para exteriorização do fato gerador — que, sendo um fato pessoal do contribuinte, não se torna, na maioria dos casos, imediatamente conhecido da administração — e outras medidas preparatórias (análises, perícias, avaliações, exames de escrita, etc.) necessárias à valoração qualitativa e quantitativa do mesmo fato.

Todavia, o tempo que assim há de mediar entre o acontecimento do fato gerador e o termo final da operação de lançamento não deve ser ilimitado, face ao interesse público em que as situações fiscais individuais tornem-se definidas e em que o contribuinte não fique infinitamente em posição de insegurança perante o fisco, pela inércia de seus agentes.

Por esse motivo é que a legislação ordinária pertinente a cada tributo já incluía, comumente, a norma de decadência ora codificada no artigo 173 do C. N. T., fixando o prazo dentro do qual o fisco deve, sob pena de ver o seu direito decaído, concluir o lançamento e constituir o crédito tributário, expedindo o correspondente aviso ao contribuinte, que assim fica sabendo o que e quanto a Fazenda Pública entende que lhe é devido.

5. É certo, contudo, que essa constituição do crédito, feita privativa e unilateralmente pela autoridade administrativa, não é imutável.

Com efeito, o lançamento, sendo o resultado da aplicação de um regime legal tributário preexistente a um fato concreto contemporâneo, cria uma situação jurídica bilateral, aplicável tanto ao sujeito passivo como ao sujeito ativo da obrigação correspondente: se, por um lado, origina para o contribuinte o dever de pagar o tributo lançado, por outro lado também lhe confere o direito de ser tratado exatamente de acordo com a lei aplicável à espécie, quer quanto aos aspectos substanciais do lançamento, quer quanto aos seus aspectos formais.

Daí poder o sujeito passivo discordar da maneira pela qual o fisco efetuou o lançamento e pretender discuti-lo.

Essa discussão, que se inicia com a contestação do contribuinte ao procedimento fiscal, "**segue-se naturalmente ao lançamento**, que constitui o seu **ponto de partida**" (ob. cit., p. 105) e visa obter, pela revisão do **lançamento contestado**, a sua **anulação ou modificação**.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 27-32, 1972

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 27-32, 1972

Portanto, esse procedimento contraditório, de iniciativa do contribuinte, instaurado para **destruir** o crédito impugnado, não pode ser considerado, como quer o Requerente, parte integrante e continuação do precedente procedimento oficioso e unilateral, de iniciativa privativa do fisco, previsto no artigo 142 do C. T. N. como meio de **constituir** o crédito passível de impugnação.

Nem se pode confundir a atividade **administrativa**, desenvolvida pelo fisco para formar um crédito tributário exigível do sujeito passivo, com a atividade de natureza **jurisdicional** — porque destinada a aplicar a lei para solução de um litígio — provocada pela reclamação do contribuinte contra a prestação que o fisco lhe exige e que, conforme a instância em que o autor instaure a lide, pode ser exercida tanto pela autoridade judiciária como pela administrativa, face à prerrogativa que a Fazenda Pública tem, no contencioso tributário administrativo, de funcionar ao mesmo tempo como parte e como juiz.

Na verdade, o efeito imediato do contencioso tributário não é o de **dar continuidade** ao lançamento contestado, mas o de **suspender a exigibilidade** do crédito correspondente, que só se tornará definitivo com a decisão irrecorrível que o confirme, no todo ou em parte.

6. O Requerente invoca em seu favor a disposição do parágrafo único do referido artigo 173 do C. T. N., pelo que cumpre examinar o sentido e o alcance dessa norma legal.

A primeira vista, os dois dispositivos podem parecer contraditórios, pois, enquanto a cabeça do artigo estabelece que o prazo extintivo será contado “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, o parágrafo estatui que o mesmo prazo será contado “da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário, pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

Mas o intérprete não pode admitir contradição entre disposições de uma mesma lei e deve procurar a conciliação entre os textos aparentemente em conflito, a fim de **torná-los exequíveis**.

A aplicação dessa regra de hermenêutica à espécie conduz a uma interpretação do citado parágrafo que, a nosso ver, permite aplicá-lo, sem contrariar o “caput” do artigo e sem ignorar o princípio doutrinário de que a decadência não se suspende nem se interrompe.

Com efeito.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 27-32, 1972

Em regra, o prazo extintivo de 5 (cinco) anos tem seu termo inicial no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o artigo 173 “caput”. Porém, segundo o seu parágrafo único, se, **durante o espaço de tempo que mediar entre o acontecimento do fato gerador e o primeiro dia do exercício seguinte**, o fisco iniciar, ostensiva e formalmente, o procedimento de lançamento pela notificação, ao contribuinte, de qualquer medida preparatória da constituição do crédito tributário, o prazo extintivo tem seu termo inicial na data dessa notificação.

O parágrafo contém, pois, exceção à regra geral estatuída na cabeça do artigo, não para **reduzir, dilatar ou interromper** o prazo de decadência, mas para **antecipar** o seu termo inicial.

É evidente que o mesmo efeito não se poderá emprestar à notificação feita após o primeiro dia do exercício seguinte ao do evento do fato gerador, eis que tanto implicaria **interromper** o prazo extintivo já **em curso**, o que é inadmissível tratando-se de **decadência** e não de prescrição.

Assim entendida a disposição do parágrafo único do artigo 173, é de se concluir não ter ela aplicação à espécie, em que o lançamento (Auto de Infração de fls. 5) foi feito no **mesmo dia da ocorrência do fato gerador**, independentemente de qualquer **medida preparatória**, que o fisco julgou desnecessária para exteriorização e valoração do fato.

7. Tendo em vista a afirmação do Requerente, no fecho da petição de fls. 78/80, de que, na espécie, “ainda não há lançamento definitivo”, — deixando entender que, a seu juízo, a definitividade do lançamento depende da **inscrição** do respectivo crédito em dívida ativa —, cabe ainda assinalar que a inscrição não é elemento constitutivo do crédito tributário; ao contrário, ela pressupõe a existência de um crédito já definitivamente constituído e só se faz necessária para que a Fazenda Pública crie um título de crédito líquido e certo, passível de execução judicial.

8. Em resumo:

- (a) A obrigação tributária abstrata nasce da lei, torna-se concreta no fato gerador e se individualiza pelo lançamento. (ob. cit., p. 63)
- (b) O lançamento é **ato declaratório** da obrigação tributária concreta, porque seus efeitos retroagem à data do fato gerador, mas, ao mesmo tempo, é **ato constitutivo** do

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 27-32, 1972

correspondente crédito tributário, porque cria um título de crédito (o aviso de lançamento) exigível ao sujeito passivo. (C. T. N., art. 142)

- (c) Para os efeitos do artigo 173 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário é constituído com a expedição do aviso de lançamento ao sujeito passivo, embora sua exigibilidade possa ficar em **suspensão** pela eventual impugnação do contribuinte.
- (d) Na espécie, o aviso de lançamento (Auto de Infração de fls. 5) foi expedido na mesma data da ocorrência do fato gerador — 3 de janeiro de 1965 — e o contribuinte foi dele cientificado no dia 25 do mesmo mês e ano, não havendo, portanto, que falar em decadência do direito de lançar, o que só se verificaria em 31 de dezembro de 1970.

9. Face ao exposto e se rejeitada a preliminar de não-conhecimento, opinamos pelo indeferimento do pedido de arquivamento, determinando-se a inscrição do crédito em dívida ativa, com fundamento nos artigos 115, § 1.º, 120 e 121 da lei n.º 5.443, de 23/1/1967 e considerando que o Requerente, intimado da decisão de fls. 74, deixou fluir os prazos para interposição do recurso cabível e para cumprimento da mesma decisão, sem tomar nenhuma dessas providências.

É o parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 29 de maio de 1972.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 27-32, 1972

DESAPROPRIAÇÃO DE BEM DE PATRIMÔNIO PARTICULAR PARA DOAR A ENTIDADE DESTINADA IMEDIATAMENTE A FINS DE INTERESSE PÚBLICO

José Néri da Silveira (*)

Ensina Gerard Fouilloux, em excelente estudo comparativo sobre o direito de propriedade, no plano constitucional e internacional, *verbis*:

“Todas as Constituições, nesta segunda metade do século XX, reconhecem a propriedade privada como um direito individual; mas admitem, todas elas, limitações à sua aquisição, exercício e disponibilidade, em atenção ao interesse público ou social. É no campo das restrições, maiores ou menores, que a batalha se trava, com reflexos positivos e negativos no gozo da liberdade individual e no funcionamento do regime democrático”.

(*apud* LA NATIONALISATION ET LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, 1962, páginas, 7, 9, 10, 19 e 34)

No próprio curso do vitorioso movimento individualista do último quartel do século XVIII, que, desde a França, se irradiou, como facho de conquistas da pessoa humana, consolidou-se, entretanto, em norma positiva, o instituto da desapropriação, com contornos não desfigurados, essencialmente, ainda em nossos dias.

Insculpiu-se, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26/8/1789, em seu art. 17, *verbis*:

(*) Ministro do Tribunal Federal de Recursos

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

"Art. 17 — La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité".

Nesse sentido, anotou, excelentemente, CARLOS MEDEIROS SILVA:

"A necessidade pública, legalmente verificada, segundo a própria Declaração dos Direitos do Homem, que proclama a propriedade um direito sagrado e inviolável, foi a primeira restrição a ele imposta, sob a condição de uma justa e prévia indenização. A utilidade pública foi posteriormente também admitida como causa da desapropriação.

Ficou assim reconhecido ao Estado o direito de decretar a perda da propriedade privada; em benefício da coletividade: mas uma indenização prévia e justa havia de reconpor o patrimônio assim desfalcado, em nome do interesse público" (in Rev. de Dir. Adm., vol. 75, p. 4).

É, ainda, CARLOS MEDEIROS SILVA, em outro de seus sempre festejados trabalhos, quem observa, com inteira procedência, a esse propósito:

"O direito de desapropriar foi alçado à categoria constitucional, com a exceção à garantia da plenitude da propriedade", aparecendo como réplica ao princípio de que a propriedade era inviolável e sagrada.

"Propriedade e desapropriação são dois pratos da mesma balança, cujo fiel é o interesse público. Este é que deverá ditar, em cada caso, a preponderância de uma ou de outra. Mas a noção de interesse público varia no tempo e no espaço" (in Rev. de Dir. Adm., vol. 29, p. 3).

Nessa linha, o jurista Montes de Oca, comentando a modificação que se verificou em França do fundamento da desapropriação, posto no art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e no art. 15 da Constituição Francesa, de 1793, — desde a "ne-

cessidade pública" para a "utilidade pública" — conforme estabeleceu, no início do século XIX, o Código Napoleão, em seu art. 545, *verbis*:

"Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité",

assinala, na obra — DIREITO CONSTITUCIONAL ARGENTINO — "a sua grande importância, pois o Estado, com uma norma rígida como a necessidade pública, não podia incentivar o seu progresso pela dificuldade de realizar as obras públicas, que tanto contribuem para o bem-estar geral" (apud Rev. de Direito Administrativo, vol. 82, p. 4).

Entre nós, já a Constituição Política de 1824 dispunha no art. 179, inciso 22.º —

"É garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização".

A Lei de 9/9/1826 regulou os casos de desapropriação da propriedade particular por necessidade e por utilidade pública.

O mesmo princípio da desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização, foi mantido no art. 72, § 17, da Constituição de 1891.

Sob a égide das novas idéias institucionalizadas na Constituição de Weimar, já a Constituição de 1934, no art. 113, inciso 17, preceituou: "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização".

Por igual, na Carta de 1937, cujo art. 122, inciso 4.º, estabelecia:

"O direito à propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia".

A sua vez, a Constituição de 1946, com inspiração na doutrina e legislação comparadas, permitiu a desapropriação por ne-

cessidade ou utilidade pública e interesse social, em seu art. 141, § 16, consignando, outrossim, no art. 147, que o uso da propriedade se condiciona ao bem-estar social, prevista a possibilidade de sua justa distribuição, "com igual oportunidade para todos".

Na esteira desses preceitos, CARLOS MEDEIROS SILVA, em esplêndida conferência sobre "Desapropriação por Interesse Social", afirmou: "A idéia de que o interesse social deve prevalecer sobre o interesse individual é hoje pacífica entre os doutrinadores" (apud REV. DE DIR. ADMINISTRATIVO, vol. 29, p. 4).

De outro lado, já na vigência do art. 141, § 16, da Constituição de 1946, proclamou o Supremo Tribunal Federal, referindo-se aos fundamentos da desapropriação:

"Não importa, pois, se invoque qualquer deles, em separado ou conjuntamente. Há um evidente entrelaçamento entre todos, o que levou o recorrido a socorrer-se da lição do douto Seabra Fagundes, segundo a qual "a utilidade, tendo um sentido mais amplo, abrange quer o interesse social, quer a necessidade e, portanto, desde que é dada como motivo capaz de autorizar o direito de expropriação, dispensável seria a menção dessas outras causas" ("O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS", p. 387) (RMS n.º 11.950 — RS, in R.T.J., vol. 41, p. 734).

Dessa tradição de nosso sistema constitucional não se afastaram a Carta Política de 24 de janeiro de 1967 (art. 150, § 22) e a Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969 (art. 153, § 22).

De todo o exposto, conquanto de assento constitucional o poder de desapropriar, por necessidade ou utilidade pública e interesse social, mediante prévia e justa indenização, não define a lei fundamental o que se há de entender por utilidade pública ou por interesse social.

Nem há conceito, *a priori*, de utilidade pública, de nível constitucional, a orientar a definição, em lei, da utilidade pública. Ao legislador ordinário incumbência se deu, na ordem constitucional, de pronunciar-se acerca da noção de utilidade pública, em se lhe conferindo ampla competência de legislar sobre desapropriação. Entre nós, permitida a desapropriação, por razões de

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

utilidade pública e interesse social, à lei coube, numa e noutra hipótese, declarar os casos, enumerativamente, em que se têm, *apriori*, como ocorrentes, utilidade pública ou interesse social. Os conceitos assim estabelecidos, nas enumerações do art. 5.º, do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, ou no art. 2.º, da lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, são criaturas de lei ordinária, no que concerne respectivamente ao âmbito da utilidade pública e do interesse social. Quem define hipótese de um ou outro domínio é a lei.

Certo está que ao Poder Executivo não habilitou, nem a ordem constitucional, nem a legislação ordinária, criar hipóteses novas ou especiais de utilidade pública ou de interesse social. Ao legislador, porém, confere-se, na ordem jurídica, poder para fixar juízos novos acerca da utilidade pública ou do interesse social. Ao Poder Executivo interdita-se, dessa sorte, considerar de utilidade pública situações não expressas em formas legais. Exato é, porém, que, na aplicação dos conceitos estabelecidos em lei, larga faixa de competência se garante à Administração, conforme demonstrei, em outro passo, ao examinar a jurisprudência em curso no Supremo Tribunal Federal, acerca da utilidade pública e do interesse social.

Quando, sobre essa questão, se afirma que "não se admite no nosso sistema jurídico que se use o poder de desapropriar para retirar um bem do patrimônio de uma pessoa privada para o de outra pessoa privada", cumpre entender que essa vedação só seria sustentável e de forma não absoluta, quanto ao Poder Executivo, *sine lege speciale*, não, porém, quanto ao Poder Legislativo, que constitucionalmente, é, a rigor, a fonte donde promana o ordenamento sobre desapropriações, respeitados sejam os pressupostos constitucionais. A lei pode, sempre, neste particular, aquilo que ao ato administrativo, tão-só, às vezes, proibido está. As desapropriações processam-se, segundo a lei, respeitados os pressupostos da Constituição: motivação de utilidade pública ou interesse social, que à lei incumbe definir; prévia e justa indenização, este, sim, conceito indisponível ao legislador ordinário. Se se poderia afirmar, quanto ao Poder Executivo, que, *sem lei autorizatória*, não caberia declarar de utilidade pública o que a lei assim não considera, certo é que à lei, segundo a ordem da Constituição, assegurado está apor a certa realidade a conotação da utilidade pública. O conceito de utilidade pública, previsto na Constituição, reitera-se, é na lei definido. Ademais, nessa mes-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

ma linha, se é verdade que a desapropriação, em princípio, se há de operar, na perspectiva do bem da coletividade, **considerada impessoalmente**, não é menos exato que a lei pode estabelecer situações especiais em que se legitima o ato expropriatório, para atender às necessidades de outros entes, vinculados também aos interesses maiores da coletividade, desde que suceda a afetação do imóvel a um fim de utilidade pública. Nesse sentido, o Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, no plano das desapropriações por utilidade pública, estabelece, no art. 3.º, que “os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas do poder público poderão promover desapropriações mediante **autorização expressa, constante de lei ou contrato**”; e a Lei número 4.132, de 10/9/1962, no que concerne à desapropriação por interesse social, em seu art. 2.º, inciso IV, autoriza-a para “a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias”. Nesses casos, de ordinário, a desapropriação se realiza, para beneficiar, expressa e determinadamente, pessoas físicas ou jurídicas, não de direito público, já antes conhecidas. Aí sai também a propriedade de um para atender ao interesse de outros **particulares** certos, mas, sinala-se, com uma conotação evidente do **interesse público**. Tudo se dá, entretanto, segundo o ministério irrecusável da lei e não por mera eficácia do ato administrativo, porém, sempre, com o fim inequívoco do interesse público. A discricção do Poder Executivo é que se veda, em nosso sistema, criar **novos** casos de utilidade pública, desapropriar fora das hipóteses de lei. À lei, porém, criatura concebida por obra e concurso da vontade de dois Poderes do Estado, aos quais mais de perto se confere a condução do bem comum e a promoção do interesse social, não é possível interditar a ordenação do poder desapropriante, desde que respeitados, como dito, os pressupostos que a Constituição prevê (a necessidade ou utilidade pública e interesse social) e a um deles define (justa e prévia indenização). Aos Poderes Legislativo e Executivo não é possível assim impedir declarem suas vontades, conjuntamente, **sob a forma da lei**, em ordem a proclamar o que, *hic et nunc*, por interesse social ou utilidade pública se há de compreender. PONTES DE MIRANDA ensina: “A lei de desapropriações pode prover a que a transmissão se faça a alguma empresa, em vez de à União, a Estado-membro, a Território, ao Distrito Federal, ou a Município. **A fortiori**, a alguma autarquia, ou sociedade de economia mista. Todavia, quem desa-

propria — ato de retirada da propriedade — é o Estado (União, Estados-membros, Território, Distrito Federal, ou Município), e não a pessoa de direito privado ou público. O ato de exercício da pretensão à tutela jurídica é do Estado, a responsabilidade é do Estado. **O que sofre a desapropriação nada tem com a futura titularidade do direito. O pressuposto da necessidade, ou da utilidade pública, ou do interesse social, tem de ser satisfeito, objetivamente.** Não importa, portanto, que se dê, pendente o processo, a substituição daquele a quem se há de transmitir a propriedade, desde que o pressuposto continue satisfeito” (in **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967**, tomo V, Rev. Tribs., 1968, p. 389).

Sob outro aspecto, anota, inclusive, o festejado jurista pátrio:

“A desapropriação exige sacrifício da propriedade privada. Por isso mesmo, o desapropriante tem de afirmar e provar os pressupostos do seu direito a desapropriar, **in casu**. Se a lei ordinária, no enumerar os casos que se reputam de necessidade pública, de utilidade pública, ou de interesse social, foi demasiado limitativa, de jeito que haja casos de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social, que não cabem na enumeração legal, é de discutir-se se pode a entidade desapropriante alegar a inconstitucionalidade da lei, ou se tem de se ater a essa enumeração deficiente. A primeira solução impõe-se: o contrário seria cercear-se, contra os conceitos constitucionais, o direito de desapropriar. Dir-se-á que, assim, é supérflua a enumeração, uma vez que se atribui à justiça explorar, diretamente, o conteúdo dos conceitos constitucionais (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). De certo modo, sim; mas a taxatividade não é o princípio geral, nos sistemas jurídicos, quando enumeram, ainda que não estejam a tentar revelar o conteúdo de conceitos ou proposições constitucionais: há as regras jurídicas exemplificativas, ainda quando não tenham, explícito esse caráter de exemplificatividade” (op. cit., ps. 409/410).

Não há, portanto, negar ao legislador ordinário competência para formulação de juízos de utilidade pública, de necessidade pública, de interesse social. Nem é possível, de outro lado, ao particular, inquinar de inválidos tais juízos do legislador, para opor-se à desapropriação, salvo, evidentemente, se manifesta fosse a antinomia entre esses juízos do legislador, pronunciados sob a forma da lei, e os conceitos em curso a propósito de neces-

sidade ou utilidade pública e interesse social. Isso ocorreria, **ad exemplum**, se se tivesse como de utilidade pública o que serve apenas ao interesse de particular, sem afetação, pois, ao bem público, ao interesse da coletividade.

Cumpre, dessa maneira, em face da hipótese *sub-judice*, em que a desapropriação se dá, com base em juízo de utilidade pública, manifestado pelo legislador ordinário, sob a forma da lei, verificar se há conformidade dessa emanção volitiva do órgão legiferante com as noções em voga de utilidade pública.

Conforme a lição de CUNHA GONÇALVES,

“A doutrina dominante considera como **utilidade pública** tudo o que representa **necessidade e proveito** da coletividade, todas as obras, todos os empreendimentos e serviços, todas as vantagens que possam contribuir para a defesa externa, segurança interna, bem-estar material, moral, intelectual, físico da sociedade e para a prosperidade geral, progresso e conforto de população do país”.

E complementa o autor citado:

“A expressão **utilidade pública** designa também o conjunto de condições, pelo qual o Estado reconhece a uma entidade de caráter assistencial ou cultural qualidades que a tornam de interesse coletivo, fazendo jus a ser auxiliada financeiramente pelo Estado”.

(*apud* “NOVO DICIONÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO”, V de JOSÉ NAUFEL, vol. III, 2.^a ed., p. 360).

De maneira excelente, ensina DE PLÁCIDO E SILVA:

“O sentido de utilidade não se modifica porque saia da órbita privada e venha atingir o domínio público. Assim, sem fugir ao conceito comum, a **utilidade pública** é igualmente o interesse, o **proveito**, a **vantagem**, que se possam tirar das coisas para **satisfazer uma necessidade coletiva, ou em bem de todos**. É assim, pública, porque vem satisfazer uma necessidade de ordem pública, ou se impõe por um interesse coletivo. Em princípio, a condição de utilidade pública é declarada, ou reconhecida, pelos poderes públicos, em face da própria necessidade, ou da **situação de necessidade**, em que se encontrem as coisas. E, nesta condição, não

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

somente se colocam as obras públicas, os **empreendimentos** e os **serviços**, que possam contribuir para a segurança, o bem-estar moral, intelectual e material da coletividade, para a prosperidade comum, como as próprias **instituições de ordem privada, que se organizem com intenções, ou objetivos, havidos por úteis a todos**.

A **declaração de utilidade pública**, com que se possam afetar as coisas assenta no preceito constitucional em que se dispõe ser “o uso da **propriedade condicionado ao bem-estar social**” (art. 147 da Carta de 1946).

O **bem-estar social**, ou o **interesse da coletividade**, assim estabelece a qualidade de **pública**, a fim de que, em face da necessidade imposta por esse interesse, ou por esse bem-estar, se atribua à **utilidade** este aspecto dominador”.

(*apud* “VOCABULÁRIO JURÍDICO”, 1.^a ed., volume IV, p. 1.617)

Se examinarmos, nesse sentido, o conteúdo da enumeração do art. 5.^o, do Decreto-lei n.^o 3.365, de 1941, ao definir casos de utilidade pública, veremos que se compreendem, todos eles, na área conceitual acima definida.

Como destacou, nessa mesma linha, CUNHA GONÇALVES, “a noção de utilidade pública, sofrendo as influências de diversos fatores, geográficos, históricos e sociológicos, alcançou tal desenvolvimento, que é somente superado pelo conceito de serviço público, este o gênero do qual aquela é espécie” (*op. cit.*). No dizer de RAFAEL BIELSA, que classifica os serviços públicos em **próprios** e **impróprios**, estes últimos são “os prestados por particulares, sem concessão, por mera autorização, sujeitos a um regime administrativo que assegure a continuidade do serviço” (*in* LOS SERVICIOS PÚBLICOS, p. 38). Tal sucede, inequivocamente, com as sociedades de utilidade pública. Há, assim, permanentemente, nessa conotação da utilidade pública, o caráter de destinação do ente ao serviço da coletividade e não à busca do interesse particular, tal como acontece com as entidades de fins especulativos, que atuam na perseguição do lucro, na realização do interesse econômico, patrimonial de seus sócios, onde preponderantemente se cogita do resultado do empreendimento na perspectiva dos integrantes da organização ou desta própria.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

É nesse itinerário conceitual que se propõe, assim, a indagação de utilidade pública, no exercício do poder constitucional de desapropriar. Quem pode desapropriar bens particulares, há de fazê-lo por necessidade ou utilidade pública e interesse social. O legislador ordinário define o caso, proclama aquilo que considera utilidade pública. Esse juízo, apostado ao ente, ao serviço ou à coisa, somente se poderá invalidar, se e quando essencialmente divorciado dos fins do interesse público, do bem público.

Em tal sentido, está, *data venia*, orientado o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, no exame da utilidade pública, para os fins de desapropriação, conforme se pode depreender dos arestos devidamente publicados em repertórios de jurisprudência. Se não, vejamos.

No Agravo de Instrumento n.º 42.240, da Guanabara, a 16/04/1968, em que era agravante a Cia. Ferro Carril do Jardim Botânico e agravado o Estado da Guanabara, decidiu o Alto Pretório ser lícita a desapropriação de área maior que a necessária à obra projetada, **desde que o seja no interesse público**. O egrégio Ministro Aliomar Baleeiro, relator, em seu voto, destacou:

“Acho que é lícito ao poder expropriante — não expropriar para satisfazer a interesses de particulares — mas ao interesse público, sem limitações, inclusive me parece, para auferir da revenda dos terrenos, com proveito que comporte e financie a execução da obra pretendida. É a tese chamada, nos Estados Unidos, **excess condemnation**, que o professor Bilac Pinto propunha se traduzisse, em português, por “desapropriação por zona”, isto é, se o Estado precisasse de uma área, suponhamos 100 metros de um terreno, podia desapropriar o resto do terreno, para revendê-lo e com isso fianciar quaisquer execuções da obra — técnica essa que foi adotada, entre nós, pelo Prefeito Henrique Dodsworth Martins, por ocasião da construção da Avenida Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro.

Na França se fez isso, por ocasião dos alargamentos famosos do Prefeito Haussmann, para a Avenida Champs Elysées e de todas as 12 avenidas que formam o conjunto monumental da Place l'Étoile, onde está o famoso monumento do Arco do Triunfo.

Penso que não houve abuso por parte do Estado da Guanabara. Depois de feita essa desapropriação, quaisquer que fossem os precedentes, quaisquer que fossem

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

os ressentimentos pelo fato de a agravante ter tentado uma medida possessória contra a iniciativa do Governo, ele poderia, posteriormente, dar destinação diversa a essa área, contanto que de interesse público. **No caso, tratava-se de instituição pública, o Centro de Reabilitação, entidade sem lucros e que coopera com o Estado”.**

Explicitou, ainda, S. Ex.^a:

“Houve benefício pela venda posterior do terreno, que era de utilidade pública, para um centro de reabilitação social. Não foi para favorecer especuladores de terrenos, foi para finalidade pública, para uma organização que colabora vivamente, e sem lucro, na ação do Estado”.

Nesse mesmo julgamento em que o Supremo Tribunal Federal, por sua 2.^a Turma, presente também o ilustre Ministro Adalício Nogueira, acompanhou o voto do relator, manifestaram-se, ainda, os Srs. Ministros Themístocles Cavalcanti e Evandro Lins e Silva, este invocando decisão da Excelsa Corte, no caso da Fundação Getúlio Vargas, “em que houve aparente desvio da finalidade”, e o Tribunal considerou “que era perfeitamente regular a utilização, pelo Poder Público, do bem desapropriado, cujo objetivo também atendia ao interesse público” (*apud REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO*, vol. 95, ps. 104/106).

Passo a examinar, agora, as decisões do Supremo Tribunal Federal a que se referiu o Sr. Ministro Evandro Lins e Silva, a respeito de doação feita pela então Prefeitura do Distrito Federal à Fundação Getúlio Vargas, entidade de direito privado, de parte de área declarada de utilidade pública para fins de desapropriação, destinada às obras de “desobstrução da Avenida Pedro Lessa, retificação da Avenida Graça Aranha e construção de um grande jardim que iria compor o conjunto arquitetônico do antigo Ministério da Educação” (*in REV. DIR. ADM.*, vol. 77, ps. 238/244).

Analiso esse caso, porque há uma decisão do Tribunal Federal de Recursos, nos Embargos na Apelação Cível n.º 18.089, da Guanabara, em que foi decidida questão idêntica, relativa à Fundação Getúlio Vargas, sendo, entretanto, os arestos do egrégio Supremo Tribunal Federal pela validade do ato, enquanto o decisório do TFR, de 1969, não chega a igual conclusão.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

Pois bem, no Recurso Extraordinário n.º 52.113, o acórdão está assim ementado:

“A finalidade da desapropriação não é desviada quando destinado o imóvel a uma fundação de interesse público, ainda que pessoa jurídica de direito privado; não cabe, neste caso, a retrocessão”.

O relator, eminente Ministro Cândido Mota Filho, em seu voto, sinalou, *verbis*:

“Mas acontece que a finalidade da desapropriação não foi desviada. O art. 141, § 16, da Constituição, ao referir-se à desapropriação, não exige que o destinatário da coisa desapropriada seja de direito público, mas que o bem seja desapropriado **para utilização de direito público**. Tive ocasião de estudar a matéria há muitos anos, quando advogado da Prefeitura Municipal, quando da utilização de terreno desapropriado e que foi utilizado, de acordo com o Município, pelo Estado.

O que não é possível é admitir, em nome do interesse público ou meramente privado, seja decretada desapropriação em favor de pessoa meramente privada e que não represente qualquer parcela de interesse público. O que se é obrigado a levar em conta é a utilidade ou o interesse social. Por isso, Pontes de Miranda, em seu 3.º volume dos **Comentários à Constituição de 1946** (pág. 266), diz: “A desapropriação é inspirada no interesse público e dele depende. Contudo, ficando no arbítrio do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, os abusos e frustrações poderiam ser frequentes. Daí a adoção de dois conceitos “necessidade e utilidade públicas” que representam fixações constitucionais impostas às leis ordinárias, se bem que as leis, por sua vez, já significaram a vitória da burguesia liberal contra o absolutismo” (...).

Fez então, a Prefeitura doação da área aproximada de 3.000m² à **Fundação Getúlio Vargas, para construção de sua sede**. Podia fazê-lo, ao meu ver, porque não subvertia a finalidade da desapropriação como já vimos e, ainda aí, atendia ao interesse público nitidamente caracterizado pelas atividades daquela instituição benemérita, que tem prestado remarcados servi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

ços ao País no campo do ensino e das pesquisas econômico-sociais. A despeito de sua condição de pessoa jurídica de direito privado, a Fundação Getúlio Vargas, criada pelo Governo Federal, é instituição de relevante interesse público”. E a Lei de Desapropriação prevê a hipótese atual.

Muito embora pessoa de direito privado, não é privada de ser beneficiária de um interesse. Mas ela vive em razão de interesse público e foi em nome desse interesse que ela foi criada pelo Governo Federal. O que visou o Decreto n.º 6.593, de 14 de julho de 1944, foi o tornar a Fundação em um órgão formador de uma consciência técnica compatível com a era industrial, fazendo-a ter, como objetivo, pesquisas, estudos, sobre organização do trabalho e organização da administração pública e privada.

Por essa lei e outras subseqüentes, pelos auxílios que recebe, inclusive da taxa de educação, ela surgiu com um impositivo do Estado moderno que caminha cada vez mais para a descentralização e para a libertação da engrenagem das velhas exigências administrativas. Assim, manteve-se o interesse público para justificar o ato impugnado.

Não houve, assim, um desvio de finalidade. A desapropriação manteve-se obediente à lei, sem deixar de ter em conta a interesse público.

É o que me leva a conhecer do recurso e dar-lhe provimento”.

Em seu voto, destacou o ilustre Ministro Gonçalves de Oliveira:

“Sr. Presidente, do ponto de vista constitucional, os sujeitos de direito nas desapropriações não são apenas as pessoas jurídicas de direito interno, União, Estados e Municípios, mas também os estabelecimentos públicos. A bem dizer, em face do texto expresso da Constituição, § 16, do art. 141, todos os bens podem ser desapropriados para fins de utilidade pública. O que a Constituição quis dizer foi que somente pode haver desapropriação para fins “de necessidade ou utilidade pública”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

Do ponto de vista constitucional, poder-se-ia dizer os sujeitos da desapropriação não seriam as pessoas jurídicas, mas o interesse público, ou melhor, a necessidade e a utilidade pública.

No caso concreto, como põe em evidência o eminente Sr. Ministro Evandro Lins, se, por decreto, o poder público podia desapropriar um imóvel (no caso concreto, essa área), podia também o mesmo poder público expropriá-lo em favor da Fundação. Se o podia fazer, podia também desapropriar e transferir esse imóvel para a Fundação. Isso me parece claro.

No caso concreto, o eminente Sr. Ministro Relator realçou, e o mesmo fez o eminente Sr. Ministro Evandro Lins, bem como o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, que a Fundação exerce função de utilidade pública manifesta e a própria Procuradoria-Geral da República acaba de dizer, com sua autoridade, que a Fundação recorrente a primeira das nossas instituições de Direito Privado, pelos relevantes serviços que presta ao País. Era, assim, lícito, a meu ver, à União passar esse imóvel à Fundação, pois que **poderia, de início, para ela expropriar**".

E, por fim:

"Estou de acordo, Sr. Presidente com o eminente Sr. Ministro Relator: conheço do recurso e lhe dou provimento. Entendo que houve, no aresto recorrido, violação da Constituição porque esta Lei mais alta exige que o imóvel seja expropriado para fins de utilidade pública e não, é verdade, para gozo de pessoas de Direito Privado, que não exercem serviços de utilidade pública. O acórdão concluiu que não podia ser o imóvel desapropriado pela União e passar para a Fundação, instituição de Direito Privado, quando a utilidade pública ao que ouvi da tribuna, dessa instituição, não é sequer contestada. Não se contesta, na verdade, e é notória a utilidade pública da Fundação. Assim, poderia receber o imóvel do Estado que o desapropriou. Pois, não é exato que o Estado poderia desapropriar para a própria Fundação? Se o podia fazer, repito, podia transferir-lhe a área, do que se trata. Não há, como se vê, como se queixar a recorrida. Dou provimento".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

Pronunciou-se, a seguir, o Sr. Ministro Evandro Lins e Silva, sendo de registrar:

"Sr. Presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento, de acordo com o eminente Sr. Ministro Relator. Podia o Governo desapropriar o imóvel objeto do litígio e podia também modificar a finalidade da desapriação, uma vez que a mesma se deu por utilidade pública, tanto com a destinação de construir uma praça, quanto com a destinação de integrar o patrimônio da Fundação Getúlio Vargas. Se podia fazê-lo, naquela oportunidade, depois, se quisesse, poderia corrigir o decreto primitivo para transferi-lo à Fundação; podia ter feito novo decreto. Se tivesse feito novo decreto, não haveria sequer litígio. A questão estaria inteiramente sem finalidade, sem objeto, não teria qualquer fundamento a propositura da ação contra a Prefeitura do antigo Distrito Federal. É indiscutível o direito que tem o poder público de desapropriar por utilidade pública, de modificar o seu intuito, se a **conveniência social, ou o interesse público a tanto aconselharem**. Portanto, não me impressiona o argumento de que a Fundação, depois, não utilizou o imóvel para o seu uso próprio e vendeu uma parte do terreno para construir o imóvel da sua sede, em outro local da cidade. Mas foi a própria demanda que a obrigou a isso.

O próprio litígio fez com que ela não pudesse, ou, pelo menos, não quisesse arriscar a construção naquele local. Se, naquele instante, o imóvel já integrava o seu patrimônio, **em virtude da lei posterior, de 1945, que permitiu a desapropriação em favor da Fundação**, se o imóvel, naquele instante, já integrava o seu patrimônio, ela podia vender um terço, ou a totalidade dele, pouco importa, porque o mesmo já fazia parte do seu patrimônio, repito. O poder público tinha o direito de desapropriar o terreno e destiná-lo, depois, à Fundação, que indiscutivelmente é instituição de utilidade pública. Se, pela lei, o imóvel passou a integrar o seu patrimônio, a Fundação podia transacionar com ela e construir a sua sede em outro local".

Embora decisão unânime, havendo também participado desse julgamento da colenda 1.^a Turma o insigne Ministro Luiz Gal-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

lotti, tudo em conformidade com a publicação inserta na REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 77, ps. 238 a 244, interpuseram-se embargos, havendo o Tribunal Pleno da Corte Excelsa mantido o acórdão, por votação unânime, em julho de 1964 (Rev. de Direito Administrativo, vol. 77, p. 238).

No Recurso Extraordinário n.º 65.532, do Rio de Janeiro, registro, aqui, pronunciamento preciso da douta Procuradoria-Geral da República, nesse mesmo sentido, o qual mereceu a aprovação do hoje eminente Ministro Décio Miranda, então Procurador-Geral da República. Ei-lo:

"5. Já o segundo argumento é procedente. Sendo a **utilidade pública** o princípio que norteia o ato da Administração, não se pode recusar ao Estado, dentro desta faixa, a faculdade de escolher o que mais se ajuste ao fim pretendido. Assim, a circunstância do decreto desapropriatório estabelecer que a utilidade pública está, por exemplo, na construção de uma rua, nada obsta que o Estado, uma vez o imóvel em seu patrimônio, entenda que a utilidade pública está em que seja transferido a terceiro para que construa educandário".

(Rev. de Dir. Administrativo, vol. 98, p. 179).

O eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 67.079 — São Paulo, a propósito da jurisprudência sobre a chamada **retrocessão**, observou:

"É por isso que a jurisprudência tem entendido que "destino da coisa expropriada" deve compreender todas as finalidades de interesse social e não somente as especificadas no Decreto (R. T. n.º 275/261), embora com outras características (RE n.º 53.771, R. T. J., 39/495)".

E, em outro passo:

"A doutrina e a jurisprudência (...) permitem certa margem de tolerância, desde que o imóvel tenha tido o destino de interesse público e não desviado para atender a um interesse particular".

(in Revista Trimestral de Jurisprudência — STF vol. 53, p. 45).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

A sua vez, no julgamento do Recurso Extraordinário número 53.771, do Paraná, em junho de 1966, o eminente Ministro Carlos Medeiros Silva, conhecendo e dando provimento ao recurso, observou:

"O imóvel, na parte não utilizada (conforme a finalidade) previamente declarada (construção de aeroporto) teve destinação de utilidade pública (**construção de hospital infantil e doação à Fundação da Casa Popular**).

Em acórdão proferido no Recurso Extraordinário n.º 52.113, a egrégia 1.ª Turma, em 10 de outubro de 1963, decidiu que "a finalidade da desapropriação não é desviada quando destinado o imóvel a uma fundação de interesse público, ainda que pessoa jurídica de direito privado; não cabe, neste caso, a retrocessão"; esse acórdão foi confirmado pelo Tribunal Pleno, por votação unânime, em julho de 1964 (Revista de Direito Administrativo, vol. 77/238).

(apud REVISTA DE DIR. ADMINISTRATIVO, vol. 88, p. 159).

A mesma jurisprudência do S. T. F. é confirmada, de explícito, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 57.315 — Minas Gerais, quando o ilustre Relator, dando provimento ao recurso, salientou:

"A matéria que é objeto deste recurso foi amplamente examinada pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 52.113, julgado pela 1.ª Turma, e depois apreciado pelo Tribunal Pleno, em grau de embargos. Decidiu-se, nessa oportunidade, que a desapropriação, **uma vez feita no interesse público**, pelo critério da utilidade, não dá margem à retrocessão ou indenização. Ficou entendido que o Governo podia desapropriar o imóvel objeto de litígio, e, também, podia modificar a finalidade da desapropriação, uma vez que a mesma se deu por utilidade pública, tanto quanto à destinação de integrar o patrimônio da Fundação Getúlio Vargas. A hipótese era idêntica a destes autos (doação à Associação de Caridade São José pela Prefeitura Municipal de Nova Era), porque a Fundação Getúlio Vargas, também é uma entidade de direito privado".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

E remata:

“Não se aplica ao caso o art. 1.150 do Código Civil, contra doação expressamente autorizada por lei do órgão competente”.

(in R. T. J., vol. 42, p. 197)

Dessa maneira, **cumprе entender, na satisfação do pressuposto da utilidade pública, que o bem desapropriado seja afetado, em sua destinação, ao interesse público, não constituindo, por si só, a transferência a entidade particular desrespeito ao princípio da utilidade pública, desde que a beneficiária esteja a serviço do interesse coletivo, do bem público, vinculada a atividades próprias do serviço público, em caráter permanente.**

Assim, na doutrina francesa, proclama M. WALINE:

“L'expropriation suppose que l'immeuble est nécessaire pour un objet d'intérêt public”
(in “Droit Administratif”, 1936, p. 459).

Também, R. BONNARD ensina:

“Le principe a toujours été que l'expropriation ne pouvait être opérée que dans un but d'utilité publique: c'est pourquoi on l'appelle expropriation pour cause d'utilité publique” (“Droit Administratif”, 1935, p. 451).

De todo o exposto, força é compreender que a Lei n.º 3.162, de 1.º de junho de 1957, não é inconstitucional.

O art. 1.º considerou de utilidade pública a Sociedade Pestalozzi do Brasil, “pelos relevantes serviços humanitários prestados à coletividade brasileira”. Se é exato, como bem demonstrou o então Senador Antônio Balbino, acerca de outro projeto, que a existência da Lei n.º 91, de 28/8/1935, não é óbice à declaração de utilidade pública, por lei especial, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (in Diário do Congresso Nacional, Seção II, ed. 16/5/1967, p. 948), não menos certo é que, aí, ficaram pelos dois Poderes da República — Legislativo e Executivo — afirmadas as relevantes funções da Sociedade Pestalozzi do Brasil na perspectiva do interesse público.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

Em seu art. 2.º, o diploma legal referido autorizou o Poder Executivo a proceder à desapropriação do imóvel, objeto da inicial. Também, aqui, a norma legal não se faria necessária, vista a competência que assegura ao Poder Executivo o art. 6.º, do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941. Nenhum obstáculo constitucional há, entretanto, no sentido da autorização especial do Poder Legislativo, em matéria como a presente. Reserva-se-lhe, outrossim, inclusive, no art. 8.º, da Lei das Desapropriações, competência para tomar a iniciativa da desapropriação. Por último, o art. 3.º, da Lei número 3.162/1957, nada mais significa que **mera autorização** ao Governo Federal, para que, após desapropriar o imóvel, faça doação do mesmo à Sociedade Pestalozzi, “instituição com personalidade jurídica, que visa prestar, à infância e adolescência desajustada, assistência pedagógica, médica e social, para nele instalar sua sede central”.

É exato, também, que, a seguir pelo Decreto n.º 42.033, de 13/8/1957, ficou declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação, o imóvel a que se referia o art. 2.º, da Lei n.º 3.162/57, estabelecendo o art. 2.º do ato executivo destinar-se o imóvel desapropriado aos fins previstos no art. 3.º dessa carta legal.

Ora, o imóvel em apreço, após a desapropriação, **terá destinação inequívoca no interesse público**, pois, nele, se **desenvolverão** as atividades da Sociedade Pestalozzi do Brasil, de **alta benemerência social**, que nele já se acha funcionando desde 1945. Jamais se poderá, aí, ver desapropriação no interesse de particular, mas, sim, por causa de utilidade pública, consoante acima analisei, e à vista do que decidiu o Pretório Excelso, em acórdãos que li ao Tribunal, especialmente, quanto à Fundação Getúlio Vargas.

Destaco, neste particular, a seguinte passagem da sentença da ilustrada dra. Maria Rita Soares de Andrade, às fls. 134/136, dos autos da Ação de Desapropriação, no que concerne às atividades da Sociedade Pestalozzi do Brasil:

“Os fatos que a própria A. descreve destroem a pretensão de aplicar a farta doutrina exposta no Parecer que faz parte integrante da inicial, na Ação Ordinária e na Contestação na Desapropriação ao caso concreto a decidir.

Não há como demonstrar ser ilegal a desapropriação. O decreto foi por utilidade pública, na forma da Lei número 3.162/57 que o previu e autorizou a desapro-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

priação, expressamente, para doar o terreno em que já está instalada e funciona a Sociedade Pestalozzi do Brasil, que exerce uma função de utilidade pública inestimável: A EDUCAÇÃO DOS EXCEPCIONAIS. Afirma a A., escudada no douto Parecer do Eminentíssimo Ministro Orozimbo Nonato, tratar-se de uma entidade privada e que a desapropriação foi decretada por interesse particular.

Não o provou a Expropriada.

A Sociedade Pestalozzi constituiu-se para fim filantrópico de alto interesse público: EDUCAÇÃO (artigo 592, § 2.º, do Código Civil). Prepara para a vida os excepcionais. Excepcionais são os que nascem marcados por deficiências que lhes não permitem a frequência à escola regular. Aqueles para os quais o Estado não instalou, ainda, os Institutos de ensino de que necessitam. Exerce, pois, a Sociedade Pestalozzi, uma função supletiva do Estado de altíssima relevância, a serviço da comunidade. Juridicamente, como personalidade para ter vida de relação, representação, é uma pessoa jurídica de direito privado. De fato, um órgão de serviço público na mais realista significação. Órgão de serviço público, embora sem integrar a administração direta ou indireta, não se pode confundir com os organismos das empresas particulares, que se constituem para sustentar interesses privados, individuais ou de grupos, ainda que recreativos. A utilidade pública da educação dos excepcionais é incontestável. Utilidade e necessidade pública, no caso, se confundem. Os argumentos da Expropriada são insustentáveis. Sobre fulminá-los a lei, os direitos invioláveis da comunidade os repelem.

O direito de propriedade já não possui o sentido que lhe está sendo dado.

Impossível sobrepor o interesse de lucro de uma firma comercial na exploração imobiliária ao interesse prioritário da comunidade no preparo dos deficientes para torná-los válidos, úteis ao meio. Sustenta-se o individualismo decreto do século XIX que não foi abalado pelo socialismo que se lhe opôs, mas perdeu conteúdo, esvaziou-se, ante o sentido comunitário que se luta por impor à convivência humana hodierna. O

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

espírito de comunidade há de ser prevalente no convívio social. Esse espírito põe todas as relações jurídicas, inclusive as decorrentes do direito de propriedade, com esteios de harmonia social, pelo equilíbrio, lastreado no bem-estar de homem a que visa a norma. Bem-estar do homem, no sentido geral, e não no de preservação do bem-estar de minorias privilegiadas. Foi esse direito da pessoa humana, como comunidade, em geral, que se confunde com a utilidade pública, que visou a lei e visou o decreto de desapropriação:

“Tirando toda sua força do Estado, o direito está sujeito às restrições exigidas pelo bem comum, pela utilidade geral, indispensáveis para que o Estado possa desempenhar suas funções essenciais” — Solidônio Leite, Desapropriação por Utilidade Pública —.

Pessoa jurídica de direito privado, para ter personalidade jurídica e poder atuar, a Sociedade Pestalozzi é uma entidade pública no mais alto sentido da expressão. A Expropriação que a impede seja desalojada de seu centro de atividades humanitárias está enquadrada no preceito constitucional. Utilidade pública é educar, adaptar os que nasceram deficientes para que tomem consciência de que são criaturas válidas, humanas e se não sintam coisas inúteis.

Nesta cidade de mais de quatro milhões de habitantes, pioneira e benemérita desse serviço público é a Sociedade Pestalozzi. Nada há de inconstitucional no ato desapropriatório. A Constituição não foi ferida quer pelos Decretos-leis n.ºs 4.541/42 e 8.264/45, quer pelo Dec. n.º 8.613/46, quer pelo Decreto n.º 42.033/57, quer pela Lei n.º 3.162/57. A sucessão desses decretos, apenas, na execução, afirma uma realidade incontestável: o interesse público foi preservado por esta sucessão de diplomas legais e regulamentares que, sobre o interesse particular de aferir lucro construindo mais uma luxuosa casa de habitação coletiva onde os egoísmos se ignoram ou se entredeveram na competição de interesses, preservou a continuidade da educação de deficientes, fixando a Sociedade Pestalozzi em sua sede pioneira.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 33-54, 1972

"Tanto a utilidade como a necessidade para serem legítimas devem visar o bem público. Não é preciso que o interesse seja de toda a comunhão, bastando não ser favor pessoal"
— Desapropriação, F. Whitaker, pg. 27 —."

Tratando-se, portanto, de desapropriação por utilidade pública com base em lei, que não padece de inconstitucionalidade e prevê destinação do imóvel para objetivos de utilidade pública correspondentes às atividades da Sociedade Pestalozzi do Brasil, enquadráveis, de resto, no art. 5.º, alínea "g", da Lei das Desapropriações, porque imediatamente vinculadas à assistência pedagógica e educacional a excepcionais, serviço que incumbe ao Estado prestar diretamente ou através de entidades particulares autorizadas, e tendo ainda em conta que a Lei n.º 3.162/57 encontra previsão na alínea "p", do art. 5.º, do Decreto-lei n.º 3.365/1941, não há como vingar a pretensão da Sociedade Incorporadora de Valores Imobiliários Ltda., em ordem a decretar-se a inconstitucionalidade de expropriação promovida pelo Governo Federal.

(*) Excerto de voto proferido, em sessão plenária, do T.F.R., a 1/4/1971, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade da Lei n.º 3.162, de 1.º/6/1957, incidente na Apelação Cível n.º 26.423 — Guanabara.

LITISREGULAÇÃO

José Maria Rosa Tesheiner (*)

Sumário: 1. Conceito. 1.1. Classificação das pretensões. 1.2. Espécies de litisregulação. 2. A litisregulação e as pretensões a dinheiro, coisa ou pessoa. 2.1. Litisregulação por ato do demandante. Penhor legal. 2.2. Litisregulação por ato do demandado. Dever, faculdade e ônus. 2.3. Litisregulação por ato do juiz. Penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão, depósito, reintegração liminar na posse. 3. A litisregulação e as pretensões à constituição de relação jurídica ou de norma jurídica. 4. A proibição de inovar. 4.1. Nunciação de obra nova.

1. A dúvida e a ignorância também produzem efeitos jurídicos. O Código Civil estabelece, no artigo 11: "Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos".

O processo é, por excelência, o reino da dúvida. Com a coisa julgada, chega-se à certeza, mas, então, termina o processo. Dúvida há mesmo na ação executória, tanto assim que o executado pode embargá-la dentro dos cinco dias seguintes à assinatura do auto de arrematação ou à publicação da sentença de adjudicação ou remissão (Cód. Proc. Civil, art. 1009), alegando nulidade da execução, pagamento, novação, concordata judicial, transação e prescrição, supervenientes à penhora (Cód. Proc. Civil, art. 1011).

Por isso, não é de admirar que a dúvida sobre a ineidência de norma de direito material dê lugar à incidência de outra nor-

(*) Coordenador da Unidade de Defesa Judicial da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da U.F.R.G.S.

ma, esta de direito processual, que, de certo modo, a substitui, enquanto a dúvida persiste. Assim, por exemplo, norma de direito processual impõe ao nunciado, no embargo de obra nova, o dever de suspender a obra (Cód. Proc. Civil, art. 385), nada importando que o direito material lhe outorgue ou não a faculdade de construir.

Outro exemplo: o direito material assegura ao demandante a posse de certa coisa. Reconhece-o expressamente a sentença. Não obstante, permanece a coisa em poder do demandado, porque norma de direito processual faz depender a execução do trânsito em julgado da sentença. Ou, inversamente: o direito material atribui ao demandado a posse e, apesar disso, ele se vê desapossado da coisa, porque o demandante obteve, liminarmente e provisoriamente, a reintegração na posse.

Como se observa, a lide é fato socialmente tão relevante que é regulada, como tal, pelo Direito. Se "A" e "B" contendem a propósito de determinada coisa e há fundados receios de rixa ou violência, seqüestra-se a coisa (Cód. Proc. Civil, art. 675, I), quer dizer: é entregue a um depositário, enquanto se aguarda o julgamento do juiz.

Há todo um conjunto de normas processuais que regulam, enquanto "sub judice", as mesmas relações já reguladas pelo direito material. A esse conjunto de normas é que denomino de "litisregulação".

A norma litisreguladora se superpõe à norma de direito material que acaso incida sobre a mesma relação, suspendendo-lhe temporariamente a eficácia. Como norma jurídica que é, supõe a existência de uma relação interpessoal, isto é, a existência, entre pessoas, de uma relação que, por sofrer a incidência de norma jurídica, constitui uma relação jurídica em sentido amplo. Também implica na existência de relação jurídica num sentido mais restrito, isto é, na existência de uma relação interpessoal qualificada pelo fato de o Direito atribuir a uma delas (sujeito ativo) algum poder jurídico a que corresponde a sujeição jurídica de outra (sujeito passivo).

1.1. As pretensões podem ser agrupadas em cinco grandes categorias, segundo seu objeto:

- I — Pretensões que têm por objeto mediato DINHEIRO, que se dividem em pretensões que têm por objeto prestação (objeto imediato) de quantia líquida (objeto mediato) e de quantia ilíquida;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

- II — Pretensões que têm por objeto mediato COISA CERTA ou EM ESPÉCIE, móvel ou imóvel;
- III — Pretensões que têm uma PESSOA por objeto mediato. Por exemplo: a pretensão dos pais que reclamam o filho de quem ilegalmente o detenha (Cód. Civil, art. 384, VI);
- IV — Pretensões que têm por objeto DECLARAÇÃO DE VONTADE que crie, modifique ou extinga relação jurídica (excepcionalmente encontram-se pretensões voltadas à criação, modificação ou extinção de norma jurídica);
- V — Pretensões que têm por objeto um FAZER ou NAO-FAZER não incluídos nas hipóteses precedentes (por exemplo, a pretensão a que o sujeito passivo receba dinheiro, coisa ou pessoa), cabendo distinguir, no caso de prestação positiva, as que têm por objeto FATO FUNGÍVEL (por exemplo, a pintura das paredes de uma casa) das que têm por objeto FATO INFUNGÍVEL (por exemplo, a pintura de uma tela); e, no caso de prestação negativa, as que objetivam FATO DESFAZÍVEL (por exemplo, a construção de um muro) das que objetivam FATO TRANSEUNTE (por exemplo, não turbar a posse).

1.2. A litisregulação responde principalmente às seguintes indagações:

- a) Enquanto se ignora se o réu deve o dinheiro, a coisa ou a pessoa exigida pelo autor, deve o objeto da prestação permanecer com o réu, ser entregue ao demandante ou ficar em poder do Estado? (Supra, incisos I a III).
- b) Enquanto se ignora se foram ou não satisfeitos os pressupostos de criação, modificação ou extinção de relação jurídica (ou mesmo de norma jurídica), como deve ela ser havida? (Supra, inciso IV)
- c) Pode omitir-se o réu, enquanto se ignora se ele deve o ato exigido pelo demandante? E pode o réu praticar o ato cuja abstenção é exigida pelo autor, enquanto se ignora quem tem razão?

A Lei responde a essas três indagações com normas nem sempre expressas, algumas das quais são examinadas a seguir, nos itens 2, 3 e 4.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

As vezes, a litisregulação decorre diretamente da Lei, dispensando específico ato judicial. Outras vezes, resulta de sentença.

Sob o ponto de vista do procedimento, o ato judicial litisregulador pode:

- a) apresentar-se como objeto específico do processo. É o caso da maior parte das ações cautelares. Nesse caso há, no plano lógico (não no plano fático), o pressuposto da existência presente ou futura de outro processo (principal) em que se julgue procedente ou improcedente a pretensão. Por isso, diz-se acessório o processo que tem por objeto sentença de litisregulação;
 - b) apresentar-se como ato necessário, integrante de determinado procedimento. É o caso da penhora, nas ações do artigo 298 do Código de Processo Civil. Manda a Lei que, enquanto se discute sobre a procedência ou improcedência da pretensão do autor ao recebimento de quantia certa em dinheiro, fiquem na posse indireta do Estado, e direta do depositário, bens de valor equivalente à quantia pretendida;
 - c) apresentar-se como ato não necessário, embora integrante do procedimento. É o caso da liminar: em mandado de segurança, em ação de reintegração na posse e nas ações cautelares;
 - d) apresentar-se como ato incidental, praticável no processo, embora não integre o respectivo procedimento. É o caso do seqüestro intercorrente, decretado pelo juiz para evitar rixa ou violência entre os litigantes (Cód. Proc. Civil, art. 675, I).
2. Devendo o juiz prover sobre a procedência ou improcedência de pretensão que tenha por objeto mediato dinheiro, coisa ou pessoa, surge o problema de se determinar com quem há de ficar o objeto da prestação, enquanto o juiz não provê.

Ora, a Lei pode determinar que, enquanto se discute:

- a) permaneça o "status quo", isto é, que o objeto da prestação continue com o tenedor;
- b) que o objeto da prestação seja entregue ao demandante ou
- c) que seja entregue ao Estado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

A primeira é a hipótese mais comum, pois a regra geral, ainda que não expressa em texto de lei, é que o mundo fático somente sofra alteração, em decorrência de processo, após o trânsito em julgado da sentença nele proferida, isto é, quando já não haja dúvida, mas certeza. Sua aplicação não apresenta maiores dificuldades, porque independe de qualquer ato, resultando simplesmente da inércia.

As demais hipóteses são excepcionais. Por isso mesmo, exigem norma expressa. E também ato: ou do próprio demandante (justiça de mão própria); ou do detentor ou possuidor do objeto da prestação, que o pratique atendendo a um ônus processual, ou a dever imposto por sentença; ou do juiz (sentença executiva "lato sensu").

2.1. Litisregulação por ato do demandante ocorre, por exemplo, quando o credor, ao qual a Lei defere pretensão à constituição do penhor (Código Civil, art. 776), havendo perigo na demora, faz efetivo o penhor, antes de recorrer à autoridade judiciária (Cód. Civil, art. 779). A constituição do penhor depende de ato judicial (sentença constitutiva, com eficácia "ex tunc") e, embora se ignore se procede ou não a pretensão, permite a Lei que ele se aposses da coisa.

O processo de homologação de penhor legal (Cód. Proc. Civil, arts. 693 a 696) é autônomo. Não é preparatório de processo algum. O credor pignoratício, quando quiser, proporá a ação executiva pignoratícia, precedida do depósito da coisa empenhada (Cód. Proc. Civil, art. 298, inciso VIII). Aqui, como se observa, surge nova litisregulação: o credor pignoratício tem o ônus de entregar a coisa ao Estado, para propor a ação executiva pignoratícia.

2.2. O objeto da prestação é entregue ao Estado ou ao demandante, espontaneamente, pelo próprio demandado, por força de norma litisreguladora, em diversas hipóteses. Atende, então, o demandado, a um ônus ou a um dever.

Dever, faculdade e ônus supõem a existência possível de condutas contrárias. Havendo dever, só uma é lícita. Havendo faculdade, ambas o são. De regra, sanciona-se o ilícito. Quando se sanciona uma conduta lícita, cria-se um ônus. O onerado não tem o dever de observar uma conduta com exclusão da conduta contrária. Só uma delas, porém, lhe é juridicamente conveniente,

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

porque a outra o sujeita a uma sanção. Impondo ônus, o legislador procura atingir seus fins usando o melhor dos acicates: o interesse do próprio onerado.

O objeto da prestação é entregue ao Estado, por ato do próprio demandado, que o pratica atendendo a um ônus processual, por exemplo, na ação de recuperação de títulos ao portador, contestada pelo detentor mediante o prévio depósito do título reclamado (Cód. Proc. Civil, art. 339, § 1.º) e na ação de depósito, contestada pelo depositário, mediante prévio depósito do objeto ou de seu equivalente em dinheiro (Cód. Proc. Civil, art. 370, § único).

O objeto da prestação é entregue ao demandante, por ato do demandado, que o pratica atendendo a um dever processual, por exemplo, quando o réu atende espontaneamente ao despacho que fixou os alimentos provisionais (Lei 5.478, de 25/7/68, art. 4.º).

2.3. Finalmente, pode ocorrer que, em obediência a norma litisreguladora, o juiz se apossa do objeto da prestação (sentença executiva, "lato sensu"), através de ato de oficial de justiça, seja para entregá-la a depositário (posse indireta do Estado), seja para entregá-la ao demandante.

O apossamento, pelo juiz, nem sempre importa em se tirar fisicamente a coisa das mãos do demandado. Por exemplo: o Estado, através do ato judicial, adquire a posse indireta da coisa, mas deixa a posse direta com o réu, a título de depósito. O que sempre ocorre é que se restringe a posse do demandado.

O ato pelo qual o juiz, através do oficial de justiça, restringe a posse do demandado é executivo. E isso, mais o fato de haver cognição (conhecimento) nas ações cautelares, mostra a inconveniência de se tripartir as ações em cautelares, executivas e de conhecimento.

A natureza executiva do ato impede a oposição "execução X cautela". Ao ato cautelar se contrapõe o satisfativo.

Quando o juiz restringe a posse do demandado para, posteriormente, no mesmo processo, satisfazer a pretensão do demandante, em lugar do demandado, o ato é satisfativo. É o caso da penhora.

O ato cautelar de restrição da posse do demandado ou é praticado incidentemente, no curso de um processo, sem ser para satisfazer a pretensão do demandante (por exemplo: o seqüestro

intercorrente, decretado pelo juiz, para evitar rixa ou violência entre os litigantes; Cód. Proc. Civil, art. 675, I), ou se constitui em objeto específico de processo cautelar.

Em nosso Direito, a execução supõe sentença condenatória. Esta sentença ou terá sido proferida anteriormente, em outro processo, ou foi ou será prolatada no curso do processo executivo.

Os atos de condenar, de executar e de satisfazer se ordenam diversamente, conforme o caso. Assim, na ação executória, a pretensão já foi julgada procedente em outro processo, limitando-se o juiz a subtrair do executado o objeto da prestação (ou seu equivalente), entregando-o ao exequente. Na ação de despejo, o juiz condena e, após, tira do locatário e entrega ao locador o objeto da locação. Nas ações executivas do artigo 298 do Código de Processo Civil, o juiz primeiro restringe a posse do réu (penhora), depois condena e satisfaz o autor. Concedida a liminar em ação de reintegração na posse, há primeiro a reintegração (ato satisfativo) e, somente após, a condenação.

Quando é **dinheiro** o objeto mediato da pretensão deduzida em juízo, o ato judicial pelo qual se restringe a posse do demandado chama-se de **PENHORA**, se satisfativo (Cód. Proc. Civil, arts. 299 e 918) e de **ARRESTO** (Cód. Proc. Civil, art. 681), se cautelar.

Quando o objeto mediato da pretensão é coisa móvel certa ou em espécie, o ato recebe o nome de **BUSCA E APREENSÃO** (Cód. Proc. Civil, art. 993), ou apreensão e depósito (Cód. Proc. Civil, art. 344), quando satisfativo; e de **SEQÜESTRO** (Cód. Proc. Civil, art. 676, II) e também de busca e apreensão (Cód. Proc. Civil, art. 676, III), quando cautelar.

Quando o objeto mediato da pretensão é coisa imóvel, o ato recebe o nome de **IMISSÃO NA POSSE** (Cód. Proc. Civil, arts. 993, 351 e 382) ou de reintegração na posse (Cód. Proc. Civil, art. 371), quando satisfativo e de **SEQÜESTRO**, quando cautelar (Cód. Proc. Civil, art. 676, II). Na primeira hipótese, o juiz não se limita a demitir da posse o demandado mas, no mesmo ato, imite ou reintegra na posse o demandante.

Quando o objeto mediato da pretensão é **pessoa**, o ato recebe, usualmente, o nome de **BUSCA E APREENSÃO**, quando satisfativo; e, indiferentemente, de **DEPÓSITO** (Cód. Proc. Civil, art. 679) ou de **BUSCA E APREENSÃO** (Cód. Proc. Civil, art. 676, III), quando cautelar.

Como se observa, a terminologia legal não tem a especificidade que seria de desejar.

Quando o objeto da prestação é pessoa, a norma litisreguladora impõe que fique sob a guarda do demandado, do demandante ou de terceiro.

Quando o objeto da prestação é dinheiro ou coisa, as várias espécies de posse permitem vários modos de se restringir a posse do demandado. Exemplos: a) o réu perde a posse direta da coisa, ficando o depositário judicial com a posse direta, o Estado com a posse indireta de 1.º grau e o réu apenas com a posse indireta de 2.º grau; b) o réu permanece com a posse direta da coisa, mas a título de depositário judicial, ficando, assim, com a posse direta e com a posse indireta de 2.º grau, intercalando-se, entre ambas, a posse indireta do Estado, de 1.º grau; c) o locador, em ação contra o locatário, obtém o seqüestro do imóvel, sendo nomeado depositário o próprio locador: este readquire a posse direta da coisa, e permanece com a posse indireta, agora, porém, de 2.º grau porque, entre ambas, se intercala a posse indireta do Estado, de 1.º grau. Como diz PONTES DE MIRANDA: "O arresto, o seqüestro, a penhora e qualquer outra medida constritiva, que atinja a posse, restringe a posse do arrestado, do seqüestrado, ou do executado e cria OUTRA POSSE (imediate) ou talvez intercale OUTRA POSSE, ou crie OUTRA E A INTERCALAR." (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1959, t. VI, p. 23)

É inútil a procura de diferença de efeitos entre o ato satisfativo e o cautelar. Os efeitos são os mesmos. Apenas a finalidade é diversa.

Afirma JOSÉ DA SILVA PACHECO que, na penhora, o Estado assume o poder de dispor em substituição ao executado, ao passo que, no arresto, não há essa assunção, por parte do Estado, do poder de dispor (Penhora. In: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro). Há, sim, essa assunção também no caso de medidas cautelares pois, "nos casos expressos em lei e sempre que os gêneros ou efeitos seqüestrados ou arrestados, depositados ou penhorados, forem de fácil deterioração, estiverem avariados, ou exigirem grande despesa para a sua guarda, o juiz, ex-officio, nos casos em que lhe competir, ou a requerimento do depositário ou da parte interessada, mandará que o serventuário competente venda aqueles gêneros ou efeitos em praça ou leilão público, mediante avaliação, se ainda não avaliados judicialmente (Cód. Proc. Civil, art. 704)". E, "efetuada a venda e deduzidas as despesas, depositar-se-á o preço em que ficará sub-rogado o arresto, seqüestro, penhora, ou ônus a que a coisa estiver sujeita (Cód. Proc. Civil, art. 705)".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

Observa JAIME GUASP (Derecho Procesal Civil, 2a. ed., Madrid, 1961, p. 452) que a penhora (e o mesmo se pode dizer do arresto e do seqüestro) não importa na perda do poder de disposição. E tem razão, porque a venda de bem penhorado, arrestado ou seqüestrado não é nula nem anulável, mas apenas ineficaz contra o requerente.

Em resumo: a regra geral litisreguladora é a de que deve permanecer inalterada a posse do demandado, enquanto se discute se procede ou improcede a pretensão do demandante.

Excepciona-se a regra geral nas ações executivas do artigo 298: enquanto se discute se o réu deve ou não ser condenado a pagar quantia certa em dinheiro, restringe-se-lhe a posse de tantos bens, quantos necessários para assegurar a execução (Cód. Proc. Civil, art. 928).

Por exceção permite-se o arresto de bens do suposto devedor (Cód. Proc. Civil, art. 676), havendo prova literal de dívida líquida e certa (Cód. Proc. Civil, art. 681) quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões de difícil e incerta reparação, ao suposto direito do autor (Cód. Proc. Civil, art. 675, III).

Por exceção, a coisa móvel vendida com reserva de domínio fica na posse do Estado, enquanto se discute (Cód. Proc. Civil, art. 344) e a coisa imóvel é entregue ao pretendente, "initio litis", se provar que foi esbulhado há menos de ano e dia (Cód. Proc. Civil, art. 371).

Por exceção, o juiz pode decretar o seqüestro de coisa móvel ou imóvel, para evitar rixa ou violência entre os litigantes (Cód. Proc. Civil, arts. 675, I e 659) e, ainda, quando antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes (Cód. Proc. Civil, art. 675, II).

Por exceção, realiza-se a busca e apreensão (Cód. Proc. Civil, art. 676) ou o depósito (Cód. Proc. Civil, arts. 678 e 679) de pessoas, enquanto se discute a quem deve caber a sua guarda.

3. Havendo pretensão à criação, modificação ou extinção de relação jurídica (ou de norma jurídica), é preciso, de regra, que transite em julgado a sentença de procedência, para que se tenha por criada, modificada ou extinta a relação (ou a norma), "ex tunc" ou "ex nunc".

São raras as exceções. Entre estas se inclui a suspensão de efeitos da relação desconstituenda, enquanto se discute se procede ou improcede a pretensão à extinção.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

É o caso, por exemplo, da separação de corpos (Cód. Proc. Civil, art. 676, X), nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento. Enquanto se discute a respeito da desconstituição da sociedade conjugal, suspende-se o dever de vida em comum, no domicílio conjugal (Cód. Civil, art. 231).

É também o caso, no Direito do Trabalho, da suspensão do empregado estável, para fins de inquérito (CLT, art. 494, § único).

O caso mais notável de litisregulação foi o que tivemos por força do Decreto-Lei n.º 216, de 27/2/67, art. 3.º, § único.

Nos primeiros sessenta dias de vigência da Constituição de 1967, os Estados-membros tiveram de reformar suas constituições, para adaptá-las às normas da nova ordem jurídica (Const. Fed. de 1967, art. 188), e, no período de "vacatio legis" da Constituição Federal, o Presidente da República, usando dos poderes extraordinários que então detinha, estabeleceu que, promulgada a nova Constituição Estadual, o Governador do Estado poderia representar ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República, sobre a constitucionalidade de suas disposições. E disse mais: "A REPRESENTAÇÃO TERÁ EFEITO SUSPENSIVO, QUANTO A VIGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES IMPUGNADAS DESDE SUA APRESENTAÇÃO AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, devendo o seu processo e julgamento obedecer à legislação em vigor (Decreto-Lei n.º 216, de 27/2/67, art. 3.º, § único).

Eis aí a dúvida sobre a constitucionalidade de lei a determinar a suspensão de sua vigência!

4. A norma litisreguladora de caráter mais geral é a que estabelece a PROIBIÇÃO DE INOVAR.

Vem-nos do Direito Romano a regra: "pendente lite nihil innovatur". Passou pelo Código das "Siete Partidas (Livro 13, tit. VII, partida III), pelas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas (nestas, no Livro III, tit. 73, pr.; tit. 78, §§ 4.º e 5.º), pela Consolidação de Ribas (art. 911), pela Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal (Decreto n.º 3.084) e pelos Códigos t. 2.º). No atual Código de Processo Civil, a proibição de inovar decorre dos artigos 712 a 716, e 676, VII.

Embora tenha JOÃO VICENTE CAMPOS afirmado que inovação e atentado são sinônimos e que, portanto, dizer que o atentado é a inovação constitui petição de princípio (SIMAS, Hugo, Comentários, v. V, t. 2.º, p. 227, nota), é necessário estabelecer

a distinção: uma coisa é a proibição de inovar, isto é, a norma jurídica que estabelece a vedação; outra coisa é o atentado, isto é, o ato ilícito que contravém à proibição.

Atentado, em sentido amplo, é qualquer ato praticado contra uma legítima proibição. É a violação de uma obrigação de não fazer: qualquer ato humano qualificado de ilícito por contrair a alguma proibição (Cf. ANDRIOLI, Virgílio. *Commento al Codice Di Proc. Civ.*, 1964, p. 231).

Mais restrito, porém, é seu sentido no processo. Define-o o "Codex Juris Canonici" como "quidquid, lite pendente, aut altera pars adversus alteram aut ipse iudex adversus alterutram vel utramque partem innovat, parte dissentiente et in eius praejudicium". Como se observa, o Código Canônico considera como atentado também a inovação praticada pelo juiz, nisso divergindo de nosso Direito. Exclui, porém, atos de terceiro, tal como em nosso sistema.

FERNANDO DELLA ROCCA ensina que tanto pode ser objeto de atentado a pretensão deduzida em juízo como pretensões processuais, sendo variável a sanção: nulidade, perdas e danos, custas do incidente respectivo, pena criminal etc., (Attentato, In: *Novissimo Digesto Italiano*). Escluamos, porém, do atentado as pretensões processuais, pois, como observa HUGO SIMAS, "o atentado importa em modificação no estado da coisa litigiosa", isto é, atinge a pretensão de direito material deduzida em juízo.

Assim, podemos dizer que constitui atentado o ato praticado por uma das partes, na pendência da lide, que importe em violação da proibição de inovar, imposta por lei ou por mandado do juiz.

Outra distinção cumpre que se faça entre o atentado (infração ao dever de não inovar) e a ação de atentado (que visa à reposição no estado anterior). A execução de obras de conservação em coisa litigiosa, sem prévia autorização do juiz, constitui atentado (argumento do art. 676, VII, do Cód. Proc. Civil). Todavia, a ação de atentado, que acaso seja proposta, somente será julgada procedente se essa inovação for lesiva à parte contrária (Cód. Proc. Civil, art. 712, IV) e for possível a reposição no estado anterior.

A proibição de inovar decorre da litigiosidade da coisa, estabelecida pela citação válida (Cód. Proc. Civil, art. 166, III). Por "coisa litigiosa" não se entenda apenas bem material; é qualquer objeto de direito sobre o qual se litigue (v. PONTES DE MIRANDA. *Comentários* ..., v. VIII, p. 377).

Vige desde a citação válida, ainda que feita em processo preparatório, até o trânsito em julgado da sentença. Como observa PONTES DE MIRANDA, "não há atentado antes da citação, porque, sem ela, não há pendência da lide. Pode haver atentado depois da conclusão do feito, desde que antes do trânsito em julgado da sentença (Comentários ..., v. IX, p. 105); se foi ordenado, noutro processo de medida preventiva, o seqüestro da coisa, ou o arresto, ou outra medida, esse processo basta para que se componha a figura da coisa litigiosa (Op. cit., v. VIII, p. 377).

O dever de não inovar é processual (PONTES DE MIRANDA. Comentários ..., v. IX, p. 107). A proibição não tem caráter cogente, mas sim dispositivo. Por isso, "se o ato foi praticado por ambas as partes, ou se a outra parte nele consentiu, não há falar-se em atentado (PONTES DE MIRANDA. Comentários ..., v. IX, p. 104). O consentimento, que torna insuficiente o suporte fáctico do ato-fato ilícito relativo, é pré-excludente. Não havia contrariedade a direito; portanto, não houve ilicitude". (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 114)

Excepcionalmente, a inovação pode constituir ilícito penal. Sob o "nomen juris" de "fraude processual", o Código Penal prevê, no artigo 347, a seguinte figura delituosa: "Inovar artificiosamente na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito". Nesta hipótese, atentado há. Todavia, dele não decorre o cabimento de incidente do atentado. É no processo penal que a questão será examinada. "O atentado para dificuldade ou facilitação da prova é crime, e dá ensejo a alegações na instrução ou a medida penal; nada tem com os arts. 712-16, se, fora da matéria da prova, não se compõe a figura do atentado. (...) O conceito dos arts. 712-16 nada tem com a prova. Se os pressupostos do art. 347 do Código Penal ocorreram, o que a parte tem de fazer é comunicá-lo ao juiz da causa e promover o processo do atentado criminal". (PONTES DE MIRANDA. Com. ..., v. IV, p. 110)

O objetivo da ação de atentado é a reposição no estado anterior. Claro, nesta parte, o artigo 712 do Código de Processo Civil: "a parte (...) poderá requerer que a lide volte ao estado anterior ...".

Daí se segue que, ainda que tenha havido atentado, não cabe ação de atentado se impossível o desfazimento da inovação.

PONTES DE MIRANDA esclarece bem: "A ação pode ser para a restauração só, ou cumulada com a cominatória (art. 716, verbo "multa") (Com., v. IX, p. 112). Evidentemente, a cumulação

não afasta a restauração como objetivo. O mesmo Autor ainda repisar "O "status quo" sofreu a alteração indevida; O ESCOPO DA AÇÃO DE ATENTADO É RESTAURÁ-LO." (Comentários, v. IX, p. 115)

A natureza da sentença que julga procedente a ação de atentado encontra-se explicitada na insuperável lição de PONTES DE MIRANDA: "Se a decisão reconhece o atentado (elemento declaratório), ordena o juiz (elementos mandamental e executivo) que se restabeleça o estado anterior à inovação (elemento condenatório). A força da sentença é mandamental; o elemento imediato, em forte dose, condenatório; a carga de elemento executivo vem em seguida, razão por que se pode executar, forçadamente, a decisão". Efetivamente, a sentença que julga procedente a ação de atentado declara a existência da inovação (elemento declaratório), qualifica-o de ilícito, tornando aplicável a sanção (elemento condenatório, espécie de constitutivo) e ordena o desfazimento. Se há o desatendimento ao mandado, o juiz desfaz a inovação, à custa do condenado. O desfazimento tem, então, o caráter de execução.

A sentença que julga a ação de atentado é definitiva e, pois, apelável.

"A multa é pela infração do preceito, que se haja posto, para o caso de inovação; a indenização, pelos danos que o vencedor na causa principal haja sofrido. Aí está a razão por que só se julga a indenização na sentença da ação principal. Não é a infração processual que está em causa; é o dano de direito material a cuja indenização somente pode ser condenado quem perdeu na ação principal. Qualquer decisão na sentença que julga a ação de atentado que se refira a multa e perdas e danos é para o caso de vir a ser vencedor na ação principal o autor da ação de atentado (PONTES DE MIRANDA. Comentários ..., v. IX, p. 135). Esta lição do ilustre jurista deve ser aceita com reserva. Compreende-se que a sentença, na ação principal, somente condene o atentante em perdas e danos se ele for vencido também naquela ação. Todavia, o mesmo não se pode afirmar quanto à multa, acaso prevista no mandado judicial que estabeleceu a proibição (v. g. na nunciação de obra nova) estabelecendo certa cominação para a infração. Aí, mesmo que o atentante vença na ação principal, deve ser condenado na multa, pois esta foi prevista para a hipótese de infração ao dever processual de não inovar, nada importando a vitória na ação principal.

Dada a finalidade da ação de atentado, que é a restituição ao "statu quo ante", o Código de Processo Civil condiciona a pró-

cedência da ação à lesividade da inovação (art. 713, IV). Não se diga, como PONTES DE MIRANDA (Com., v. IX, p. 104), que, aí, não há atentado. Atentado há. Mas não há direito à reposição.

Atentado há inclusive quando a inovação visa a atender a pretensão de direito material do autor como, por exemplo, se o réu atende à pretensão do autor com a finalidade de induzir o juiz ou o perito em erro, com o objetivo de fugir a certos efeitos da condenação, por exemplo, a condenação nas custas (Ver SIMAS, Hugo. Comentários, v. VIII, t. 2.º, p. 199).

Repita-se: toda inovação constitui atentado. Todavia, o direito à reposição pressupõe a lesividade.

O artigo 712 do Código de Processo Civil veda a interdição do atentante até a purgação do atentado, quando reconhecido. PONTES DE MIRANDA entende que a interdição é efeito do despacho deferitório da ação de atentado (Comentários, v. IX, p. 115). Se julgada improcedente a ação de atentado, repetem-se os atos praticados sem a audiência do atentante (Id. ib. v. IX, p. 117). Todavia, dizendo o Código que ficará interdita a audiência até a purgação do atentado, QUANDO RECONHECIDO, inequivocamente considera a interdição como efeito da sentença que julga procedente a ação de atentado.

4.1. Na NUNCIACÃO DE OBRA NOVA, há proibição de inovar por mandado do juiz.

A regra geral litisreguladora é que, sendo afirmada pretensão a que o réu NÃO faça alguma coisa, pode o réu praticar o ato, enquanto não julgada procedente a pretensão do autor.

Todavia, tal não acontece na nunciação de obra nova. Aliás, o processo de nunciação de obra nova é especial, e não ordinário, em razão da necessidade de se estabelecer litisregulação excepcional: a proibição, ao réu, de continuar a obra, enquanto não se decide sobre a procedência ou improcedência da pretensão do autor (ver arts. 386 a 388 e 390 do Código de Processo Civil).

Deferindo a inicial, o juiz expede "in limine litis" mandado de suspensão da obra. "Não importa que o autor não tenha razão: ao nunciado cabe atender ao mandado do juiz" (...). "Embargada a obra, só mandado judicial do mesmo juiz ou da instância "ad quem" pode levantar o embargo. A evidência da sem-razão somente pode ser apreciada a final (art. 389). A caução não é suspensão do embargo; é substituto do seu efeito (PONTES DE MIRANDA. Comentários, VI/194). "No Código, passada a diligência e lavrado o auto do artigo 388, para que foram notificadas as pessoas do art. 387, o juiz somente pode cassar o seu man-

dado na sentença final, com a cognição completa contrária ao nunciante". "Nenhum poder, até a sentença, tem o juiz para suspender o embargo (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 198). Mas, se da inicial se evidencia que a ação foi proposta, v.g., apenas por espírito de emulação, pode o juiz recebê-la como de ação ordinária, indeferindo, portanto, o pedido de suspensão no curso da ação.

A infração ao mandado judicial importa em atentado.

DA VALIDADE DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO REALIZADO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA COM PARTICULAR SEM PRÉVIA CERTIDÃO DA QUITAÇÃO DO INPS

Arnoldo Wald (*)

Ementa: Inaplicabilidade às sociedades de economia mista dos artigos 141 e 142 da Lei n.º 3807, de 26 de agosto de 1960, com a redação que lhes deu o artigo 25 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, por estarem derogados pelo artigo 163, § 2, da Constituição de 1967, reiterado pelo artigo 170, § 2, da Emenda Constitucional n.º 1 e o artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Interpretação do texto constitucional. Normas aplicáveis à matéria.

Exegese do artigo 142 da Lei da Previdência Social. Caso de anulabilidade ou de inoponibilidade do ato jurídico e não de nulidade absoluta. Interpretação literal e análise da *mens legis*. Consequências da desobediência à norma jurídica.

O princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* e seus efeitos no caso *sub judice*.

Aplicação imediata do Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969 (artigo 42). Convalescimento do ato anulável pela dispensa, pela lei posterior, do requisito legal não preenchido.

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

Validade das notas promissórias, como títulos de crédito autônomos e abstratos. Posição jurisprudencial e doutrinária.

Responsabilidade do avalista independentemente do protesto da nota promissória. Normas sobre a matéria contidos na Convenção de Genebra.

CONSULTA

Em fevereiro de 1968, o BANCO DO ESTADO DE ALAGOAS S. A., sociedade de economia mista, concedeu à firma INDÚSTRIA E COMÉRCIO L. CARVALHO, S. A., contribuinte do INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (INPS), um financiamento de Cr\$ 133.439,49 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e trinta e nove cruzeiros e quarenta e nove centavos), para a aquisição de máquinas e equipamentos industriais, na qualidade de Agente Financeiro do FINAME, mediante garantias pignoratícias (penhor das máquinas) e fidejussória (aval).

Ao tempo da celebração do contrato, já estava em vigor o artigo 141, § 2.º, da Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, modificado pelo Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, o qual dispõe *in verbis*:

“O Certificado de Regularidade de Situação (CRS), a ser trasladado no instrumento pelo servidor público ou escrevente juramentado, juntado por cópia autêntica, ao processo ou ao pedido inicial da empresa, ou ainda caracterizado pelo seu número e data de emissão mediante certidão passada no documento fornecido à empresa, conforme o caso, será exigido obrigatoriamente:

- a) “Omissis”;
- b) ”
- c) para a concessão de financiamento, empréstimo e ajuda financeira etc.”.

Por outro lado, o artigo 3.º do Decreto n.º 60.368, de 11 de março de 1967, diz o seguinte:

“Será obrigatória a consignação de que foi feita a apresentação do Certificado de Regularidade da Situação (CRS):

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

a) pelas repartições,, sociedades de economia mista, estabelecimentos de crédito oficiais ou seus agentes, mediante o traslado de seus termos nos instrumentos públicos ou particulares, referentes à concessão de financiamentos, empréstimos ou ajudas financeiras, em convênios, contratos ou quaisquer outros atos em que sejam interessados empresas, entidades ou pessoas sujeitas à contribuição para a Previdência Social”.

No caso concreto, não ficou consignado que a empresa financiada tivesse feito a apresentação do Certificado de Regularidade de Situação (CRS), a fim de obter o financiamento.

Nem a financiada exibiu, nem o BANCO exigiu CRS.

Passados quatro (4) anos, recebida e aplicada toda a quantia objeto do negócio, eis que a financiada, estribada no estatuído no artigo 142 da citada lei, requer seja decretada a “nulidade” do contrato de financiamento, exatamente por inobservância do prescrito nos dispositivos supratranscritos.

O artigo 142 da Lei n.º 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social), modificado pelo artigo 25 do Decreto-lei n.º 66/66, prescreve:

“Os atos praticados e os instrumentos assinados ou lavrados com inobservância do estipulado no artigo 141 são considerados nulos de pleno direito, para todos os efeitos, assim como os respectivos registros públicos a que estiverem sujeitos”.

Alega ser nulidade prevista no artigo 145, V, do Código Civil Brasileiro.

Pergunta-se:

- 1.º — Pode a financiada, que deixou de apresentar o CRS, objetivando locupletar-se ilicitamente ou mesmo auferir determinadas vantagens, argüir a nulidade do Contrato de Financiamento que, concretamente, nenhum prejuízo acarretou para o INPS?

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

- 2.º — Ad argumentandum tantum, admitida a nulidade absoluta do contrato, para a qual, no mínimo, também concorreu (culpa concorrente) a financiada, poderia aplicar-se, contra o BANCO, o princípio da sucumbência?
- 3.º — Admitida a nulidade absoluta do contrato, qual o *remedium juris* a ser empregado, a fim de ser cobrada judicialmente a dívida?

Nessa cobrança ordinária é lícito exigir-se, também, juros e correção monetária?

Adiantaria que o financiamento foi para fins de aquisição de máquinas, portanto se trata de um financiamento industrial, e, disciplinando a espécie, no ano de 1969, surgiu o Decreto-lei n.º 413, o qual, no seu artigo 42, estabelece:

“A concessão dos financiamentos previstos neste Decreto-lei bem como a constituição de suas garantias, pelas instituições de crédito, públicas e privadas, **independe da exibição de comprovante de cumprimento de obrigações fiscais, da previdência social ou de declaração de bens e certidão negativa de multas**”.

Mesmo sendo posterior à celebração do contrato, pode o Decreto-lei n.º 413/69 ser aplicado à hipótese ocorrente?

A vista desse novo diploma legal, que regula matéria totalmente idêntica àquela do contrato — FINANCIAMENTO INDUSTRIAL (embora através de cédula e não de contrato), estão ou não derogados (revogação parcial) os dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social citados?

Os artigos da Lei Orgânica da Previdência Social — os transcritos — ferem algum princípio legal, mesmo não constitucional?

P A R E C E R

I. DA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 142 DA LEI DA PREVIDÊNCIA SOCIAL ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

1. O artigo 142 da Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação que lhe deu o artigo 25 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, vedou a alienação de bens e a realização de contratos de financiamento com órgãos da administração direta e indireta, por parte de empresas que não tivessem a quitação do INPS.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

Estabeleceu, na sua redação originária, o artigo 142 do referido diploma, que:

“As empresas abrangidas por esta Lei não poderão receber qualquer subvenção ou participar de qualquer concorrência promovida pelo Governo ou autarquias federais, nem alienar, ceder, transferir ou onerar bens imóveis, embarcações ou aeronaves sem que provem a inexistência de débito para com a instituição de previdência social a que estejam ou tenham estado vinculadas sob pena de nulidade do ato e do registro público a que estiverem sujeitas”.

Posteriormente, o artigo 25 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, deu nova redação aos artigos 141 e 142 da Lei n.º 3.807, determinando, na sua nova redação, o artigo 141, § 2.º, que:

“O “Certificado de Regularidade de Situação” (CRS), a ser trasladado no instrumento pelo servidor público ou escrevente juramentado, juntado por cópia autenticada ao processo ou ao pedido inicial da empresa, ou ainda caracterizado pelo seu número e data de emissão mediante certidão passada no documento fornecido à empresa, conforme o caso, será exigido obrigatoriamente:

- a)
- b)
- c) para a concessão de financiamento, empréstimo e ajuda financeira, para o pagamento de parcelas dos mesmos, quotas-partes e alíquotas de impostos ou de subvenções de qualquer espécie por parte das repartições públicas, estabelecimentos de crédito oficiais e seus agentes financeiros, autarquias, entidades de economia mista e empresas públicas ou de serviços públicos;
- d)
- e) para a assinatura de convênios, contratos ou quaisquer outros instrumentos com repartições ou entidades públicas, autarquias, sociedades de economia mista ou seus agentes;
- f)
- g)
- h)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

O artigo 142 teve, por sua vez, a sua redação modificada pelo Decreto-lei n.º 66, passando a ter o seguinte teor:

“Art. 142. Os atos praticados e os instrumentos assinados ou lavrados com inobservância do estipulado no artigo 141, são considerados nulos de pleno direito, para todos os efeitos, assim como os respectivos registros públicos a que estiverem sujeitos.

§ 1.º. A previdência social poderá intervir nos instrumentos nos quais é exigido o “Certificado de Quitação” para dar quitação de dívida do contribuinte ou para dar autorização para a sua lavratura, independente da liquidação da dívida, desde que fique assegurado o seu pagamento com oferecimento de garantia de natureza real ou do próprio preço, quando o mesmo seja parcelado”.

2. Em virtude das referidas normas, as sociedades de economia mista deixaram de poder conceder financiamento sem a prévia apresentação da certidão de quitação do INPS (alíneas c e e do § 2.º do artigo 141 da Lei n.º 3.807 com a redação do Decreto-lei n.º 66/66).

3. A exigência de só conceder financiamentos a empresas que tenham quitação do INPS foi estabelecida pelo Decreto-lei n.º 66 para as repartições públicas, autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicando, tal condição, às demais sociedades comerciais e instituições financeiras do setor privado, embora tal norma tenha implicado numa limitação ao funcionamento das empresas estatais e de economia mista. A discriminação se evidencia pelo fato de poderem as instituições financeiras privadas conceder financiamentos sem a quitação do INPS, enquanto, pelo Decreto-lei n.º 66, as entidades financeiras públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas foram obrigadas a exigir tal quitação, como condição necessária dos seus negócios.

4. Ocorre, todavia, que, nesse particular, o Decreto-lei n.º 66 foi revogado pelo artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e pelo artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967.

Efetivamente, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, determina, no seu artigo 27, § único, que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

“Assegurar-se-á às empresas públicas e AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA CONDIÇÕES DE FUNCIONAMENTO IDÊNTICAS ÀS DO SETOR PRIVADO.....”.

Por sua vez, a Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março de 1967 (artigo 189), estabelece, no seu artigo 163, § 2.º, que:

“Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA REGER-SE-ÃO PELAS NORMAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PRIVADAS, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações”.

5. Como a Constituição foi promulgada em 24 de janeiro de 1967, o Decreto-lei n.º 200 é de 25 de fevereiro de 1967 e o início da vigência da Constituição data de 15 de março de 1967, parece-nos que o Decreto-lei n.º 66 foi derogado pelo artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, cujos princípios foram consagrados no texto constitucional. A Constituição de 1967, no momento em que entrou em vigor, já teria, pois, encontrado o Decreto-lei n.º 66 derogado no particular, dando, tão-somente, garantia constitucional à disposição que anteriormente era de lei ordinária. Poder-se-ia, talvez, entender que a simples promulgação da Constituição teria revogado o Decreto-lei n.º 66, mas tal tese nos parece infundada, pois, não estando ainda em vigor, não teria a Constituição como produzir quaisquer efeitos jurídicos antes do seu início de vigência. O debate sobre a matéria não apresenta, todavia, qualquer interesse prático por ser evidente que:

a) a partir de fevereiro de 1967, não vigoravam mais, em relação às sociedades de economia mista, os artigos 141 e 142 da Lei n.º 3.807 (com a redação do Decreto-lei n.º 66);

b) a partir de 15 de março de 1967 nenhuma lei poderia estabelecer qualquer discriminação entre empresas privadas e sociedades de economia mista no que se refere ao funcionamento, exploração e organização das mesmas.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

6. Verificamos, pois, que, em virtude do disposto no artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, deixou de ser aplicável às sociedades de economia mista a norma contida nos artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social com a redação que lhes deu o artigo 26 do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966, pois a quitação do INPS, sendo requisito exigido, tão-somente, nos financiamentos concedidos por sociedades de economia mista e empresas públicas, não mais pode prevalecer, diante de uma legislação que estabelece a completa equiparação das condições de funcionamento das instituições financeiras públicas e privadas. É indiscutível a revogação da norma do Decreto-lei n.º 66 diante do texto inequívoco do Decreto-lei n.º 200, que exige tenham as sociedades de economia mista **"condições de funcionamento idênticas às do setor privado"**, não se admitindo mais qualquer espécie de discriminação contra as instituições financeiras estaduais, no sentido de delas exigir condições e providências não estabelecidas em relação às suas congêneres de natureza privada.

7. Se não bastasse o texto da lei ordinária, no mesmo sentido se afirmou a norma constitucional, que passou a vigorar a partir de 15 de março de 1967, sujeitando as sociedades de economia mista **"ÀS NORMAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PRIVADAS"** (artigo 163, § 2.º), sem favores ou benefícios especiais (artigo 163, § 3.º), mas sem qualquer sobrecarga ou discriminação odiosa, expressamente vedada pela norma fundamental.

8. Os comentadores da Constituição e os estudiosos das sociedades de economia mista salientam a inovação decorrente do texto do artigo 163, que eliminou as dúvidas no tocante ao regime legal das empresas estatais e que foi mantido, com pequenas alterações, na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, passando a constituir o artigo 170, § 2.º, com a seguinte redação:

"§ 2.º. Na exploração, pelo Estado, de atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações".

9. Examinando o novo texto constitucional, pondera a Professora ROSAH RUSSOMANO que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

"Para que o Estado organize e explore a atividade econômica diretamente, é mister que, de acordo com o texto constitucional, o faça tão-só em caráter supletivo, face à iniciativa privada.

Em se verificando essa hipótese (exploração, pelo Estado, da atividade em foco), os órgãos referidos no texto (empresas públicas e sociedades de economia mista) ficarão no mesmo nível das empresas privadas, regendo-se pelas normas a estas aplicáveis, inclusive no setor do Direito do Trabalho e das Obrigações". (Rosah Russomano, **Anatomia da Constituição**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, página 317)

10. No mesmo sentido se manifesta ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, nos seguintes termos:

"A Constituição Federal de 1967 mantém o princípio da livre iniciativa privada para organizar e explorar as atividades econômicas. É influência ainda do regime capitalista, baseado no interesse particular. Entretanto, a norma assegura o direito "preferencialmente" e, não, com exclusividade, realizando-se "com estímulo e o apoio do Estado" (termo empregado no sentido técnico amplo e, não, restrito às unidades da federação, ou estados-membros; abrange a palavra "Estado" a União, o Estado-membro e o Município). Como ato de caráter suplementar da iniciativa privada, "o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica". Não haverá, normalmente, concorrência entre o Estado e as empresas privadas. O Estado apenas agirá para complementar, quando houver interesse social. Mas, nessa hipótese, as empresas públicas e as sociedades de economia mista ficarão equiparadas às entidades privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações" (art. 170 e §§ 1.º a 3.º). (Alcides de Mendonça Lima, **As novidades da Constituição Federal, São Paulo, Editora Juriscredi Ltda., 1971, página 160)**

11. A doutrina brasileira sempre entendeu, aliás, que a sociedade de economia mista era uma pessoa jurídica de direito privado, sujeita às normas do direito comercial e do direito do trabalho, como se verifica pelas lições de VICENTE RAO (**O di-**

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

reito e a vida dos direitos, S. Paulo, Max Limonad, 1952, 1.º volume, página 361); HELY LOPES MEIRELLES (**Direito municipal brasileiro**, 2a. edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, volume 1, 1964, páginas 208 e seguintes e **Direito administrativo brasileiro**, 2a. edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, páginas 303 e seguintes); OSCAR SARAIVA (**Estudos de direito administrativo e social**, Rio de Janeiro, Editora Melso, sem data, página 73); SEABRA FAGUNDES (**Parecer**, in **Revista de Direito administrativo**, volume 32, página 475); ARNO SCHILLING (**Sociedades de economia mista**, artigo publicado in **Revista de Direito Administrativo**, volume 50, página 36); ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA (**As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado**, artigo, in **Revista de Direito administrativo**, volume 60, página 1 e seguintes e, especialmente, página 7) e FRANCISCO CAMPOS (**Parecer**, in **Revista de direito administrativo**, volume 72, página 385).

No mesmo sentido se manifestaram, ainda, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (**Tratado de direito administrativo**, volume IV, 2.ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1949, página 334); RUY CIRNE LIMA (**Pareceres (Direito Público)**, Porto Alegre, Sulina, 1963, página 18 e **Princípios de direito administrativo**, 4a. edição, Porto Alegre, Sulina, 1964, páginas 182 e seguintes); BILAC PINTO (**O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas**, in **Revista de Direito administrativo**, volume 32, páginas 14 e seguintes); TULLIO ASCARELLI (**Problema das sociedades anônimas**, 2a. edição, São Paulo, Saraiva, 1969, página 348); WALDEMAR MARTINS FERREIRA (**A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo**, S. Paulo, Max Limonad, 1956, "passim" e, especialmente, página 156); THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS (**As sociedades de economia mista no direito brasileiro**, Rio, 1964, "passim" e, especialmente, página 54) e J. C. SAMPAIO DE LACERDA (**As sociedades anônimas e sua utilização pelo Estado em suas empresas**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, página 11).

12. A doutrina brasileira já entendia, pois, antes da Constituição de 1967, que a sociedade de economia mista devia ser considerada como pessoa jurídica de direito privado, subordinada, nas suas transações externas, ou seja, nos seus negócios com terceiros, às normas de direito comercial e de direito de trabalho, sob pena de não se justificar a sua própria existência. Já, naquela

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

época, os autores criticavam a aplicação de normas de direito administrativo nas relações entre as sociedades de economia mista e terceiros (*quoad extra* na palavra de RUY CIRNE LIMA). Aliás, o problema já tinha surgido no exterior e tinha sido objeto de comentários dos estudiosos de direito na França, na Inglaterra e na Itália.

13. O Professor SAMPAIO LACERDA em monografia intitulada **As sociedades anônimas e sua utilização pelo Estado em suas empresas** (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, página 20) lembra, nos seguintes termos, a posição da doutrina francesa e inglesa:

"HAMEL et LAGARDE, em seu Tratado (1954, n.º 889), acentuam as inconveniências das normas do direito público às empresas de Estados: "As regras do direito administrativo e da contabilidade pública são inconciliáveis. O funcionário é levado à prudência e não à audácia. Em princípio, todas as despesas do ano devem ter sido autorizadas pela inscrição de um crédito no orçamento e os créditos não utilizados no período previsto são anulados, repetindo-se o processo de inscrição no ano seguinte". Concluem, então, os tradistas franceses: "A aplicação de tudo isso aos negócios comerciais ou industriais significaria a paralisia e a falência. À medida que se ampliava o intervencionismo, havia preocupação "de industrializar" a gestão dos novos serviços, substituindo os processos de direito e de contabilidade comerciais". Outro não é o pensamento de WILLIAM ROBSON, professor de Economia em Londres (**La società pubbliche in Gran Bretagna**, in "Riv. delle società", 1956, 405, página 949 e segs.). A razão bastante para a criação do moderno tipo de sociedade pública foi a necessidade de um alto grau de liberdade, flexibilidade, audácia e espírito empreendedor na direção da empresa de propriedade pública tendo o caráter industrial ou comercial e o desejo de fugir às cautelas e prudências típicas dos negócios da administração governativa. "Duplo desejo ensejou a criação das sociedades públicas, afirma ROBSON: de um lado garantir a liberdade do controle cotidiano parlamentar sobre a gestão das indústrias nacionalizadas e por outro evitar a supervisão do Te-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

souro sobre o seu pessoal e sobre seu balanço, pois, como se expressou o primeiro Ministro Trabalhista, CLEMENT ATTLEE, o controle do Tesouro é de todo incompatível com a elasticidade necessária à direção de uma empresa comercial ("Post Office Reform", in "New Statesman and Nation" de 7/11/1931)".

14. Examinando a evolução da legislação francesa sobre a matéria, o Professor JEAN MAYNAUD (**Aspectos atuais da empresa pública na França**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1957, páginas 35 a 37), colocou o problema nos seguintes termos:

"Tratando-se particularmente da França, a tendência dos últimos anos parece ter sido de reforçar e multiplicar os controles. Esta situação foi criticada em certos meios que nela viram uma defesa do Estado e conseqüentemente um abandono dos princípios que haviam guiado o legislador na realização das nacionalizações. De diversos lados, foi invocado o espectro da rigidez burocrática geradora da ineficácia e da desordem; mas, a maior parte das críticas é exagerada, sem dúvida alguma.

.....

A falta de elasticidade do sistema de autorização prévia foi particularmente criticada pela demora que causava na execução das decisões, prejudicando a boa marcha da empresa (essa lentidão teria comprometido a realização de diversas transações imobiliárias). Tais críticas não são desprovidas de fundamentos, sobretudo nos casos correntes em que o processo de aprovação exige a intervenção de diversas administrações. Porém, tratando-se de decisões importantes compreendendo-a a política geral da empresa, ou suscetível de exercer influência na política nacional, parece-nos difícil a renúncia a todo poder de tutela.

O problema se resume, pois, em tornar exequível, em vez de fazer desaparecer o sistema de autorização prévia, limitar a tutela às decisões realmente importantes e sobretudo tornar fáceis as formalidades de aprovação".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

15. No mesmo sentido, M. T. CARVALHO BRITTO DAVIS, no seu **Tratado das sociedades de economia mista** (Rio de Janeiro, José Konfino, 1969, página 479), invoca a lição idêntica que encontramos nos autores italianos, nos seguintes termos:

"Merecem assentada as seguintes palavras de TREVES, que servem de advertência àqueles que tentam sobrecarregar, excessivamente, as empresas estatais, de controles os mais diversos, que possam ocasionar transtornos à sua eficiência operacional, etc."

"L'espediente dell'ente pubblico economico e ancor di più quello della società commerciale esonerano l'amministrazione dal sistema rigido ed ingombrante di iperazioni e di controlli, istituito nel passato nei confronti di servizi di natura differente, e antiquato ormai perfino per questi. Nessuna impresa commerciale potrebbe svilupparsi in tali condizioni con speranza di successo. È fuori dubbio il bisogno di maggiori elasticità, celerità e indipendenza".

16. Trazendo o problema para a realidade brasileira, o insuspeito THEMÍSTOCLES CAVALCANTI chegou a lamentar que, em vez de se ter processado uma crescente autonomia das sociedades de economia mista, tenha-se verificado "um movimento inverso no sentido de uma integração crescente no organismo estatal". E, conclui o antigo Procurador da República e Ministro do Supremo Tribunal Federal:

"Perderam, assim, as empresas públicas, características fundamentais e que motivaram a sua criação". (Prefácio à obra de JEAN MAYNAUD já citada, página 15).

17. Há quase vinte anos atrás escrevíamos a esse respeito (**As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado**, in **Revista Forense**, volume 152, página 521) que:

"A tendência atual do direito administrativo é dominada pelos princípios de padronização excessiva. Já se falou na **desautorização das autarquias**. Transformam-se as autarquias, as empresas públicas e as próprias sociedades de economia mista em simples repartições públicas, perdendo a sua iniciativa e o seu sen-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

so de responsabilidade própria sob o peso esgotante dos múltiplos controles. Já vimos que, tanto na França, como nos Estados Unidos, as empresas públicas desaparecem devido à excessiva fiscalização, integrando-se nos ministérios e de sociedade comercial só conservando o nome".

E concluímos no sentido de ser necessário manter a flexibilidade das sociedades de economia mista, para que pudessem ter um caráter competitivo.

Pouco tempo depois, a mesma tese foi levantada por ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, que concluiu excelente estudo sobre a matéria nos seguintes termos:

"Nos limites de trabalho sem maiores pretensões, cumpre-nos finalmente assinalar que tanto as sociedades de economia mista, quanto as denominadas empresas públicas, constituem preciosos e eficientes instrumentos jurídicos postos a serviço do Estado moderno, no instante em que as solicitações do interesse público reclamam e exigem sua crescente intervenção no domínio econômico.

Entretanto, à medida que tais sociedades se afastam das normas e da técnica das empresas privadas, despiando-se de suas características de independência de ação e consequente liberdade administrativa, deixarão de ser os instrumentos simples, flexíveis e eficientes e correrão, por conseguinte, o risco de falharem às suas finalidades.

Torna-se, por isso mesmo, indispensável não se repetir com tais tipos de sociedades o que ocorreu com as entidades autárquicas que, segundo OSCAR SARAIVA, envelheceram precocemente: "surgidas", diz ele, "em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado, e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

As sociedades de economia mista e as chamadas empresas públicas evidentemente haverão que subsistir como instrumentos jurídicos a serviço do Estado moderno, no seu mister e empenho de atender aos interesses gerais da coletividade, mas isto realmente só será possível na medida em que se mantiverem fiéis às suas características de empresa privada, de forma a não permitir sua transformação em simples órgão da administração pública descentralizada". (Revista de Direito Administrativo, volume 60, página 15) (grifamos)

18. A evolução tributária se realizou no sentido de aproximar, cada vez mais, as sociedades de economia mista das demais empresas comerciais, denegando-lhes imunidades fiscais, conforme se verifica pelas Súmulas n.ºs 76 e 79 do Supremo Tribunal Federal (v. ainda THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, obra citada, páginas 81 e seguintes).

19. Finalmente, a Constituição de 1967, cujos termos foram, no particular, mantidos na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, firmou os princípios da plena equiparação das empresas de economia mista às demais sociedades comerciais no tocante ao seu funcionamento e à exploração de suas atividades, consagrando a tese da flexibilidade indispensável a quem exerce o comércio sob qualquer forma e da não-discriminação, positiva ou negativa, entre entidades de capital privado e público, desde que estas não exerçam um monopólio.

20. Os autores que trataram da matéria, após a vigência do Decreto-lei n.º 200 e da Constituição de 1967, reconhecem que há perfeita identidade entre o regime das empresas particulares e das sociedades de economia mista. Nesse sentido se manifestam, em estudos recentes, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, CRETELLA JUNIOR e JOSÉ NABANTINO RAMOS. Afirma o primeiro que as condições especiais da constituição de capital das sociedades de economia mista não alteram a sua conceituação e acrescenta:

"É a lei que declara a sua natureza de direito privado, pela sua estrutura que obedece geralmente à forma anônima, à composição de sua diretoria, à participação de todos os constituintes do seu capital, na formação da Assembléia Geral.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

Também, as relações de empresas se definem como de natureza trabalhista e escapam às normas que se aplicam aos funcionários públicos.

Por ser de direito privado o seu sistema de controle interno e externo, obedecem ao regime das sociedades comerciais e escapam à fiscalização financeira dos órgãos públicos". (Themístocles Cavalcanti, **Sociedades de economia mista**, Revista de direito administrativo, volume 103, página 11)

21. Por sua vez, o Professor CRETELLA JUNIOR, tratando das empresas públicas, esclarece que:

"As relações da empresa pública com clientes, fornecedores, terceiros, enfim, obedecem os processos do direito comercial e, eventualmente, do direito civil, não do direito público.

.....
Submissão às regras e usos do direito comercial é, enfim, mais um traço do regime jurídico das empresas públicas, o que se evidencia na organização da entidade, na esfera dos contratos, nos processos de financiamento". (Cretella Junior, **Regime Jurídico das Empresas públicas**, in **Revista de direito administrativo**, volume 106, página 73)

22. Finalmente, NABANTINO RAMOS vê na determinação constitucional do artigo 170, § 2.º, da Emenda n.º 1, uma vinculação ao regime de direito privado da organização e exploração das sociedades de economia mista, que não envolveria, necessariamente, a sua criação, mas abrangeria o conjunto de operações para atingir as finalidades sociais da empresa (v. José Nabantino Ramos, **Empresas públicas**, in **Revista de direito administrativo**, volume 107, página 19).

23. Essa igualdade constitucionalmente determinada entre empresas públicas e privadas já tinha, aliás, encontrado um precedente específico no campo financeiro, pois a Lei de reforma bancária (Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964) estabeleceu no seu artigo 24 que:

"As instituições financeiras públicas não federais ficam sujeitas às disposições relativas às instituições financeiras privadas

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

24. Concluimos, pois, que, a partir de 1967, a Constituição e a lei ordinária estabeleceram a plena igualdade de tratamento, em todos os seus aspectos, das empresas privadas e das sociedades de economia mista, ficando revogadas as disposições anteriores que estabeleciam regimes peculiares ou especiais para os financiamentos concedidos por sociedades de economia mista e passando a ser, a partir daquela data, inconstitucional qualquer nova lei que pretendesse fazer tal discriminação.

25. Aplicando o princípio ao caso concreto, chegamos à conclusão de que, em 1968, quando foi realizado o contrato entre o Banco do Estado de Alagoas e a firma Indústria e Comércio L. Carvalho S. A., já estava revogada, em relação às sociedades de economia mista, a disposição dos artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social (com a redação do Decreto-lei n.º 66), em virtude do que dispunham expressamente o artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967 e o artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200.

26. Inaplicáveis as mencionadas disposições por terem sido revogadas, evidentemente que não se impunha, na hipótese, a exigência de quitação do INPS como condição do contrato, não havendo assim qualquer vício no contrato de financiamento que obedecesse à legislação vigente no momento da sua feitura, preenchendo todos os requisitos legais.

27. Qualquer eventual lei posterior que viesse restabelecer tal exigência não se aplicaria ao fato por ser o mesmo anterior às novas determinações legais e seria inconstitucional por violar o artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967, que passou a constituir o artigo 170, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

II. DA VALIDADE DO CONTRATO

28. Mesmo se se admitisse, *ad argumentandum*, a aplicação dos artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social, não teríamos dúvida em reconhecer a validade do contrato, embora, em tal hipótese, pudesse ser suscetível de anulação em ação própria intentada pelo INPS, o que não ocorreu no caso.

29. Efetivamente, depois de ter sido fixada a norma de conduta no artigo 141, o artigo 142 estabelece a sanção aplicável no caso de infração às determinações anteriormente estabelecidas, esclarecendo que ocorre, na hipótese, "nulidade de pleno direi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

to". Acrescenta, todavia, o § 1.º do artigo 142, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 66, que "a previdência social poderá intervir nos instrumentos", seja para dar quitação, seja "para dar autorização a sua lavratura, independentemente da liquidação da dívida, desde que fique assegurado o seu pagamento com oferecimento de garantia de natureza real ou do próprio preço, quando o mesmo seja parcelado".

30. Verifica-se, pois, que o interesse protegido, no caso, não é de ordem pública, mas de natureza privada e de caráter patrimonial, consistindo em garantir o pagamento dos eventuais débitos existentes em favor da previdência social. Acresce que o direito é, no caso, disponível, sujeito a convalescer em virtude de acordo com o credor, pois os órgãos da previdência podem dispensar a mencionada quitação, o que revela que a apresentação da mesma não tem caráter imperativo, tanto assim que o interessado (INPS) pode comparecer à escritura e abrir mão da quitação, mediante o recebimento de garantias.

31. Tratando-se de sanção estabelecida no interesse privado e que pode ser afastada pelo assentimento do INPS na forma do § 1.º do artigo 142 acima referido, evidencia-se que a nulidade no caso não é absoluta, mas sim relativa, tratando-se mais de uma inoponibilidade da operação ao INPS do que de uma nulidade propriamente dita, numa situação muito análoga à existente na hipótese de fraude contra credores.

32. A lei estabelece, pois, no caso, a necessidade da autoridade prévia do INPS com a finalidade de garantir os seus eventuais créditos. Assim, tanto a letra do § 1.º do artigo 142 como a *mens legis* do referido dispositivo legal, nos levam à conclusão de ser o interesse protegido, no caso, o interesse privado de caráter patrimonial do INPS, do qual ele pode dispor, fazendo com que convalesça o ato mesmo quando lavrado sem a apresentação da quitação, no caso denominada "Certificado de regularidade de situação" (CRS).

33. A idéia de se proteger com tal disposição os eventuais créditos do INPS se encontra também em vários outros diplomas legislativos que asseguram o caráter privilegiado desses créditos, a fim de evitar que contra o seu pagamento se utilize qualquer forma de fraude. Neste sentido, disposição análoga se encontra no artigo 42, § único, do Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

34. Na realidade, trata-se de ato jurídico que necessita de assentimento de caráter resguardativo, conforme bem salienta PONTES DE MIRANDA (Tratado de direito privado, tomo IV, 2a. edição, Rio, Borsoi, 1954, página 268, § 427). A ausência do assentimento vinculado a interesse patrimonial de uma entidade, que pode dispensar a quitação, torna o ato anulável, mas não implica na sua nulidade absoluta.

35. A doutrina distingue a nulidade absoluta da relativa, esclarecendo que a primeira não permite que o ato jurídico produza qualquer efeito, excluindo, pois, a sua ratificação ou o seu convalescimento, enquanto a segunda, violando apenas um interesse privado, pode ensejar a dispensa do requisito ou a ratificação posterior. A matéria é pacífica tanto no entender da jurisprudência como para os autores estrangeiros e nacionais.

36. Já o *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL e RIPERT, esclarece que a doutrina clássica distingue dois tipos de nulidades: a absoluta e a relativa, sendo que aquela: 1.º) opera independentemente de qualquer decisão judicial; 2.º) pode ser invocada por qualquer pessoa; 3.º) vicia o ato de modo a que ele não produza efeito jurídico algum; 4.º) não admite confirmação; 5.º) não convalesce com o tempo. E acrescenta que há nulidades que protegem interesses particulares e outras que atendem a interesses de ordem pública. No primeiro caso, só as pessoas protegidas podem invocar a anulabilidade e podem renunciar à mesma; no segundo, qualquer interessado tem condições de invocar a nulidade (v. Planiol e Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tomo VI, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, n.º 287, página 398 e n.º 283, página 400).

37. Na mesma ordem de idéias, HENRI DE PAGE pondera que:

"La nullité absolue est celle qui se fonde sur un motif d'ordre public. La nullité relative est celle qui n'est édictée qu'en vue de protéger les intérêts privés. Telle est la distinction fondamentale qui gouverne la matière". Henri de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2a. edição, tomo II, Bruxelas. Établissements Émile Bruylant, 1948, página 703)

Após consagrar essa distinção entre nulidade absoluta e relativa de acordo com o interesse protegido (ordem pública e in-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

teresse privado), acrescenta o mestre belga que o ato nulo não é suscetível de confirmação (obra citada), página 715).

38. Idêntica é a posição dos irmãos MAZEAUD, que ensinam:

"Les nullités sont fondées tantôt sur des considérations d'ordre public, tantôt sur des motifs d'intérêt privé.

D'une part, le législateur veut protéger la société toute entière contre un acte dont le maintien serait susceptible de lui nuire; ainsi un contrat immoral. ...

D'autre part, le législateur vient au secours des personnes dont les intérêts lui paraissent particulièrement dignes d'intérêts, et qu'il protégera contre elles-mêmes ...

C'est sur ces deux fondements que repose la distinction traditionnelle entre les nullités absolues et les nullités relatives. En principe, les nullités absolues sanctionnent la violation d'une règle d'ordre public, les nullités relatives la violation de règles édictées pour la protection d'intérêts privés" (Henri et Léon Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tomo I, Paris, 1955, n.º 350).

39. Finalmente, JEAN CARBONNIER vê, na nulidade relativa, uma nulidade de proteção, que visa a salvaguardar o interesse do lesado, para que, durante algum tempo, possa ele alegar o vício existente e pedir a restituição das partes ao *statu quo ante* ou confirmar o ato, dando-lhe plena e definitiva validade (v. Jean Carbonnier, *Droit civil*, tomo I, Paris, Presses Universitaires de France, 1955, página 142).

40. Na hipótese *sub judice*, evidencia-se que a sanção pela falta de assentimento resguardativo é a nulidade de proteção, tanto mais que a própria lei protege um interesse privado (o crédito do INPS) e não a ordem pública e admite a renúncia do interessado (INPS) o privilégio que a lei lhe concedeu, mediante a concessão de garantias adequadas para o pagamento das eventuais contribuições devidas.

41. Se passarmos da doutrina estrangeira para a nacional, os mesmos princípios são reiterados e confirmados pelos mestres do nosso direito.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

42. No Brasil, em estudo pioneiro sobre a matéria publicado na *Revista Forense*, SOLON nos lembra que:

"As nulidades dividem-se em absolutas e relativas. As primeiras são as que a lei estabeleceu em favor de todos os que podem ter interesse em arguí-las; semelhantes nulidades reduzem o acto a um puro facto; são tão graves que exoneram as partes contratantes, das respectivas promessas. Taes são as que resultam da violação das leis cujo motivo principal é o interesse publico. Taes são as que provêm de omissão das formalidades estabelecidas para um contracto solenne; as que resultam de falta de causa de uma obrigação, etc., etc. As nulidades relativas são as que resultam de infracção de uma lei, cujas disposições não interessam sinão a certas pessoas ou associações.

.....

A definição que acabamos de dar e os exemplos de que a fizemos acompanhar provam que é com razão que se afirma que esta nulidade é antes uma faculdade que o legislador quiz conceder a uma ou muitas pessoas de fazer anullar um acto ou um processo que não pode ser impugnado por outros, do que uma nulidade.

A distinção entre as nulidades absolutas e relativas é essencial; é uma das que mais importa conhecer-se, por ser invariável o caracter que as separa. Não há nulidade que possa tornar-se absoluta ou relativa segundo as circunstancias. Uma nulidade relativa não pode, em caso algum, tornar-se absoluta, pois não tem força sinão em virtude de reclamação daquelles a favor dos quaes é estabelecida". Solon, *Theoria da nulidade das convenções e dos actos de toda a espécie em matéria civil*, in *Revista Forense*, volume I, 1904, páginas 95 e seguintes) (Grifamos)

Coube a SOLON lembrar que a referência do texto legislativo à nulidade de pleno direito não implica, necessariamente, em considerá-la como sendo absoluta, invocando o artigo 444 do Código Comercial e o artigo 35 da Lei n.º 859, de 16 de agosto de 1902, a respeito do qual tece as seguintes considerações:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

"O artigo 444 do Código Comercial mostra-nos um outro exemplo de nulidade de pleno direito e nulidade dependente de ação, nos termos seguintes:

"Todos os atos translativos de propriedade imóvel praticados pelo falido, a título gratuito, nos dias que precedem a abertura da falência são nulos e sem efeitos **RELATIVAMENTE AOS CREDORES**; todos os atos do mesmo gênero, a título oneroso são suscetíveis de ser anulados por ação dos credores si envolverem fraude". (obra citada, página 98).

"O artigo 35 (da Lei n.º 859, de 1902) declara nulos de pleno direito, **MAS SOMENTE A BENEFÍCIO DA MASSA**, todos os atos e alienações a título gratuito" (obra citada, página 98, nota 5).

Embora entendamos que, nos casos citados, a referência à nulidade de pleno direito não seja correta, verificamos que a própria legislação admitiu hipóteses de nulidade de pleno direito somente suscetíveis de serem invocadas pelos interessados, ou seja, por aqueles em favor de quem se estabeleceu a anulabilidade de proteção.

A legislação posterior preferiu considerar todos os casos de fraude contra credores como hipóteses de anulabilidade, como se verifica pelos artigos 106 do Código Civil, 52 da Lei falimentar e 185 do Código Tributário Nacional.

Dispõe o artigo 106 do Código Civil:

"Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzidos à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos".

Estabelece, por sua vez, o artigo 52 da Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945):

"Não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

I — o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal da falência, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II — o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal da falência, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III — a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal da falência, tratando-se de dívida contraída antes desse termo; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;

IV — a prática de atos a título gratuito, salvo os referentes a objetos de valor inferior a Cr\$ 1.000,00, desde dois anos antes da declaração da falência;

V — a renúncia a herança ou alegado, até dois anos antes da declaração da falência;

VI — a restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contrato antenupcial;

VII — as inscrições de direitos reais, as transcrições de transferências de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis, realizadas após a decretação do seqüestro ou a declaração da falência, a menos que tenha havido prenotação anterior; a falta de inscrição do ônus real dá ao credor o direito de concorrer à massa como quirografário e a falta da transcrição dá ao adquirente ação para haver o preço até onde baster o que se apurar na venda do imóvel;

VIII — a venda, ou transferência de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de trinta dias, nenhuma oposição fizerem os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos".

Finalmente, determina o artigo 185 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

"Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução".

§ único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução".

São todas hipóteses de anulabilidade ou de revogação do ato ou de inoponibilidade do mesmo aos credores, não havendo casos que se refiram à nulidade de pleno direito.

43. Na realidade, tratando-se da defesa de um interesse privado e de ato confirmável pelo INPS, toda a doutrina exclui a possibilidade de considerá-lo como nulo, quando não obedecida essa formalidade. Atos nulos são, ao contrário, aqueles que não podem ter eficácia jurídica, não podendo ser confirmados ou supridos por qualquer forma, ao critério da parte interessada. É o que já ensinava CLÓVIS BEVILACQUA (*Theoria Geral do direito civil*, 2a. edição, Rio, Livraria Francisco Alves, 1929, páginas 337 e seguintes).

Disserta a respeito PONTES DE MIRANDA, dizendo que as nulidades absolutas são insupríveis. E acrescenta:

"O ato jurídico nulo é nulo para sempre, ainda que cesse a causa da nulidade ...

O nulo é irratificável como o é o inexistente; ratificação do nulo seria *contradictio in terminis*" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2a. edição, Rio, Borsoi, 1954, §§ 366 e 367, páginas 44 e 45).

Se o ato nulo de pleno direito é irratificável, a *contrario sensu*, o ato ratificável, nos termos do § 1.º do artigo 142 da Lei n.º 3.807, não é nulo de pleno direito, mas, simplesmente, anulável.

44. É manso e pacífico, em toda a doutrina brasileira, que a nulidade decorre de ato que viola a ordem pública, a anulabilidade de lesão a direitos de terceiros protegidos pela lei, implicando a nulidade em impossibilidade de convalidação do ato, seja pela ratificação do interessado, seja pelo decurso do tempo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

Na sua monografia sobre *Nulidades dos atos jurídicos*, esclarece MARTINHO GARCEZ que são nulos os atos que violam as leis de ordem pública e acrescenta:

"Quaes são as leis de interesse publico, ou, ainda, de direito publico, segundo a expressão dos romanos — *jus publicum*? São: a) as que estabelecem os impostos; b) as que regulam a ordem das jurisdições; c) as que regulam o estado das pessoas, sua capacidade, ou incapacidade; d) as que interessam aos bons costumes e sã moral, e as leis criminaes, porque ou se trate de punir um criminoso, ou de justificar um innocent, a preocupação do legislador é o interesse publico.

Do exposto podemos concluir que leis que interessam à ordem publica são as que estabelecem os impostos, as criminaes, as que regulam a ordem das jurisdições, o estado das pessoas, sua capacidade, e respeitam aos bons costumes" (Martinho Garcez, *Nulidades dos actos jurídicos*, 2a., edição, Rio, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1910, página 139).

45. A tese é aceita e consagrada por todos os autores contemporâneos, conforme se verifica pelo ensinamento de SILVIO RODRIGUES, que a respeito tece os seguintes comentários:

"De fato preceitos há que são de ordem pública, pois interessam diretamente à sociedade. São regras ligadas à organização política, social e econômica do Estado, de modo que a infringência a um preceito dessa natureza representa ofensa direta à estabilidade, senão à estrutura da comunidade. Não raro o ato tem uma finalidade que colide com a ordem pública, ou que machuca a idéia de moral social ou de bons costumes. É um interesse público que é lesado e, por conseguinte, a própria sociedade reage, e reage violentamente, fulminando de nulidade o ato que a vulnerou. São os atos nulos.

Noutras hipóteses tem o legislador por escopo proteger determinadas pessoas, que se encontram em dadas situações, tal o menor púbere ou, ainda, o que consentiu inspirado num erro, induzido pelo dolo, forçado pela coação ou ludibriado pela simulação e pela fraude". (Silvio Rodrigues, *Direito civil — Parte geral*, 3a. edição, São Paulo, Max Limonad, 1967, página 317)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

46. Idênticos são os ensinamentos de SERPA LOPES (Curso de direito civil, 4a. edição, volume I, Rio, Freitas Bastos, 1962, página 508, n.º 357); WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (Curso de direito civil, Parte geral, 8a. edição, São Paulo, Saraiva, 1971, página 276); CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de direito civil, 2a. edição, Rio, Forense, 1966, página 374 e seguintes) e ARNOLDO WALD (Curso de direito civil brasileiro — Parte geral, 3a. edição, São Paulo, Sugestões Literárias, 1971, página 245), que convergem no sentido de admitir que a proteção de interesses privados enseja a nulidade relativa ou anulabilidade do ato que não atendeu à determinação legal e que a confirmação do ato ou o seu convalidamento pelo decurso do tempo somente são possíveis em relação aos atos anuláveis.

Não há também dúvida quanto à anulabilidade do ato praticado em fraude ou sem o assentimento de quem devia aprovar previamente a operação.

47. Como salienta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no trecho acima referido:

“A anulabilidade é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada; a nulidade é de ordem pública

.....
A anulabilidade pode ser suprida pelo juiz a requerimento das partes ou sanada expressa ou tacitamente pela ratificação” (obra citada, página 276).

48. Na hipótese *sub judice*:

- a) o interesse é de uma pessoa jurídica (INPS);
- b) a própria lei admite a ratificação do ato pela interveniência do INPS, independentemente do pagamento da totalidade do débito.

Trata-se, pois, incontestavelmente, de ato anulável ou revogável por fraude, cabendo ainda lembrar, em virtude da analogia, as normas aplicáveis aos créditos tributários que também justificam a revogação dos atos praticados em fraude como vícios pela transcrição que fizemos do artigo 185 da Lei n.º 5.172.

49. Assim, tanto a interpretação literal da lei, como o estudo da *mens legis* e o estudo sistemático da legislação vigente

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

na matéria (artigo 106 do Código Civil, artigo 52 da Lei falimentar e artigo 185 do Código Tributário), nos levam à conclusão de que se trata de uma anulabilidade que só pode ser levantada pelo INPS, como interessado em receber os seus eventuais créditos. Em boa técnica diríamos até que o ato jurídico é perfeito, mas se apresentaria como inoponível ao INPS, se aplicáveis à hipótese os artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social.

50. A melhor doutrina entende que quem não foi parte no ato não tem condições de alegar a sua nulidade, apenas podendo considerá-lo inoponível. MARCEL PLANIOL faz, com nitidez, a distinção entre a nulidade e a inoponibilidade, esclarecendo que:

“parfois un acte est inefficace à l'égard des tiers ou de certains tiers, tout en restant valable dans les rapports entre les parties” (Planiol, obra citada, página 387).

51. Concluimos, pois, que a hipótese não se enquadra, de modo algum, entre as nulidades absolutas, podendo, quando muito, ensejar uma nulidade relativa ou uma inoponibilidade, cabendo a ação própria com exclusividade ao INPS.

52. Acresce, finalmente, que é evidente que o mutuário não pode alegar a nulidade relativa, pois foi ele que lhe deu ensino, aplicando-se o princípio romano *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Tratando-se de nulidade relativa, o artigo 152 do Código Civil só dá legitimidade à parte para invocá-la quando, em virtude da violação da norma, sofreu algum prejuízo. Não sendo este o caso, falta legitimidade ao mutuário para invocar a ausência de certidão de regularidade da situação, como causa de nulidade do ato jurídico.

53. A jurisprudência citada no processo, como sendo um precedente para a sentença proferida no caso *sub judice*, se refere a hipótese totalmente distinta, pois, no caso do Recurso Extraordinário n.º 67.435 de São Paulo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 9 de outubro de 1969, o pleito se travava entre o INPS, que foi o recorrente e um contribuinte que pretendia transferir bens seus a terceiros, sem a respectiva quitação da previdência, conforme se verifica pelo acórdão publicado na *Revista trimestral de jurisprudência*, volume 53, página 759. A diferença entre os dois casos decorre do fato de ter sido alegada a irregu-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

laridade na outra hipótese pelo INPS, enquanto, no presente caso, quem invocou a eventual nulidade relativa foi o próprio devedor em processo no qual o INPS não era parte, nem interveniente sob qualquer forma.

III. DA INEXIGIBILIDADE DA QUITAÇÃO NOS FINANCIAMENTOS COM PENHOR INDUSTRIAL

54. Trata-se, no caso, de financiamento industrial para aquisição de máquinas e equipamentos que foram dados em penhor industrial ao Banco do Estado de Alagoas, conforme se verifica pelas cláusulas 1 a 6 do contrato de 9 de fevereiro de 1968.

55. Sobre a matéria foi baixado o Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969, que revogou toda a legislação anterior, aplicando-se, de imediato, a todos os financiamentos industriais, conforme se verifica pelo seu artigo 66. Examinando o problema dos Títulos de crédito industrial, em artigo publicado na Revista do BNDE (N.º 2, julho-dezembro de 1969, página 64), o advogado JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA esclarece que:

“O Decreto-lei n.º 413 revoga, de forma expressa, toda a legislação sobre penhor industrial, inclusive suas extensões

56. Ao tratar das disposições especiais, o mencionado Decreto determina, no seu artigo 42 e respectivo § único, que:

“Art. 42. A concessão dos financiamentos previstos neste Decreto-lei, bem como a constituição de suas garantias, pelas instituições de crédito, públicas e privadas, independe da exibição de comprovante de cumprimento de obrigações fiscais da previdência social ou de declaração de bens e certidão negativa de multas.

§ único. O ajuizamento da dívida fiscal ou previdenciária impedirá a concessão do financiamento industrial, desde que sua comunicação pela repartição competente às instituições de crédito seja por estas recebida antes da emissão da cédula, exceto se as garantias oferecidas assegurarem a solvabilidade do crédito em litígio e da operação proposta pelo interessado”. (Grifamos)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

57. Verifica-se, pois, que a partir de 1969, não mais se exigiu nos financiamentos industriais, como é o caso da presente consulta, em que, na realidade, se repassa recursos do FINAME, qualquer quitação, seja fiscal, seja da previdência social. É verdade que o Decreto-lei n.º 413 não estava em vigor quando foi lavrado o contrato de financiamento, mas, aplicando-se a todos os financiamentos em curso, implica em fazer convalidar o ato inicialmente irregular, desaparecendo assim a causa de anulabilidade ou de inoponibilidade que existia anteriormente em favor do INPS. Com o desaparecimento da exigência de quitação da previdência social (Certificado de regularidade de situação), ex vi do artigo 42 do Decreto-lei n.º 413, o requisito que faltava para a perfeição do contrato desapareceu e o financiamento se transformou num ato jurídico impecável, cuja validade não mais pode ser discutida.

58. Como vimos nos parágrafos anteriores do presente parecer, a eventual anulabilidade convalida com a ratificação do ato, o decurso do tempo ou o desaparecimento da exigência do preenchimento de determinado requisito, anteriormente indispensável. Anteriormente, o financiamento podia ser considerado, *ad argumentandum*, como dependente de prévia certidão ou autorização do INPS. Desaparecendo tal exigência, não mais pode a Previdência Social, mesmo em relação aos casos anteriores ao Decreto-lei n.º 413, anular o contrato pela falta de um requisito que a legislação atual não mais prevê. O artigo 42 do Decreto-lei n.º 413 importou, pois, em fazer convalidar o financiamento, dando-lhe plena e completa validade.

IV. DA INEXISTÊNCIA DE FRAUDE

59. O Decreto-lei n.º 413 admitiu que o ajuizamento da ação fiscal ou da previdência pudesse impedir a concessão do financiamento, pressupondo sempre a ocorrência de um eventual prejuízo para o credor.

60. No caso *sub judice*, o financiamento foi integralmente utilizado para adquirir máquinas e equipamentos, dados em penhor industrial ao Banco do Estado de Alagoas. Não havia, na época do contrato, qualquer ação ajuizada e o INPS não se manifestou para impugnar o contrato. A aquisição das máquinas decorrente do financiamento não importa em reduzir o patrimônio do mutuário, aumentando, ao contrário, o seu ativo. A operação assim não trouxe qualquer diminuição patrimonial ao mutuário não alterando, de modo algum, as garantias do INPS.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

61. Pelo exposto, evidencia-se a inexistência de qualquer fraude que pudesse justificar a anulação do contrato de financiamento, pois o mesmo não prejudicou, de maneira nenhuma, qualquer terceiro e, muito menos, o INPS.

V. DA VALIDADE DAS NOTAS PROMISSÓRIAS E DO AVAL CONCEDIDO

62. As notas promissórias são títulos autônomos, abstratos e literais e, em relação a elas, nenhum vício foi alegado e, muito menos, provado.

63. O devedor cambiário deve pagar a cambial por força da abstração da obrigação cambiária, desde que a mesma preencha os requisitos legais e não se possa provar má-fé do portador. Neste sentido é a determinação do artigo 17 da Convenção de Genebra, sendo evidente que, no presente caso, nenhum argumento existe para invalidar as notas promissórias ou discutir a sua validade.

64. No título abstrato, que é a nota promissória, a causa *debendi*, "isto é, a causa do débito, a causa que deu origem à dívida não é posta em relevo...." (V. THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS, *Manual dos títulos de crédito*, Rio, Companhia Editora Americana, sem data, página 11).

65. A responsabilidade do avalista também é incontestável, tendo sido distorcidos os textos da Convenção de Genebra na contestação apresentada na ação. Efetivamente, tanto na aplicação da Lei n.º 2.044, quanto de acordo com a Convenção de Genebra, chegamos à conclusão de que a responsabilidade do avalista é independente de protesto.

66. Em relação à Lei n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, cabe lembrar que o artigo 15 esclarece ser o avalista equiparado "àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, àquele abaixo de cuja assinatura lança a sua; fora destes casos ao aceitante, e não estando aceita a letra, ao sacador".

Por sua vez, o artigo 32 da mesma lei, determina que:

"O portador que não tira em tempo útil e forma regular o instrumento do protesto da letra, perde o direito de regresso contra o sacador, endossadores e avalistas".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

Evidentemente que o mencionado artigo somente se refere ao direito de regresso, ou seja, ao direito de quem pagou a nota promissória contra os co-obrigados e não ao direito do titular do crédito contra o devedor e o fiador que lhe é equiparado. Não há, por outro lado, dúvida de que a referência do artigo 32 aos avalistas se destina aos avalistas dos sacadores e endossadores e não ao do aceitante, ou emitente, pois este, ex vi do artigo 15, é equiparado ao próprio emitente.

67. É altamente elucidativa, na matéria, a lição de JOÃO EUNÁPIO BORGES, que põe termo a qualquer dúvida quando ensina:

"Não tirado oportunamente o protesto, ficando exonerados todos os devedores de regresso, o portador só poderá exigir a letra dos devedores diretos: do aceitante (se houver) e de seus avalistas.

Já se pretendeu (por faltar o adjetivo *respectivos* entre as palavras *endossadores e avalistas* no final do art. 32) que todos os avalistas, os do aceitante, inclusive, seriam beneficiados pela falta do protesto.

Tal opinião foi superada, há muito, quer na doutrina, quer na jurisprudência. É que o artigo 32 se refere à perda do direito de regresso. E não é de regresso, mas, direta e principal a obrigação do avalista do aceitante, a ele equiparado. Era assim de todo superflua, no art. 32, a restrição decorrente da palavra *respectivos*, pois que ela já estava contida no significado preciso que tem no direito cambiário a expressão *direito de regresso*. E o eminente Saraiva, autor do projeto da lei n.º 2.044, conhecia a fundo a teoria e a técnica do direito cambial.

Fique, pois, bem claro que, mesmo sem o protesto, conservará o portador seu direito não apenas contra o aceitante, como contra os seus avalistas". (João Eunápio Borges, *Títulos de crédito*, Rio, Forense, 1971, página 112, n.º 146) (Grifamos)

68. Também PONTES DE MIRANDA entende que, na legislação brasileira, só se impõe o protesto contra os endossantes e respectivos avalistas, sendo facultativo quando não há endossantes, nem avalistas dos mesmos. (V. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo XXXV, Rio, Borsoi, 1961, página 422 e § 3.998, n.ºs 2 e 3)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

69. Idêntica é a lição de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (*Tratado de Direito comercial brasileiro*, Rio, 1922, volume V, livro III, Parte II, n.º 766, página 359) e de J. DA SILVA PINTO (*Direito cambiário* n.º 260, página 438), que consideram facultativo o protesto contra o avalista do emitente, citando jurisprudência nesse sentido.

70. Os princípios constantes na Convenção Uniforme de Genebra são idênticos, na matéria, aos aplicados pela lei brasileira, como bem salientou recentemente EGBERTO LACERDA TEIXEIRA (in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n.º 1, 1971, página 164). Deixando de lado o problema da aplicação ou não da Convenção de Genebra nas relações internas, concluímos que a sua incidência, no caso, em nada modificaria a posição das partes e a exigibilidade do crédito em relação ao avalista.

71. Efetivamente, a Lei Uniforme de Genebra de 7 de junho de 1930, à qual o Brasil aderiu em 26 de agosto de 1942 e foi aprovada pelo Decreto legislativo n.º 54, de 1964 e promulgada pelo Decreto n.º 57.663, de 24 de janeiro de 1966, estabelece as seguintes normas sobre a matéria:

a) no artigo 32 determina que::

“O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada.

A sua obrigação mantém-se mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que seja um vício de forma”.

b) no artigo 44 fixa os prazos para o protesto;

c) no artigo 53 esclarece que depois de expirado o protesto “o portador perdeu os seus direitos de ação contra os ENDOSSANTES, contra o SACADOR e contra os OUTROS CO-OBIGADOS, À EXCEÇÃO DO ACEITANTE;

d) o artigo 77 manda aplicar às notas promissórias os artigos acima referidos que tratam das letras de câmbio.

72. Conclui-se, assim, que o protesto somente é necessário para resguardar a responsabilidade dos endossantes e respectivos avalistas, mas não do emitente (que corresponde ao aceitante da

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

letra de câmbio — art. 53 da Lei uniforme), nem do avalista, equiparado ao emitente, ex vi do artigo 32 já referido.

73. O Professor RUBENS REQUIÃO, ao estudar a Lei Uniforme, esclarece que o protesto é necessário nos casos de falta de aceite ou de pagamento para conservar os direitos do portador contra o sacador e contra os outros co-obrigados, à exceção do aceitante. (Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 1971, página 344)

74. A jurisprudência brasileira, aplicando a Convenção de Genebra, chegou à conclusão de que o protesto não é necessário para que perdure a responsabilidade do avalista do emitente, pois enquanto este último for responsável, continua o seu avalista, que lhe é equiparado, respondendo pelo débito, conforme se verifica pela seguinte ementa:

“Sobre o protesto necessário, a 1a. Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou que “nesta Câmara já se decidiu hipótese idêntica no sentido de que a Lei Uniforme, ao estabelecer o prazo de decadência para o credor promover o protesto contra os coobrigados cambiários, quis referir-se aí aos endossadores e seus avalistas, ou a todos quantos entraram na relação cambiária, exceto o executado e seu avalista, pois estes figuram como devedores principais e solidários. É o sentido, aliás, do art. 32 da Lei Cambial, mantido pela Lei Uniforme, que nenhuma inovação trouxe a respeito” (Incola, F-34, 1.108/68-14). (Apude Rubens Requião, obra citada, página 344)

VI. CONCLUSÕES

75. Pelo exposto e respondendo à consulta formulada, concluímos que:

- 1.º) Não se aplicam às sociedades de economia mista os artigos 141 e 142 da Lei da Previdência Social com a redação que lhes deu o Decreto-lei n.º 66 por estarem derogados em relação às empresas públicas e sociedades mistas, em virtude do que dispõe o artigo 27, § único, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e o artigo 163, § 2.º, da Constituição de 1967, atualmente com a redação do artigo 170, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

- 2.º) São inconstitucionais quaisquer normas que estabeleçam um tratamento distinto no funcionamento e na exploração das empresas privadas e públicas, pois a Constituição estabeleceu que o regime legal de ambas deve ser idêntico e a lei ordinária não pode criar qualquer discriminação constitucionalmente vedada.
- 3.º) Se aplicáveis fossem as mencionadas disposições legais ao contrato, o mesmo não seria nulo, mas, simplesmente, anulável ou não suscetível de oposição ao INPS, pois o § 1.º do artigo 142 admite a possibilidade de dispensa da certidão de regularidade da situação da Previdência Social, comprovando que a norma não é de ordem pública e que a exigência legal pode ser dispensada pela parte, enquanto o próprio *caput* do artigo, embora se refira, numa técnica errônea, à nulidade de pleno direito, não a considera como sendo absoluta.
- 4.º) De acordo com a interpretação literal, o estudo da *mens legis* e a análise sistemática do nosso direito, concluímos que se trata de hipótese de anulabilidade do ato jurídico, idêntico aos casos previstos pelo Código Civil na fraude contra credores, pela Lei Falimentar em relação aos atos praticados pelo falido antes de ser declarada a sua insolvência e pelo devedor do fisco em fraude de execução.
- 5.º) O ato anulável só pode ter a sua anulação pedida por aquele cujo interesse legalmente protegido não foi resguardado no contrato, de modo que o INPS poderia pedir a anulação, se aplicável no caso a Lei n.º 3.807.
- 6.º) O mutuário não pode invocar a anulabilidade do ato, por faltar-lhe interesse legítimo e não se admitir que alguém pretenda locupletar-se com a própria fraude (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).
- 7.º) Tratando-se de financiamento industrial garantido com penhor de máquinas, a irregularidade constante da não-apresentação da certidão do INPS desapareceu, em virtude da dispensa da mencionada exigência pelo artigo 42 do Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969.
- 8.º) A operação não implicou em qualquer diminuição patrimonial para o mutuário, não desfalcando assim as garantias do INPS e excluindo, pois, qualquer ação do mesmo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

- 9.º) As notas promissórias, sendo títulos autônomos e abstratos, são válidas e não podem ser impugnadas por inexistir qualquer vício formal ou material.
- 10.º) O avalista é responsável, tanto de acordo com a lei interna brasileira (Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908), como pela Convenção de Genebra, pois o avalista, sendo equiparado ao emitente, continua responsável independentemente de protesto, enquanto se mantiver a responsabilidade do seu afiançado, que é o emitente, conforme têm entendido a doutrina e a jurisprudência.

É este o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 1972.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 71-105, 1972

PARECERES

PARECER N.º 1198/UAJ

CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES —
A inexistência de cargo público não autoriza o Município a contratar servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, para todas as funções administrativas, posto que se constituiria, tal providência, em quebra da simetria administrativa estabelecida pelo artigo 13, inciso V, da Constituição Federal. A contratação de servidores só pode ocorrer nos casos previstos no artigo 106, da Lei Maior e no Ato Complementar n.º 52, de 8 de maio de 1969.

A presente consulta procede do município de Canoas, firmada por seu Prefeito, que pede parecer sobre questão que o consulente assim expõe, "in verbis":

"Por razões administrativas, previdenciárias e outras igualmente relevantes seria, se possível, do interesse do município, extinguir, paulatinamente, todos os cargos do quadro de pessoal regidos pelas Normas Estatutárias, deixando de provê-los, e decretando sua extinção a medida que forem vagando.

Nesta hipótese, promoveria a Municipalidade a contratação de servidores, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, mediante Concurso Público e satisfeitas outras exigências legais, para assegurar a continuidade do serviço."

É o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 109-114, 1972

2. Distingue-se, desde logo, na matéria em exame, duas questões jurídicas distintas. A primeira diz respeito com a possibilidade de a administração deixar de prover os cargos que vagarem decretando sua extinção.

A segunda questão que se propõe, aventa a possibilidade de o município, mediante concurso público, contratar servidores, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, em ordem a assegurar a continuidade do serviço.

O equacionamento da primeira das questões, impõe, desde logo, considerado seja o artigo 15, da Constituição Federal, que sinala a autonomia municipal, nos seguintes termos:

Artigo 15 — A autonomia municipal será assegurada:

I — ...

II — pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

....

b) à organização dos serviços públicos locais.

Inegável é que o pretendido pelo consulente, isto é, prover cargos, ou deixar de fazê-lo, é alternativa válida ao chefe do executivo porque tal matéria é de sua competência e diz respeito ao peculiar interesse da municipalidade.

A extinção dos cargos públicos, porém, não poderá, como pretende o consulente, ser decretada. Os cargos públicos somente por lei podem ser criados e, da mesma forma, somente por outra lei podem ser extintos. Nada impede, assim, que procedimento legislativo, de iniciativa do executivo, extinga os cargos à medida que forem vagando.

3. Complexidade bem maior contém a segunda indagação do consulente, vale dizer, da possibilidade de o Município atender todos os seus serviços, contratando servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

De logo ao exame da questão, se há de invocar a letra "b" do inciso II, do artigo 15 de Constituição, antes transcrito, que assegura a autonomia municipal na organização dos serviços públicos locais. Examinado o preceito constitucional, isoladamente, cabível seria o pretendido pelo consulente.

Inegável, porém, que as normas não devem e não podem ser examinadas isoladamente, mas, sim, considerando-se o todo a que estão inseridas.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 109-114, 1972

Assim, a autonomia municipal, consagrada no artigo 15, da Constituição Federal, se há de interpretar em harmonia com todas as outras normas que delimitem aquela autonomia.

Desde logo, sobressai a Seção VIII, artigos 97 a 111 da Lei Maior, erigidos à categoria de princípios, a serem necessariamente atendidos por estados e municípios, nos termos do artigo 13, inciso V, "in verbis":

"Artigo 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

....

V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal".

Erigidas, assim, à condição de princípios as normas relativas a funcionários, não pode o Estado ou o Município deixar de atendê-las, por isso que a iniciativa constitucional visa, primordialmente a estabelecer, no que entende necessário, simetria de posições entre a União, Estados e Municípios.

Assim, quando o artigo 108 expressa:

"O disposto nesta Seção aplica-se aos funcionários dos três Poderes da União e aos funcionários em geral, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, e dos Municípios".

Pressupõe que todas essas órbitas de administração pública tenham seus serviços estruturados na forma preconizada pelo texto constitucional.

Em sendo assim, não se pode deixar de entender a seção VIII, da Constituição Federal, como o alicerce em que as administrações hão de calcar as normas que organizarem os seus serviços. Assim, dizendo o artigo 97, da Constituição Federal, que:

"Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei",

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 109-114, 1972

não pode o Município editar lei que contrarie esse mandamento constitucional, exatamente porque sua competência para organizar seus serviços encontra na lei maior marcos intransponíveis, nas normas contidas na Constituição Federal, artigos 97 a 111.

Examinando o assunto diz com sua autoridade Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, pgs. 353:

"Tais normas visam a estabelecer o equilíbrio entre o Poder Público e seus funcionários, para que a supremacia do Estado não amesquinhue os que o servem, nem estes se armem de vantagens prejudiciais ao serviço público. Estas regras constituem um "minimum" a ser observado pela Administração, quer quanto às exigências do serviço, quer quanto à situação de seus funcionários".

Permitir-nos-íamos, ainda, acrescentar às considerações do ilustre administrativista que, também, finalidade é das normas constitucionais do que tratamos evitar vício que se vinha tornando tradicional nas administrações brasileiras, que era o empreguismo, isto é, o uso e o abuso da possibilidade de contratar servidores, visando, muita vez, não à necessidade do serviço, mas, sim, às necessidades do contrato ou interesses eleitorais do contratante.

Dir-se-á que o consulente como expressa, pretende realizar concurso público que anteceda a contratação; mas, o que impedirá que o próprio administrador ou o que o suceder dispense os assim contratados e reinicie o processo de admissão de outros? Esta possibilidade não contraria o espírito constitucional que quer resguardar os servidores da possibilidade de serem amesquinhaados pela supremacia do Estado, como diz o administrativista Hely Lopes Meirelles, antes citado?

4. Ora, se como se afirma, propósito foi do constituinte estabelecer normas gerais de direito administrativo a serem respeitadas em todas as órbitas, e, se para que cogentes se tornem necessário é a existência do cargo público, entendemos que a extinção deste, em pretendendo liberar além dos termos constitucionais as relações entre poder e servidor, se há de ter como colidente à simetria determinada pela Lei Maior.

Cumpra, ainda, por terem pertinência com o assunto em exame, sejam considerados, no deslinde da questão, o artigo 106, da Constituição Federal e normas inseridas no Ato Complementar n.º 52, de 8 de maio de 1969, vigindo ainda, por força do artigo 182 da Lei Maior.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 109-114, 1972

Diz o artigo 106, antes mencionado:

"O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial".

Também não socorre ao pretendido pelo consulente o Ato Complementar n.º 52, eis que ali estabelecido está em seu artigo primeiro, "caput", que:

"Fica vedada a nomeação, contratação ou admissão de funcionário ou servidor da Administração Direta ou Autárquica dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive das Secretarias e serviços auxiliares dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas, a partir da publicação deste Ato."

À abrangência tão ampla da norma transcrita, excetuou o legislador determinadas hipóteses que contemplou no parágrafo primeiro do mesmo artigo, distribuindo-as em seis incisos, sendo que somente do III ao VI dizem respeito à contratação de servidores.

As hipóteses em que permitida é a contratação de servidores são:

Inciso III — a contratação ou admissão de pessoal para serviços considerados essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como do pessoal auxiliar estritamente necessário à execução desses serviços;

Inciso IV — a contratação ou admissão de pessoal para serviços de engenharia, obras e outros de natureza industrial, assim como para serviços braçais;

Inciso V — a contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa;

Inciso VI — a renovação de contratos."

Como se vê, não comportam as hipóteses transcritas, qualquer alargamento na sua interpretação, eis que o legislador usou ali o critério enumerativo, taxativo, dos casos que pretendeu permitir como exceção à regra proibitiva estabelecida no *caput* do artigo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 109-114, 1972

Em nenhuma delas, bem se vê, encontraria a pretensão do consulente suporte legal por incabível em qualquer dos incisos transcritos.

Se assim é, se o ordenamento jurídico fundamental do país somente permite contratação de servidor para serviços temporários ou funções de natureza técnica especializada e para as hipóteses examinadas, inseridas no Ato Complementar n.º 52, válida é a recíproca de que fora desses casos somente por funcionário público podem ser atendidas as demais funções administrativas.

5. De todo o exposto, concluímos: não pode o município subverter a estrutura administrativa determinada pela Constituição Federal, contratando servidores para todas as funções públicas, posto que se constituiria, tal medida, em quebra da simetria administrativa imposta a todo o país pela Lei Maior.

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de abril de 1971.

Bartolomé Borba
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2028/CGE

TAXA sobre serviço de retransmissão de TV — é denominação imprópria, juridicamente, porque a remuneração de serviço público atipicamente estatal, isto é, não essencial em razão de saúde, ou de higiene etc., se opera somente quando há o uso efetivo desse serviço, que é “comprado”, facultativamente, pelo usuário. Os serviços industriais e comerciais prestados pelo Poder Público não são retribuídos mediante taxas, mas através de preços públicos.

Distinção entre taxa e preço público.

O Prefeito Municipal de Erechim quer o pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado sobre a possibilidade jurídica de criar taxa sobre serviço de retransmissão de sinais de TV.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 109-114, 1972

2. Entre o dever de prestar serviços à comunidade, e a obrigação de custeá-los, e mantê-los satisfatórios, o administrador público procura recursos pecuniários na criação de taxas pela prestação dos serviços que oferece. Assim, parece legal a incidência de certas taxas; e no âmbito do município há uma infinidade delas, as quais, muitas vezes, são inadequadamente “taxas”, porque, em sua estrutura ôntica, juridicamente, são preços públicos.

Da denominação inadequada vai resultar o retraimento do contribuinte em pagar, e o conseqüente recurso ao judiciário, cujos reflexos são desagradáveis ao administrador, porque outros contribuintes se omitem, ou são tidos como litisconsortes, e o serviço se ressentido de recursos pecuniários, se deteriora e entra em aniquilamento, onerando o orçamento público e desagradando ao usuário.

3. Na discriminação constitucional de rendas, parece muito simplista a fórmula “se cria o serviço e se cria a taxa respectiva”. Não basta isso. “A competência de uma taxa não decorre apenas da criação de um serviço, mas também da competência para criá-lo” (Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro).

O Poder Público federal, através do Conselho Nacional de Telecomunicações, outorgou competência ao município para executar o serviço de retransmissão e repetição de sinais de TV, cumpridas normas técnico-jurídicas que a resolução administrativa especifica: garantia de continuidade do serviço a ser executado, declaração do canal que pretende utilizar, possibilidade técnica de sua utilização sem interferência prejudicial noutras estações, etc. ...

4. O Município de Erechim já criou o serviço; quer custeá-lo através de uma taxa. Mas sob que natureza vai ser explorado esse serviço de retransmissão e repetição de sinais de TV?

Qual será a tipificação do fato jurídico incidente?

O Poder Público presta serviços essenciais (exemplificativamente: saneamento, água, bombeiros, justiça) e outros facultativos, que ele pode permitir ou conceder à iniciativa privada (transportes, fornecimento de energia elétrica).

Quando o serviço é essencial (por razões de saúde, de higiene, etc.) e, nalguns casos, indelegáveis (v. g., serviços de justiça), o Poder Público impõe uma taxa.

Quando o Poder Público oferece um serviço facultativo, que apenas beneficiará quem o solicitar, sem se indagar de razões de interesse público relevante (como fornecimento de água, ou o

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 114-118, 1972

saneamento, ou a prestação jurisdicional), a administração será retribuída pelo preço público. Isto é: quando a tipificação do fato jurígeno incidente for de natureza industrial ou comercial (p. ex., utilização de aeródromos, de portos, de terminais rodoviários; e, também, da repetidora de sinais de TV) o ente público cobra um preço público.

5. As taxas são arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte, ou postos à sua disposição (redação do art. 18, I, da Emenda Constitucional n. 1, e do art. 77 do Código Tributário Nacional).

A Lei considera poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (art. 78, Código Tributário Nacional).

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

Os serviços públicos consideram-se:

I — utilizados pelo contribuinte,

EFETIVAMENTE, quando por ele usufruídos a qualquer título;

POTENCIALMENTE, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II — específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III — divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Em princípio, as taxas exoneram de obrigatoriedade quem não se utiliza do serviço, não goza de vantagem alguma de deter-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 114-118, 1972

minada situação, ou não provocou a despesa por atividade ou ato de sua responsabilidade. Daí afirmar-se que a taxa é a contraprestação de serviço público, ou de benefício feito, posto à disposição, ou custeado pelo Estado em favor de quem a paga (Baleiro, op. cit.).

6. A doutrina e a jurisprudência vacilam em caracterizar preços e taxas. O apoio da doutrina estrangeira não serve, em face da peculiaridade do sistema tributário nacional.

Há uma dificuldade quase intransponível na escolha de um critério científico diferencial, entre taxa e preço. A Súmula 545, de 03/12/69, estabeleceu critério jurisprudencial, coincidente com o da doutrina, para a distinção:

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias, e tem sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Caracterizam taxas a obrigatoriedade e a divisibilidade. O preço se caracteriza pela facultatividade. Tanto nas taxas como nos preços, há vantagem mensurável para o indivíduo. Diferenciam-se: na taxa há obrigatoriedade do serviço mensurável; nos preços há facultatividade dos serviços mensuráveis (ALBERTO DEODATO, Manual de Ciências das Finanças).

CAIO TÁCITO, em Parecer à Prefeitura de Montevideu, fixa que

“Taxa e o custeio de serviços jurídico-administrativos tipicamente estatais. Preço público, o pagamento de serviços que, embora exercidos pelo Estado, não lhes são, em tese, privativos. O ponto principal está, porém, em que as taxas, como espécie tributária, somente podem ser instituídas em lei e dependem, para sua arrecadação, de serem inscritas na previsão orçamentária.

O preço público não se subordina a esses requisitos, porque lhe falta a natureza fiscal.

Os serviços industriais e comerciais do Estado não são, portanto, retribuídos mediante taxas, mas através de preços públicos (...). R. D. A., vol. 44, p. 518.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 114-118, 1972

No Direito Financeiro, preços e tarifas são sinônimos. Os preços públicos, em geral, cobram-se em bases uniformes e têm semelhanças com o contrato de adesão. Mas a taxa não tem por base um contrato, seja de Direito Privado, seja de Direito Público; é obrigação "ex lege".

7. No caso, a Prefeitura Municipal de Erechim cobraria o preço público dos proprietários de aparelhos de TV, os quais, é óbvio, se utilizariam da antena retransmissora mantida pelo Município.

Sugerimos preço, porque o Poder Público pode ter necessidade de maior flexibilidade na gestão do serviço.

O preço é fixado por decreto do Executivo; pode ser alterado durante o exercício financeiro, se a manutenção do serviço se torna mais onerosa, sendo desnecessária a observância do § 29 do art. 153, da Emenda Constitucional n.º 1; somente pagarão preços os que efetivamente usarem o serviço, ou seja, os proprietários de aparelhos de TV. O serviço tem de ser autofinanciável.

O Ministro VICTOR NUNES LEAL sinala:

"No Brasil, se dissermos que determinado pagamento é taxa e não preço público, estaremos condenando o serviço a ser custeado com receita que só pode variar de ano para ano, porque subordinada à autorização orçamentária.

Condenaremos tal serviço público a vegetar sem rendimento que permita a sua permanente atualização."

Voto no Rec. Extr. 54.194 — Pernambuco.

8. Isso posto, resumindo, conclui-se:

A taxa sobre serviço de retransmissão de sinais de TV é denominação imprópria, juridicamente, porque a remuneração de serviço público atipicamente estatal, isto é, não essencial em razão de saúde, ou de higiene, etc., se opera somente quando há o uso efetivo desse serviço, que é "comprado", facultativamente, pelo usuário.

Os serviços industriais e comerciais prestados pelo Poder Público não são retribuídos mediante taxas, mas através de preços públicos.

É o parecer, sub censura.

Porto Alegre, 3 de março de 1972.

Armando Henrique Dias Cabral
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 114-118, 1972

PARECER N.º 2105/CGE

LICENÇA-PRÊMIO. Se a Lei Orgânica atribui essa vantagem a funcionário, não pode lei municipal estendê-la a servidor.

O Senhor Prefeito de São Luiz Gonzaga formulou consulta a este Órgão visando a solver a seguinte questão:

A Lei Orgânica do município assegurava a todo servidor direito a licença-prêmio (L. O. de 23/3/48, art. 97: "Ao servidor público será concedida licença-prêmio por decênio de serviço municipal ininterrupto, podendo convertê-la em dobro o tempo de serviço"). A lei n.º 19, que regulamentou essa disposição, declarava, no seu art. 1.º:

"Ao servidor público que, durante dez anos ininterruptos de serviços municipais não se houver afastado do exercício de suas funções, é assegurado o direito de gozar licença-prêmio de seis meses, por decênio, com vencimentos, remuneração ou salário integrais".

No entanto, a 13 de abril de 1970 foi editada nova Lei Orgânica, a qual, no art. 78, assim estatui:

"Serão assegurados ao **funcionário**, nos termos da legislação própria, abono familiar, gratificações adicionais por tempo de serviço e licença-prêmio por decênio de serviço, a qual, não gozada, poderá ser computada em dobro, para os efeitos previstos em lei".

Na anterior Lei Orgânica a licença-prêmio era concedida ao **servidor**; na atual, ao **funcionário**. Cuida-se de saber se, apesar da revogação da antiga Lei Orgânica, teria continuado em vigor a Lei n.º 19, que, como se viu, atribuía o direito à licença-prêmio ao servidor, e não apenas ao funcionário.

2. Por longo tempo vigorou o entendimento, no nosso direito, de que as regras da Constituição Federal, no que tange a vantagens concedidas a funcionários, apenas fixam o limite mínimo. Nada impede que os Estados criem outros benefícios.

FRANCISCO CAMPOS, logo após a Constituição de 1946, condensou essa opinião nos seguintes termos:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 119-122, 1972

"Daí o caráter de garantia constitucional que inere aos preceitos do título VIII da Constituição de 16 de julho. Eles têm a mesma generalidade, a mesma latitude, a mesma extensão que as demais declarações constitucionais relativas às garantias dos cidadãos, não obrigando, pois, apenas o Poder federal, mas todas as instituições de Direito Público, assim, portanto, os Estados, como os Municípios. Uma lei estadual ou municipal não pode desconhecer-lhes ou conter preceitos que lhes sejam contrários, assim como não pode desconhecer ou contrariar os preceitos constantes dos capítulos I e II do título IV, ou sejam os relativos aos direitos políticos e aos direitos e garantias individuais.

O título VIII é **paramount** não somente em relação à legislação federal, como à legislação local, estadual e municipal. Ambas as legislações — federal e local — ao regularem o estatuto dos funcionários têm de ter um conteúdo obrigatório, que é, precisamente, o constante do título VIII da Constituição.

É claro, porém, que os Estados, assim como a União e os Municípios, ao legislarem sobre os seus respectivos funcionários, podem criar-lhes regalias e deveres especiais, de acordo com a categoria, a natureza ou os interesses do serviço. O que não podem fazer, porém, é diminuir ou anular os preceitos constantes do título VIII da Constituição, o qual, como já disse, constitui conteúdo obrigatório de toda legislação sobre funcionários públicos, seja federal ou local, da União, dos Estados ou dos Municípios."

3. O mesmo princípio foi estendido aos municípios, no confronto entre os textos constitucionais da União ou do Estado e a Lei Orgânica, ou entre a Lei Orgânica e a legislação comum do município. É de notar, contudo, que sempre se considerou que quando a regra constitucional (e o mesmo vale para a Lei Orgânica) cria determinada vantagem e a modela como instituto jurídico, fixando-lhe os requisitos, não pode o legislador ordinário dar-lhe outra feição ou alterar-lhe os pressupostos.

Assim, se a Constituição determina que o funcionário concursado adquirirá estabilidade após dois anos de exercício, não poderá o legislador ordinário pretender fixar em seis meses o prazo para a aquisição dessa vantagem; se a Constituição manda que a primeira investidura em cargo público dependerá de con-

curso, não cabe à lei ordinária dispensar essa exigência; se a Constituição diz que o funcionário adquire direito à aposentadoria voluntária com 35 anos de serviço, não se admite que a legislação ordinária reduza, de forma genérica, o tempo de serviço indispensável à formação do direito a postular aposentadoria dessa espécie.

4. Para completar o quadro histórico, caberia acrescentar que com a Constituição de 1967 passou a vigorar o entendimento, por mais de uma vez proclamado pelo STF, de que "as leis locais não podem levar para além dos limites fixados na Constituição Federal as garantias e benefícios concedidos aos funcionários públicos" (RDA, 107/117), com o reconhecimento de que "não mais subsiste a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual as Constituições estaduais podem ampliar os direitos e garantias outorgados aos funcionários públicos assegurados na Constituição Federal" (RDA, 107/111).

5. Fixados esses princípios, torna-se simples responder à consulta formulada.

A Lei Orgânica de 1970 transformou a licença-prêmio em vantagem privativa de **funcionário público**, locução que constitui termo técnico e tem portanto significado preciso em nosso direito. Contrária à Lei Orgânica seria, em consequência, qualquer lei municipal que implicasse em aumentar o rol dos destinatários do benefício. Regra com esse conteúdo seria tão inconciliável com a Lei Orgânica como a que declarasse que o funcionário com 5 anos de ininterrupto serviço faria jus à licença-prêmio.

6. No caso, é manifesto e elementar que o art. 78 da atual Lei Orgânica revogou o art. 97 da Lei Orgânica de 1948, pois regulou inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º). Também ficou revogada, pela mesma razão, a Lei n.º 19, a qual não poderia continuar concedendo o direito de licença-prêmio aos **servidores** quando a Lei Orgânica superveniente passou a reservar essa vantagem aos **funcionários**. Caso se tratasse de vantagem distinta da contemplada, em termos precisos e com pressupostos bem determinados, pela Lei Orgânica, invocando-se a antiga exegese constitucional talvez coubesse o entendimento de que o legislador municipal poderia criá-la ou, se já a houvesse criado, continuaria ela a existir.

Todavia, não sendo essa a hipótese, não é aceitável imaginar que continuasse em vigor a Lei n.º 19, dispondo sobre um benefício disciplinado na Lei Orgânica de forma diversa da tratada nesta norma, que lhe é hierarquicamente superior.

Porto Alegre, 31 de maio de 1972.

Almiro do Couto e Silva
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2029/CGE

PREFEITO MUNICIPAL.

Municípios das áreas de Segurança Nacional.

Infrações político-administrativas — inaplicabilidade das disposições do Decreto-Lei n.º 201/67.

Afastamento do município.

Licença da Câmara de vereadores, desnecessidade.

O Senhor Prefeito Municipal de Sant'Ana do Livramento, Município declarado de interesse da segurança nacional pela Lei n.º 5.449, de 4 de junho de 1968, com base no art. 16, § 1.º, alínea "b", da Constituição Federal de 1967, cuja norma se reproduz na letra "b" do § 1.º do art. 15 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, pede parecer desta Consultoria-Geral acerca da necessidade ou não de prévia licença da Câmara de Vereadores para o afastamento do titular do Poder Executivo municipal, do território da comuna.

2. A dúvida motivadora da consulta provém de que, enquanto, na Lei Orgânica do Município em causa, promulgada em 19 de fevereiro de 1948 e, pois, sob o império da Constituição Federal de 1946 e da Estadual de 1947, se puseram as duas seguintes prescrições regulamentadoras do afastamento do Prefeito, do Município e do Estado:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 119-122, 1972

"Art. 48 — Sob pena de perda do cargo, não poderá o Prefeito, sem licença da Câmara Municipal, ausentar-se do Estado por qualquer tempo, nem se afastar do Município por mais de sete dias.

Parágrafo único — No caso de ausência até 7 dias, o Prefeito não precisa ser substituído."

na mencionada Lei n.º 5.449/68, que contém normas específicas aplicáveis aos municípios que foram por ela declarados de interesse da segurança nacional, estabeleceu-se, no art. 3.º, segundo a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 560, de 29 de abril de 1969:

"Art. 3.º — Nas faltas e impedimentos não superiores a trinta (30) dias, os Prefeitos nomeados para os Municípios declarados de interesse da Segurança Nacional serão substituídos na forma do disposto na Lei Orgânica dos Municípios.

§ 1.º — O Prefeito que tiver de ausentar-se da sede do Município, por prazo superior ao previsto neste artigo, dará ciência ao Governador do respectivo Estado, para o efeito de ser nomeado o respectivo substituto."

3. Em estudo feito pela própria administração da comuna (fls. 2), do cotejo desses dispositivos, extraíram-se as seguintes conclusões:

a) quanto à licença,

- no caso de ausência do Prefeito, do território estadual, ela seria sempre necessária, independentemente do tempo de duração;
- na hipótese de afastamento apenas do território do Município, só seria necessária em caso de ausência superior a sete dias, sendo, pois, dispensada quando não ultrapassado tal limite;

b) quanto à substituição,

- nas ausências até sete dias, o Prefeito não precisa ser substituído;
- nas ausências superiores a esse limite e até trinta dias, a substituição se faz em conformidade com a Lei Orgânica do Município;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 122-128, 1972

- nas ausências superiores a trinta dias, é preciso haver a substituição por pessoa nomeada pelo Governador do Estado.

4. Inobstante tais conclusões, dúvidas ainda subsistiram porque a disciplina aplicável aos municípios da área declarada de interesse da segurança nacional é a da Lei n.º 5.449/68 e esta, quando rege os casos de afastamento do Prefeito, não alude ao requisito relativo à licença prévia da Câmara Municipal. Daí a razão de haver-se solicitado este pronunciamento.

5. É o relatório.

6. A matéria parece de fácil solução, não reclamando maiores indagações. Assim é, tendo-se em vista a relevante circunstância de que o Prefeito, nomeado nas condições estabelecidas na referida lei, **não exerce cargo eletivo**, mas de provimento mediante nomeação do Governador, com aprovação prévia do Presidente da República, mantendo-se no exercício dele enquanto não decair da confiança de uma dessas autoridades. Essa, pois, a premissa básica que há de servir para a resolução do problema.

7. A exigência da prévia licença da Câmara para o afastamento do Prefeito, posta na Lei Orgânica do Município de Sant'Ana do Livramento, está prevista não só na Constituição Estadual vigente, que, no art. 152, IV, confere à Câmara Municipal competência para dar autorização ao Prefeito para afastar-se do Município **por mais de dez dias**, ou do Estado por qualquer tempo, como também no Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, que, dispondo sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, define, no art. 4.º, item IX, quanto aos primeiros, como infração político-administrativa o ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido por lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara de Vereadores.

8. Temos, então, no texto do invocado Decreto-Lei n.º 201/67, regime legal vigente da responsabilidade penal e político-administrativa dos Prefeitos e Vereadores, a caracterização expressa desse último fato como ilícito. No artigo 1.º, enumeram-se, nesse diploma, os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, dizendo-se, no § 1.º, que esses crimes são de ação pública, puníveis ora com reclusão, de dois a doze anos (os dos itens I e II), ora com detenção, de três meses a três anos (os dos demais itens),

e, no § 2.º, que a condenação definitiva, em qualquer deles, acarreta a perda do cargo e a inabilitação, por cinco anos, para o exercício de cargo, eletivo ou de nomeação, e função pública, sem prejuízo do dever de reparar os danos ocasionados ao patrimônio público ou privado. No art. 4.º, como vimos, definem-se as já aludidas infrações político-administrativas, entre as quais figura a do afastamento do Prefeito sem licença da Câmara e para as quais se comina a sanção da cassação do mandato. Nesse Decreto-Lei, quanto aos Prefeitos, contemplam-se os casos de extinção de mandato, que são os arrolados no art. 6.º.

9. Os crimes são julgados por processo comum do juízo singular (art. 2.º); as infrações político-administrativas são apuradas e decididas pela Câmara de Vereadores, que tem competência para aplicar a pena de cassação do mandato (artigos 4.º e 5.º); a extinção do mandato independe de deliberação do plenário, tornando-se efetiva com a simples declaração do fato ou ato extintivo pelo Presidente da Câmara e sua inserção em ata (art. 6.º, "caput", e parágrafo único). Para os crimes, a sanção principal é a pena privativa de liberdade e a acessória, também, aí, de natureza penal, a perda do cargo e a inabilitação especificadas no § 2.º do art. 1.º. Note-se que se fala em perda de cargo, não em perda de mandato ou em cassação.

10. Para uma exata compreensão dos efeitos dos fatos de que se ocupa esse Decreto-Lei, necessário é tecer algumas considerações sobre perda de cargo, perda, cassação e extinção de mandato, bem como sobre este último como noção pressuposta do exercício de cargo eletivo.

11. O mandato constitui pressuposto essencial para o exercício e titularidade do cargo eletivo. O cargo eletivo se exerce enquanto vige o mandato eletivo. Cessado este por qualquer motivo, dá-se também, necessariamente, a cessação do exercício do cargo, extinguindo-se a titularidade que dele tem quem o ocupa, porque tal exercício e tal titularidade repousam no mandato. Este cessa ou porque termina com a expiração do respectivo prazo, ou porque é cassado ou porque se extingue, operando-se, nesses dois últimos casos, a perda do cargo. É por isso que se diz ser a noção de perda de cargo mais ampla do que a de cassação e a da extinção de mandato. O cargo não é passível de cassação ou de extinção; cassa-se, ou extingue-se, o mandato. A perda do cargo, aí, é efeito. Pode haver, por outro lado, perda de cargo sem cassação ou extinção do mandato, já que a perda de cargo pode.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 122-128, 1972

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 122-128, 1972

inclusive, ocorrer quanto aos não eletivos. O que, no entanto, não pode jamais ocorrer é a perda de cargo por cassação de mandato quando o cargo não é de natureza eletiva. Em tal caso, isto é, o de cargo de natureza não eletiva, mandato não há, não podendo falar-se, aí, em possibilidade de sua cassação.

12. Ora, o cargo de Prefeito nos Municípios declarados de interesse da segurança nacional não é eletivo porque, segundo expressa disposição constitucional e legal (Constituição Federal de 1967, art. 16, § 1.º, letra "b"; Emenda n.º 1, de 1969, art. 15, § 1.º, letra "b", e Lei n.º 5.449/68, art. 2.º), é da competência do Governador do Estado a que pertença o Município provê-lo por nomeação, mediante prévia aprovação do Presidente da República. Por outro lado, os **Prefeitos nomeados** na forma dessas disposições, segundo o art. 4.º da mesma Lei n.º 5.449/68, **perdem o cargo por exoneração**, ato também da competência do respectivo Governador do Estado, que se dá se decaírem da confiança do Governador ou do Presidente da República.

13. Assim, o disposto no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 201/67, que prevê como consequência da prática dos atos nele definidos a sanção da cassação do mandato, só por isso se mostra inaplicável aos Prefeitos nomeados já que, exercendo o cargo, tais Prefeitos não o fazem pelo fato de estarem investidos de um mandato eletivo, não havendo, então, o que cassar.

14. Nessas condições, não obstante se diga, no texto da norma da Lei Orgânica do Município de Sant'Ana do Livramento, invocada na consulta (art. 48), que o Prefeito não poderá ausentar-se do Estado por qualquer tempo, nem afastar-se do Município por mais de sete dias, **sob pena de perda do cargo**, essa disposição não mais prevalece ante os termos não só do Decreto-Lei n.º 201/67, como da Lei n.º 5.449/68. Por força do advento do Decreto-Lei n.º 201/67, o caso de perda do cargo, que, na verdade, era hipótese de perda de mandato proveniente da declaração do impedimento ("impeachment"), passou a ser caso de perda do cargo em consequência de cassação do mandato. Com a superveniência da Lei n.º 5.449/68, tornados cargos não eletivos os de Prefeito dos Municípios por ela declarados de interesse da segurança nacional, a disposição contida no art. 4.º, bem como as do art. 5.º, referentes ao rito processual para apuração das infrações político-administrativas praticadas por esses Prefeitos, deixaram de ter incidência no âmbito de tais Municípios — **derrogação da norma por diminuição do seu campo de incidência**.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 122-128, 1972

15. Tal não significa, porém, que a esses Prefeitos não se apliquem os dispositivos que tratam dos crimes de responsabilidade, pois, na ocorrência de qualquer desses delitos, a responsabilidade do Prefeito é apurada por processo-crime comum, de iniciativa do Ministério Público e da competência do juízo singular. O fato de ser Prefeito nomeado não exclui a responsabilidade penal aí definida, sendo, por outro lado, a sanção acessória, perda do cargo, materialmente viável, por isso mesmo que, nesse ponto, a referência da norma legal é a perda de cargo, o que se pode dar com relação aos cargos não eletivos.

16. Há, por fim, uma última consideração, que bem demonstra não ser aplicável aos Prefeitos nomeados a exigência da prévia licença da Câmara para que se afastem dos Municípios. O Prefeito nomeado, nos termos da citada Lei n.º 5.449/68, quando não renuncia ao cargo pela exoneração a pedido, dele só pode ser exonerado se decai da confiança do Governador do Estado respectivo ou do Presidente da República. Segue-se, daí, que, enquanto merecer a confiança dessas autoridades, lhe assiste o direito de continuar no exercício do cargo, e dele não o pode afastar a Câmara, que, em tal caso, é evidente, carece de qualquer poder ou competência para tanto. A permanência do Prefeito é fato que cabe na competência discricionária do Governador, só havendo para este competência vinculada quando recebe, pelo Ministro da Justiça, a comunicação de que o Prefeito decaiu da confiança do Presidente da República, caso em que deve o Governador praticar de imediato a exoneração. É o que determina o parágrafo único do art. 4.º da Lei n.º 5.449/68:

"Art. 4.º —

Parágrafo único — Comunicado pelo Presidente da República, por intermédio do Ministro da Justiça, ao Governador do Estado, que o Prefeito deixou de merecer confiança, deverá ser imediatamente exonerado."

17. Então, se não há incompatibilidade entre a exigência de prévia licença da Câmara reclamada pela Lei Orgânica para afastamento do Prefeito e a faculdade conferida ao Governador pela Lei n.º 5.449/68 (ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 4.º, transcrito) de manter o Chefe do Poder Executivo Municipal, enquanto este lhe merecer confiança, o mesmo não sucede entre tal faculdade e a sanção da perda do cargo, por declaração de impedimento (art. 48 da Lei Orgânica do Mu-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 122-128, 1972

nicipio em causa), ou dessa perda pela cassação do mandato (Lei n.º 5.449/68, arts. 4.º e 5.º). Assim, desnecessária a licença da Câmara para se ausentar do município, por qualquer tempo.

18. Em conclusão:

- a) Como decorre da literalidade do art. 3.º da Lei n.º 5.449/68, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei n.º 560/69, regula-se pela Lei Orgânica do Município — dispensada a licença da Câmara — a substituição do Prefeito quando o afastamento não ultrapassar a trinta dias; na hipótese de ausência por tempo superior, dando prévio conhecimento ao Governador, se processará por ato do mesmo, com aprovação do Presidente da República (ut § 1.º, art. 3.º, Decreto-Lei n.º 560/69).
- b) O Prefeito de Município declarado de interesse da segurança nacional pode, todavia, e querendo, pedir à Câmara licença para ausentar-se, mas não está obrigado a tanto, porque o que importa, como se viu, para que permaneça no cargo, é não perder a confiança do Governador do Estado ou do Presidente da República.
- c) Para um melhor entrosamento entre os Órgãos municipais, seria de bom alvitre que o Prefeito Municipal — mesmo desobrigado à licença —, comunicasse à Câmara de Vereadores, toda vez que tivesse de se afastar do município, transmitindo-lhe, inclusive o tempo aproximado da ausência.

É o parecer, *sub censura*.

Porto Alegre, 9 de março de 1972.

Nilo Damasceno Ferreira
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1886/CGE

MUNICÍPIO — CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS e MULTAS. Licitude de sua cobrança pelo INPS, das Prefeituras em atraso no recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

Pergunta o Sr. Prefeito de Cerro Largo se um ente público, ou seja a União Federal, no caso representada pelo INPS, pode,

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 122-128, 1972

licitamente, cobrar do Município (ou outro ente público) juros, correção monetária e multa, relativos ao atraso no recolhimento das contribuições previdenciárias.

Possivelmente, a dúvida suscitada prende-se ao mandamento constitucional que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros (art. 19, inciso III, letra a).

Atentando-se bem para esse dispositivo, verifica-se claramente que a vedação refere-se especificamente a imposto. Como se trata de regra proibitiva, consoante os postulados de hermenêutica jurídica, não há possibilidade de sua extensão a outros casos que não o expressamente nomeado. Não pode haver interpretação analógica com vistas à aplicação da mesma regra a outra hipótese, ou seja a de um ônus fiscal que não seja rigorosamente imposto. Não se confunde correção monetária, juros moratórios e multas com qualquer tributo e muito menos com imposto que tem sentido específico. Conquanto se trate de ônus fiscais, são distintos dos tributos, o mesmo ocorrendo com a contribuição previdenciária, que não é tributo no sentido próprio.

Encontrando-se o Município na posição de empregador, não possui qualquer privilégio quanto ao prazo de recolhimento das contribuições previdenciárias, nem no tangente à aplicação de penas administrativas, juros moratórios e correção monetária.

Nesse sentido é a manifestação unânime do Tribunal Federal de Recursos, quando do julgamento do Recurso de Revista n. 1071, sendo partes o INPS e a Prefeitura de Atibaia, cuja ementa do acórdão foi publicada no Boletim Informativo do SERFHAU, volume 33, página 58, não havendo menção à data do julgamento. Diz a ementa:

“As entidades de direito público, no que toca às contribuições de previdência e seus consectários legais, devem ser tratadas no mesmo pé de igualdade com os contribuintes comuns, inclusive no que tange à contagem de juros moratórios e multa.”

O mesmo Tribunal, em outro julgado, expressou-se da seguinte forma:

“COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES DE PREVIDÊNCIA DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO INTERNO. A lei não distingue entre pessoas de direito público e pessoas de direito privado de modo a excluir a multa em relação às primeiras.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 128-132, 1972

(Decisão unânime, no Recurso de Revista n.º 1.051, referente ao processo em que litigam o INPS e a Prefeitura Municipal de Nova Venécia. Ementa publicada na mesma fonte recém mencionada, volume 31, pág. 62, não havendo também referência à data do julgamento)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, mantém o mesmo entendimento do Tribunal Federal de Recursos. É o que se infere de suas decisões, que trazemos à colação.

Lê-se na ementa de uma delas:

“Pessoa jurídica de direito público não está isenta de penalidade administrativas previdenciárias.”

No corpo do acórdão, o Relator, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, transcreve o trecho que diz:

“Não há lei isentando de penalidades administrativas previdenciárias a pessoas jurídicas de direito público. A relevação da falta pela consideração de se tratar de instituições pertencentes à mesma esfera do Governo é de natureza política e escapa à apreciação judicial.”

Este voto foi acolhido unanimemente, na decisão proferida em 3/3/1970, pela Primeira Turma do Tribunal, e refere-se ao Recurso Extraordinário n.º 68.417, sendo partes o INPS e a Estrada de Ferro Tocantins. (Publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, editada pelo STF — volume 54, pág. 259)

Evidenciado está que, mesmo pertencendo a igual plano administrativo, sujeitam-se as pessoas de direito público às sanções administrativas. Como estas dependem do julgamento de conveniência da administração, não está o INPS impedido de relevar determinada falta, seja “ex officio”, ou por solicitação da parte interessada, o que poderá ser feito por via de recurso administrativo.

Já em outra oportunidade, o STF, então através de sua 2ª Turma, havia adotado a mesma orientação, referindo na ementa do julgado: “Imunidade das pessoas de direito público. Contribuição devida à Previdência Social.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 128-132, 1972

“Não existe imunidade das pessoas jurídicas de direito público, morosas no pagamento de seus débitos, em relação aos juros e multas em que incorrem e são condenadas.”

(Decisão unânime, de 8/10/69, no Recurso Extraordinário n.º 65.806, relativo ao processo em que são partes o INPS e a Prefeitura Municipal de Campos, cujo inteiro teor acha-se publicado no repertório de jurisprudência acima indicado, vol. 55, pág. 438)

A correção monetária não representa propriamente uma penalidade. É apenas a atualização ou correção do valor devido, em vista da desvalorização da moeda nacional. Tem sua origem no art. 7.º da Lei n.º 4.357, de 17/7/1964. Não sendo a contribuição previdenciária um imposto ou um tributo na acepção técnica, não há razão para a indagação quanto à imunidade ou isenção. E, ainda que de tributo se tratasse, teria lugar a correção monetária sobre a mesma.

Se em alguma eventualidade deixou o INPS de cobrar a correção monetária sobre as contribuições devidas, isso seria tão-somente atribuível a critério de conveniência de sua administração.

Dada a natureza da correção monetária — que, em última análise, nada mais é que uma parcela da própria obrigação devida, em seu valor atual — também todas as pessoas jurídicas de direito público estão sujeitas ao seu pagamento.

Exemplo disso vê-se retratado num julgamento trabalhista em que se afirma:

“Se a União, através de seus órgãos, se transforma em entidade empregadora, nos termos da legislação específica do trabalho, responde pelos ônus trabalhistas, em pé de igualdade com os demais empregadores.”

Tal julgamento se refere à correção monetária, instituída pelo Decreto-lei 75/66, para os débitos trabalhistas. (TRT — 1ª. Reg. — Ac. Unânime n.º 24/69, da 3ª. Turma, de 15/1/1969 — Agr. 422 AP/68 — in ADCOAS — Boletim de Jurisprudência — 1969 — pág. 178)

Na mesma linha de raciocínio, o Município, na posição de empregador, responde por todos os ônus previdenciários como os demais empregadores.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 128-132, 1972

Diante do exposto, forçoso é concluir que o INPS age licitamente ao cobrar juros, correção monetária e multa das Prefeituras em atraso no recolhimento dos débitos.

Entretanto não pode cobrar correção monetária sobre juros e multa, conforme as decisões do Tribunal Federal de Recursos.

"Os débitos para com a previdência social são passíveis de multa e juros moratórios sem o limite de 30% do art. 16 da Lei 4.862, de 1965, que foi revogado, em parte, pela nova redação do art. 82 da Lei 3.807, de 1960, dada pelo art. 23 do Decreto-lei 66, de 1966. Subsiste, porém, o art. 16, citado, na parte em que veda a cobrança de correção monetária sobre multa e juros moratórios. (TFR — Ac. da 2a. Turma, de 20/4/70 — Agr. 29.659 — GB. Id. Ac. da 2a. Turma, de 10/8/70 — Agr. 30.245 — GB." (In ADCOAS — Boletim de Jurisprudência — Ementa n.º 1261, pág. 123, edição 1971.)

É o parecer.

Porto Alegre, 17 de agosto de 1971.

Renita Maria Hüllen
Consultora Jurídica

PARECER N.º 2046/CGE

ADVOCACIA DE OFÍCIO. RESTRIÇÃO AO SEU EXERCÍCIO.

A restrição imposta pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção deste Estado — aos Advogados de Ofício, em decorrência do exercício de igual atividade, porém, particular e paralela, não deve subsistir. À Ordem em questão cabe, entretanto, por decisão soberana de seu Conselho, e se assim o entender, excepcionar da restrição legal (artigo 85, VI, do Estatuto do Advogado), os titulares da função pública de Advogado de Ofício, quando no desempenho específico desta.

Consulta o Advogado de Ofício desta Consultoria-Geral — R. K. — sobre os impedimentos que lhe foram averbados para o exercício da profissão de advogado, decorrentes do fato de exer-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 128-132, 1972

cer cargo público, no caso, o de Advogado de Ofício, persistem ainda mesmo quando se ache ele no exercício da atividade funcional, que é, também, coincidentemente, de advogado. Tais impedimentos dizem respeito à impossibilidade de advogar ele contra as pessoas de direito público em geral, consoante o disposto no art. 85, VI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil — Lei n.º 4215, de 27 de abril de 1963.

É evidente, com efeito, que o Estatuto em questão, ao impor aquela restrição — que é de ordem geral e alcança genericamente a todos os servidores públicos — não cogitou da minúcia de que cuida a consulta em exame. Fala-se, na lei, em servidores públicos, entre os quais se inserem — é claro — os Advogados de Ofício, mas é certo, de outra parte, que a lei não visou a impedir, ou restringir a atividade daqueles que, por dever de função, hajam de prestar serviços técnicos, de natureza assistencial, a pessoas pobres, quais os que exercem a advocacia de ofício. Em outras palavras, aqueles que devam prestar a chamada assistência judiciária, cânone constitucional e, portanto, fim do próprio Estado (artigo 153, § 32, da Constituição Federal).

Dessarte, cabe, de logo, distinguir, do gênero "servidores públicos" (sic art. 85, VI, Est.), aqueles que, embora também servidores, devam, todavia, prestar serviços de natureza profissional, para efeito de ser permitido a estes, ampla e livremente, o exercício da profissão, somente, porém, quando a serviço da atividade funcional. Do contrário, seria amputar-se parte das atribuições funcionais em detrimento dos próprios assistidos. Tal seria uma aberração. Sabemos que as leis, de modo geral, têm — bem ao contrário — procurado assegurar às partes pobres o direito à assistência judiciária, até mesmo em causas intentadas contra o Poder Público, recaindo o ônus da respectiva prestação de serviços, inclusive, em membros do Ministério Público e naturalmente, o que é mais lógico, em funcionários públicos admitidos expressamente para essa mesma prestação, isto é exatamente os Advogados de Ofício (v. artigos 97, II e III, 99, e 122, III, b, do antigo Cód. de Organização Judiciária — Lei RS n.º 5256, de 2/8/1966). Ademais, o próprio conteúdo ocupacional do cargo de Advogado de Ofício, que se vê estabelecido no Anexo da Lei RS n.º 5161/65, que não distingue, na assistência a ser prestada, as pessoas contra quem deve o funcionário-advogado agir, está também a confirmar o acerto da tese.

Do exposto, resulta necessário seja — isto sim — discriminada, na averbação em causa, feita pela OAB — seção deste Estado —, que o impedimento só existe quando o servidor — advo-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 132-134, 1972

gado de ofício — esteja no exercício da profissão em caráter particular e no seu interesse pessoal, e não quando a serviço do Estado para prestar a advocacia gratuita.

Esse entendimento se nos afigura lógico, pois, se visou a lei — com a disposição do art. 85, VI, do Estatuto do Advogado — a impedir a captação de serviço em proveito próprio daqueles que, paralelamente à atividade funcional, exercem também a advocacia particular e, ainda mais, se tal disposição traz também em seu bojo fortes razões de ordem ética — argumentos que não subsistem quando o servidor é advogado de ofício, e como advogado cumpre suas funções públicas — é meridiano que sobre eles não deve incidir a proibição em apreço.

Pelas razões acima, parece fácil, já, a solução do problema, pois, em nosso entender, *data venia*, à própria Ordem caberá obviá-lo, possivelmente por decisão soberana de seu Conselho, excepcionando, do impedimento genérico já averbado, unicamente a atividade advocatícia decorrente da função pública específica. Sugerimos que, para isso, o próprio Senhor Consultor-Geral do Estado se dirija, por ofício, àquele Órgão disciplinar da profissão do advogado, solicitando o exame da matéria, com vistas à obtenção da referida excepcionalidade em favor de todos os Advogados de Ofício, do Quadro próprio da Consultoria-Geral, o que, a final, viria a beneficiar a coletividade pobre, objeto daquela assistência.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 7 de abril de 1972.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2071/CGE

LEI N.º 2558/54 (LEI PRAIEIRA). PROMOÇÃO POR VIA DE AVANÇO.

Aos funcionários compreendidos no sistema de classificação de cargos, do Quadro Geral dos Funcionários do Estado, outorga-se, como vantagem da aludida lei, simplesmente um avanço, que também é promoção no sentido horizontal.

Vem a esta Consultoria-Geral expediente em que se discute se ao Cirurgião-Dentista A. F., do DEPARTAMENTO DE INS-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 132-134, 1972

TÍTULOS PENAIIS, da SECRETARIA DO INTERIOR E JUSTIÇA, cabe, como vantagem da chamada Lei Praieira — Lei n.º 2558/54 — o acréscimo correspondente à diferença entre padrões de vencimentos, ou simplesmente um avanço.

Segundo a orientação dominante na Administração estadual, a vantagem que assim tocaria aos ocupantes de cargos isolados — e no caso o interessado é um deles — é a de um avanço nos proventos, tudo, aliás, de conformidade com parecer desta Consultoria-Geral — Parecer n.º 207-GAJ, aprovado pelo Senhor Governador do Estado.

Em consequência, lavrado o ato de aposentadoria, do qual constou a aludida vantagem na forma preconizada, foi ele, entretanto, devolvido pelo Egrégio Tribunal de Contas, sob a alegação de que o interessado faz jus não a um avanço, mas sim à diferença de padrões, isto é, entre o padrão 15, que era o seu, e o 14, que é o imediatamente inferior, já que acima daquele inexistia outro, segundo a escala legal.

Voltando, pois, o processo à origem, sustentou-se, nesta, a legitimidade do ato, reafirmada já agora, também, pelo Senhor Chefe da Assessoria Jurídica e Legislativa da Casa Civil do Governo, conforme manifestação que se vê a fls. e fls. dos autos.

A seguir, e antes da decisão do Senhor Governador, é remetida para exame nesta Consultoria-Geral a matéria em questão.

É o relatório.

Com efeito, o dispositivo legis em que repousa a controvérsia é o artigo 2.º, da Lei 2558/54, assim redigido:

“Sempre que o servidor beneficiado por esta Lei estiver no posto, graduação, avanço ou vencimentos máximos, será transferido para a reserva, reformado, ou aposentado com seus proventos acrescidos da diferença de vencimentos que houver entre o posto, graduação, avanço ou padrão imediatamente inferior”.

Como se vê, a lei fala em “avanço ou padrão”, sendo de notar, também, o modo alternativo de colocação, no texto, dessas expressões “avanço” e “padrão”, o que faz supor serem ambas aplicáveis, porém, uma em falta da outra.

Ora, do exposto, parece já evidente que a diferença de padrão só terá lugar, assim, quando, no sistema remuneratório do servidor, inexistir “avanço”, que é, também, como se sabe, uma forma de promoção, porém em linha horizontal, diferente da ou-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 134-140, 1972

tra, de padrão a padrão, chamada vertical. Não se pode assim presumir que o legislador, por mero capricho, tivesse inserido no texto a palavra avanço, quando esta, pelo entender discrepante do Tribunal de Contas, nenhuma função ou sentido teria no mesmo texto. Seria ela, pois, segundo o mesmo entendimento, totalmente inócua. Todavia, assim não deve ser compreendida: segundo o douto Maximiliano, "nos textos oficiais se não inserem palavras supérfluas". (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 439, 7.^a ed.)

O próprio artigo legis, por duas vezes, menciona aquela expressão — avanço — sendo que da primeira vez não fala em padrão, mas em vencimento máximo, o que faz supor, inequivocamente, que a lei, ao referir-se a elas, o fazia em atenção a duas situações distintas: provimento em cargos isolados e provimento em cargos de carreira. É sabido que, à época da edição da lei em causa, os cargos de carreira não tinham na sua retribuição a chamada gratificação quinquenal, que é análoga aos avanços, que se outorgam aos ocupantes de cargos isolados. Essa razão, sem dúvida, levou o legislador de então, e com acerto, a prever, para uns — os dos cargos de carreira — a diferença de padrão, e para outros — os dos cargos isolados — avanços.

Não colhe, pois, o ponto de vista que, sobre o assunto, expendera, outrora, o Conselho de Serviço Público, constante de seu Parecer n.º 5.000. Segundo esse parecer, consistiria a vantagem em tela também na diferença de padrões, tal como o sustenta o Tribunal de Contas. Para esse resultado, partiu o extinto Conselho do Serviço Público da afirmação de que a lei, ao falar em "avanço", referia-se aos servidores ferroviários, para quem a mesma vantagem representaria (sic) "a nomenclatura de suas posições funcionais". Em outras palavras, avanço para os ferroviários o mesmo seria que padrão para os servidores do Quadro Único da Pessoa Matriz. Daí ter concluído aquele Órgão que a vantagem que tocava aos integrantes deste último Quadro é realmente de um padrão, e não de um avanço.

Para a prova do acerto dessa tese, esposada no respeitável parecer em questão, faz-se necessário examinar, antes, o sentido e o alcance da vantagem "avanço" no âmbito ferroviário. Pois, se, realmente, lá no seio ferroviário, o avanço fixa a nomenclatura das posições funcionais, como disse o parecer, a nosso ver, certa também estaria aquela conclusão; do contrário, errada.

Ao exame assim feito, verifica-se que naquele setor da administração estadual avanço nada mais é que avanço mesmo, tal

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 134-140, 1972

como é tido e significa na área de classificação de cargos do Quadro Único dos Funcionários Cíveis do Estado, hoje chamado Quadro Geral, o qual estava sujeito, à época, às prescrições da Lei RS n.º 2020/53.

Com efeito, o quadro do pessoal da Rede foi moldado, naquela ocasião, pela Lei RS n.º 1750/52, que classificava, para efeito de pagamento, os diversos cargos que o integravam em "referências", e, dentro destas, por "avanços", conforme o tempo de serviço do funcionário. Dessarte, percebe-se que, ao invés de padrão, adotava-se para aquele pessoal a expressão "referência". Entretanto, o sentido entre uma e outra expressão — padrão e referência — não variava: era o mesmo. Quanto aos avanços, todavia, não só eram iguais os seus sentidos, como também iguais os vocábulos. Basta, para tanto, ver-se a definição dessa vantagem nas mencionadas Leis n.ºs 1750/52 e 2020/53, que a criaram, para chegar-se à certeza de ser ela a mesma na área dos respectivos quadros. Da simples leitura desses textos legais, percebe-se que avanço, para os integrantes daqueles quadros, nada mais é que uma melhoria de vencimentos, concedida a cada lapso igual de tempo, isto é, para cada triênio de serviço. Assim, pois, representa o instituto do avanço — como se disse — autêntica promoção por antiguidade no serviço, que não implica, entretanto, alteração da posição funcional do servidor, salvo a pecuniária.

Em face disso, não temos motivo para propugnar pela mudança do critério anteriormente estabelecido pela Consultoria-Geral, à época em que era seu titular o eminente Professor JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, e que, afinal logrou a aprovação governamental. Referimo-nos ao supracitado Parecer n.º 207/GAJ, de lavra do Consultor Jurídico Antônio Estevão Allgayer, que, especificamente, sobre o assunto em causa disse:

"

A regra é, pois, esta: Nos cargos de carreira, o vencimento será o do posto ou padrão superior. Estando o servidor no último, será o provento acrescido da diferença entre ele e o imediatamente inferior. Nos cargos isolados, será o avanço que marcará a ascensão, para os fins da disposição acima comentada".

Assim, por todo o exposto, opinamos pela concessão de avanço no caso concreto em exame, e, por isso mesmo, pela confirmação do ato aposentatório de fls., apenas com a retificação su-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 134-140, 1972

gerida pela Secretaria da Administração a fls. 46, para fundamentar-se o mesmo ato, também, no § 1.º, do artigo 177, da Constituição do Brasil de 1967.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 17 de abril de 1972.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

DESPACHO DO SR. CONSULTOR-GERAL

Senhor Governador,

“Na espécie, o Cirurgião Dentista A. F., por ter implementado as condições de tempo de serviço, foi aposentado, a pedido, com os proventos correspondentes ao seu cargo (**acrescidos da vantagem de mais um avanço**, por ser beneficiário dos favores da chamada **Lei Praieira**.

2. Submetido, assim o ato — na forma da lei — ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado para registro, terminou sendo convertido em diligência, já que a Seção de Concessões da Divisão de Contratos e Concessões, através da informação n.º 5845, fls. 42, entendeu que o jubulado fazia jus à **diferença de proventos entre os padrões 15 e 14 e não entre os avanços**, como está confeccionado o ato.

3. **Padrão ou avanço**, eis o ponto em que se baseia a **controvérsia**.

4. Entendo, **salva reverentia**, que, no caso, não procede a impugnação, inobstante o maior respeito que possam merecer as razões do Egrégio Pretório de Contas.

5. A ordenação faz distinções entre avanço e padrão, confere um ou outro, dependendo da posição funcional do interessado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 134-140, 1972

A lei, é sabido, não contém demasias nem palavras ociosas e a interpretação há de ser feita tendo presente o conjunto legislativo, fazendo-se a integração até mesmo com o momento histórico de sua edição.

O legislador, ao criar o mandamento **sub examine**, não ignorava nem desconhecia o sistema legal existente. Tanto é verdadeira a afirmação que, endereçando o diploma a militares e civis, distinguiu uns e outros e, mais, nas respectivas categorias, outra vez, discriminou entre oficiais e praças — para os militares — e servidores titulares de cargos isolados dos cargos de carreira. É a razão de registrar **posto**, **gradação**, **avanço** ou **padrão**.

Destarte, **posto** é grau privativo do oficial, enquanto **gradação** é grau privativo da praça (**ut art. 17, § 1.º, da Lei n.º 6.194/71 — art. 18 da lei n.º 1.753/52, revogada**). A **promoção** periódica, no plano horizontal, determinada pelo art. 209 da Constituição do Estado de 1947, para os **titulares de cargos isolados**, a lei chamou de **avanços** (**ut art. 97 da Lei n.º 1751/52**), enquanto a promoção de classe, ou padrão, ficou reservada aos titulares de cargos integrantes de carreiras (**ut art. 208 da C. E. e arts. 82 e segs. da Lei n.º 1.751/52**).

6. O legislador foi casuístico e exaustivo, não cabendo ao aplicador criar situações diversas das constantes da lei.

A inteligência da norma, com efeito, há de ser buscada no estudo das situações funcionais existentes à época em que o comando foi editado, e dentro desse quadro histórico há de ser entendida. Vale dizer, portanto, que, quando o legislador se referiu a **avanço**, tinha presente esse grupo funcional e o registro da lei **avanço** ou **padrão** não foi em vão ou destituído de razão. Antes, afirmação deliberada e consciente para alcançar destinatários específicos, tal como o fez ao aludir a **posto** ou **gradação**. Nem se argumente com os quinquênios de que são beneficiários os titulares de

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 134-140, 1972

cargos de carreira, visto que, também, possuidores de vantagem horizontal, pois só mais tarde veio o legislador atribuí-la a tal grupo funcional.

7. Em tais condições, força é convir que o artigo 2.º da Lei n.º 2.558/54, para os servidores civis, há de ser entendido: (a) nos cargos de carreira, o provento será o do padrão superior (estando o servidor no último, será a diferença entre o último e o imediatamente inferior); (b) nos cargos isolados, o provento será o avanço superior ao que estiver o servidor (estando no último avanço, será a diferença entre o último e o imediatamente anterior).

Ita dixit lex !

8. Na hipótese considerada, o servidor, titular de cargo isolado, não havia atingido o último **avanço**; conferiu-lhe a Administração mais um. É certo que tratou o legislador, com tal discriminação, desigualmente os servidores, mas o que não pode o aplicador é mudar o alcance do comando legislativo a pretexto de ter sido criada situação de injustiça, olhando-se o problema do ponto de vista da relatividade e comparados os quadros. Se tal fosse permitido, igualmente dever-se-ia dizer que é injusto o legislador quando confere a dois servidores, um titular do cargo de Servente, o salário mínimo ou pouco mais, e a outro, titular do cargo de Assessor Administrativo, cinco ou seis vezes mais. Ambos são servidores, ambos são homens com responsabilidades familiares, sociais e funcionais, mas nem por isso são nivelados pelo aplicador da lei.

9. Logo, o problema é de ordem legislativa e não de aplicação do direito.

Com tais considerações, Senhor Governador, acoelho o Parecer de fls., sob n.º 2071 e me permito sugerir-lhe se digne de aprová-lo".

Em 4/1972

Orlando Giraldo Vanin
Consultor-Geral do Estado

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 134-140, 1972

PARECER N.º 2043/CGE

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA não é destinatária das regras de licitação contidas no Decreto-lei 200/67.

Compatibilidade da adoção do procedimento, por disposição estatutária expressa.

Regra geral de licitação e contratação na forma e por métodos mercantis.

O diretor-presidente da Açúcar Gaúcho S/A, em 7 de fevereiro do corrente ano, encaminha ao senhor Secretário de Indústria e Comércio pedido de providências no sentido de obter, junto ao senhor Governador do Estado, dispensa de concorrência pública para construção de nova Hidráulica, de vez que a que ora se encontra em funcionamento será atingida pelas obras da BR-290 (Free-Way), a cargo do DNER.

Informa, também, que a safra 1972/1973 deverá iniciar em julho do corrente ano, restando, então, 70 dias para a realização das obras de instalação da nova hidráulica. Ademais, os fornecedores do material que se faz necessário demoram de 60 a 90 dias para fazer a entrega do pedido, tornando impraticável a licitação, face a urgência da obra que, se não concluída até 30 de junho, ocasionará o atraso da safra.

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Indústria e Comércio, em informação da lavra do Dr. LUIZ LIMA LÂNGARO, declara ser dispensável à solicitante realizar concorrência pública, pois, nos termos do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, as licitações são obrigatórias apenas para a Administração direta e autarquias, ficando implicitamente excluídas do sistema as sociedades de economia mista que, em sendo pessoas jurídicas de Direito Privado, utilizam o processo comercial de tomada de preços que mais lhes convier.

Deslocado o trato do problema para a órbita da Secretaria de Coordenação e Planejamento, mereceu estudo e parecer de sua Assessoria Jurídica, que, preliminarmente, denuncia a insuficiência de dados do processo, o que impossibilita uma manifestação definitiva. Ali se constata que, sequer, existe o projeto que determinará quais os materiais necessários, a quantidade e o valor. De toda sorte, em conclusão, opina pelo acatamento das normas contidas no Decreto-lei n.º 200/67, combinado com a Lei 5456/68 e mais o que se contém na Lei RS 5086/65, naquilo que não colidir com as regras federais.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 141-148, 1972

Ante as dúvidas que remaneceram no trato das questões jurídicas, o senhor Secretário de Indústria e Comércio envia o expediente para exame e parecer a esta Consultoria-Geral do Estado.

É o relatório.

Por um **prius** lógico convém estabelecer o posicionamento da sociedade de economia mista no panorama administrativo segundo as regras ditadas pela legislação própria da reforma administrativa. O artigo 4.º do Decreto-lei 200/67 dispõe:

“A Administração Federal compreende:

- I — a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;
- II — a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria:
 - a) Autarquias;
 - b) Empresas Públicas;
 - c) Sociedades de Economia Mista.

Parágrafo único: as entidades compreendidas na administração indireta consideram-se vinculadas ao ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

No artigo 5.º, inciso 3.º, do Decreto-lei excogitado encontramos a definição de sociedade de economia mista, como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta.

A colocação legal mereceu reparos do insigne THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI que, em artigo de doutrina, publicado na Revista de Direito Administrativo n.º 103, pág. 10, leciona:

“O grau de subordinação das empresas públicas, de economia mista ou fundações, à administração não existe em grau tão profundo que permita a sua qualificação como administração indireta.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 141-148, 1972

Há manifesto equívoco em colocar na mesma chave de administração indireta as autarquias e as sociedades mistas, porque são extremamente diversos os tipos de relações que cada uma delas mantém com os órgãos centrais da Administração direta.

.....

A presença majoritária do Estado na formação do capital é que justifica de alguma forma a sua integração dentro de um plano geral de atividades econômicas, mas sem as conotações específicas dos serviços públicos, mesmo de administração indireta ou descentralizada.”

Foi feliz ainda uma vez o eminente Ministro THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, quando, com proficiência, advoga para a sociedade de economia mista uma colocação particular dentro da atividade estatal. Como empresa dotada de personalidade jurídica de Direito Privado ela goza de maleabilidade incomum na atividade pública. A atuação dinâmica dessa entidade se assemelha à mentalidade empresarial e com ela se identifica, excluídas as situações peculiares previstas expressamente na lei geral ou na lei especial que a cria (**lei mater**).

Por outro lado, na Emenda Constitucional de 1969, encontramos a colocação especial das sociedades de economia mista, no preceito expresso no parágrafo 2.º do artigo 170, **verbis**:

“Na exploração pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as **sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas**, inclusive quanto ao Direito do trabalho e ao das obrigações” (grifei).

Ora, a atual orientação constitucional, consoante texto transcrito, repete, em essência, excluída a menção às autarquias, o que se continha no § 2.º, do artigo 163, da Constituição do Brasil de 1967.

ROBERTO BARCELOS DE MAGALHÃES, ao comentar o artigo, em sua obra “A Constituição Federal de 1967”, volume II, págs. 520/521, preleciona, **verbis**:

“A sociedade de economia mista de origem germânica, se tem constituído, no Brasil, na solução preferida para o exercício de atividades industriais e comerciais do Estado.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 141-148, 1972

"Caracteriza-se ela — sociedade mercantil de feição anônima — pela participação do poder público (participação financeira) com maioria de ações ou de capital e por sua interferência nos órgãos de sua administração."

"Outro traço que precipuamente a distingue das demais sociedades por ações privadas ou comuns: é a sua origem, já que o seu ponto de partida é um ato legislativo estabelecendo o seu nascimento próximo e os principais contornos de sua corporificação jurídica."

"Suas vantagens podem ser facilmente enunciadas: a própria forma mercantil de que se reveste, por si a exprime, contribuindo para que o empreendimento público seja por ela alcançado com abstração de critérios burocráticos perturbadores; livre dos entraves da contabilidade pública, permitindo-lhe ingressar no mundo dos negócios com todas as virtudes da celeridade."

Assim, a sociedade de economia mista, face à nova linha legislativa que se estabeleceu a partir de 1967, foi colocada sob a égide das normas aplicáveis às empresas privadas inclusive, e *in casu* especialmente, quanto ao direito das obrigações. Dessarte, no que refere aos direitos de caráter patrimonial, ressalta a autonomia da vontade societária, que é a tônica do direito obrigacional privado e nisso difere fundamentalmente da atividade própria da administração pública.

Estabelecido o lineamento legal, pode-se enfrentar o problema, que é medular na consulta, o da licitação. A licitação exsurge com caráter altamente moralizante; nos casos em que a administração pública pretende efetuar compras, obras, serviços e alienações.

O sistema de licitações propicia ao poder público atuar de forma imparcial e eficiente, dentro dos princípios da lei da oferta e da procura, que informa o mercado, efetuando contratos mais vantajosos.

Atualmente, e desde 25 de fevereiro de 1967, passou a licitação a ser inteiramente regada pelas normas contidas no Decreto-lei 200/67, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei 900, de 29 de setembro de 1969, alcançando os estados e municípios por força da lei federal 5456, de 20 de junho de 1968. Dessarte, a normação até então vigorante foi inteiramente revogada, substituída pela nova orientação adotada pela reforma administrativa em todo o país.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 141-148, 1972

"As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na administração direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste título e disposições complementares aprovadas em decreto". (grifei) (artigo 125, do Decreto-lei n.º 200)

"Aplicam-se aos estados e municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações, previstas nos artigos 125 a 144 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta lei". (Lei n.º 5456, artigo 1.º)

HELY LOPES MEIRELLES, em exposição doutrinária constante da Revista de Direito Administrativo, n.º 105, pág. 14, assim se expressa:

"As licitações estão hoje regidas pelo Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que em seus artigos 125 a 144 estabelece normas para as contratações de obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica. Posteriormente, a lei federal n.º 5456, de 20 de junho de 1968, determinou a aplicação dessas normas do Decreto-lei 200/67 aos Estados e Municípios, possibilitando, ainda, a fixação dos limites para as diversas modalidades de licitação, por lei estadual. Diante disso, é de se considerar revogadas as disposições do Código de Contabilidade Pública da União e de seu Regulamento, que regiam anteriormente as concorrências e tomadas de preços, assim como as demais normas incompatíveis com a atual disciplina do instituto."

"As normas estabelecidas no Decreto-lei 200/67 só alcançam os Estados e Municípios e suas autarquias, ficando, portanto, excluídas as entidades paraestatais (sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações), por serem pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do poder público. Mas nada impede que a lei estadual ou municipal determine que essas entidades realizem suas licitações e contratações pelas normas pertinentes do Decreto-lei 200/67, no que couberem, obrigando a inclusão de dispositivos expressos para esse fim em seus estatutos" (grifei).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 141-148, 1972

Em brilhante parecer, publicado na Revista de Direito Público, n.º 13, ano 1970, págs. 133 a 144, o Procurador-Subchefe do Estado de São Paulo, Doutor ORLANDO CARLOS GANDOLFO, analisa a situação de determinadas sociedades de economia mista face à edição de legislação estadual (Decreto-lei complementar n.º 7/69) visando a reger o comportamento do Estado-acionista, para cumprir a finalidade do Estado-membro, respeitados, na essência, os princípios que regem a atuação nas sociedades em estudo. Trata-se, no caso, de auto-limitação do Estado-membro no seu comportamento como Estado-acionista, propiciando ao parecerista enfocar, entre os temas mais relevantes, o da licitação. Destacam-se trechos expressivos:

“22. O decreto-lei 200, inclui no âmbito da administração indireta, as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (Art. 4.º, n.º II, a, b e c), contudo, no artigo 125 apenas sujeita à licitação a administração direta e as autarquias, deixando fora as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

23. Diante disso, mesmo para os que consideram a DERSA uma sociedade de economia mista, ela, ainda assim, não está sujeita à licitação porque as sociedades de economia mista não foram mencionadas no art. 125 do decreto-lei federal n.º 200.”

25. Contudo, analisando o tema segundo os princípios da exegese jurídica chegar-se-á à conclusão de que as empresas do Estado, pela própria origem, finalidade e natureza comercial das suas atividades, devem promover licitações, segundo as normas do direito das obrigações, segundo as práticas mercantis, segundo os métodos da empresa privada, adotando para esse fim regulamentos internos próprios por integrarem a administração indireta; enquanto que as autarquias, que integram a administração direta descentralizada, destituídas que estão da essência especulativa que caracteriza as empresas comerciais, ficam sujeitas às licitações segundo os quadrantes estabelecidos pelo direito financeiro.

27. Aliás, seria contra-senso a DERSA funcionar segundo os métodos da empresa privada (art. 71 da Constituição Estadual) e, sob a forma de sociedade por ações

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 141-148, 1972

(decreto-lei n.º 5, de 6/3/69) — o que indica a velocidade comercial que deve imprimir aos seus negócios — e ficar, ao mesmo tempo, sujeita às peias burocráticas que caracterizam as licitações realizadas pelas repartições públicas.

28. Não está a empresa, sujeita, portanto, como entidade comercial que é por excelência (cf. Ruy Carneiro Guimarães, “Sociedades por Ações”, vol. I, pág. 35, n.º 13; J. C. Sampaio Lacerda, “Manual das Sociedades por Ações”, pág. 17, n.º 13, etc.) às licitações públicas; mesmo porque “qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima ou companhia é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio” (parágrafo único do art. 2.º do Decreto-lei 2627, de 26/9/40, “dispõe sobre as sociedades anônimas”).

29. Deve a empresa do Estado, no entanto, por imperativo de ordem moral, realizar, sempre que possível, licitação comercial com publicidade, fixando regulamento próprio para esse fim, que acompanhará, no que couber, as regras da licitação pública” (grifei).

Adota-se, desta feita, por ajustadas ao caso *sub examine*, as teses esposadas de forma definitiva pelo ilustrado administrativista HELY LOPES MEIRELLES e pelo douto Procurador-Subchefe do Estado de São Paulo, Doutor ORLANDO CARLOS GANDOLFO, e conclui-se:

- 1 — As licitações, como procedimento prévio de todos os contratos administrativos que resultem em despesa para a administração pública, não alcançam, compulsoriamente, as sociedades de economia mista;
- 2 — havendo previsão estatutária expressa, podem e devem as sociedades de economia mista proceder à licitação na forma prevista para a administração pública direta e autarquias, no que couber, resguardando, por esse meio, a lisura de conduta de suas direções;
- 3 — em não ocorrendo a hipótese anterior, ainda assim, devem as sociedades enfocadas realizar licitações, segundo as práticas mercantis, na forma do direito obrigacional;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 141-148, 1972

- 4 — em qualquer dos casos antes mencionados, ocorrerá a dispensa de licitação face a situações de emergência, na iminência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, bens e equipamentos.

Deverá, entretanto, na hipótese de incidência da legislação da reforma administrativa, ser objeto de imediata justificação perante a autoridade superior (Decreto-lei 200/67, art. 126, "h" parágrafo 3.º). Na hipótese da adoção de licitação por forma mercantil, conformar-se-á a dispensa, mediante decisão do órgão competente de sua administração interna.

Como corolário do que se disse até aqui, cumpre esclarecer que, inexistindo no estatuto da AGASA qualquer norma sobre licitações, e ocorrendo situação de emergência oriunda de fatores comprovados, com expressa concordância de sua direção, está ela dispensada de adotar as cautelas do chamamento de licitantes para seleção de propostas, mesmo pela forma usual para as empresas privadas.

Porto Alegre, 29 de março de 1972.

Cyl Paranhos de Lima
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2047/CGE

COHAB — RS — POSSE E PROPRIEDADE.

Somente a ação de desapropriação em que o Poder Público alega urgência, deposita o preço e obtém a imissão provisória na posse libera o imóvel para fins públicos. Oportunidade de tal medida.

1. A Companhia de Habitação do Estado do Rio Grande do Sul (COHAB-RS) dirigiu-se ao Sr. Secretário do Trabalho e Ação Social propondo que o Estado declare de utilidade pública, para fins de desapropriação, uma gleba de terras de propriedade da referida Companhia situada nesta capital.

Esclarece que adquiriu dita área com a finalidade de construir 1.974 casas populares, havendo dado a mesma em garantia

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 148-151, 1972

hipotecária ao Banco Nacional de Habitação, em razão de contrato de mútuo, celebrado com o último, sujeito a juros e correção monetária, e ainda se comprometido com a execução dos serviços de terraplanagem do local e a instalação de rede d'água.

Posteriormente à dita aquisição, contudo, O. S. G., inventariante dos bens deixados por P. S. G., ingressou com uma ação de nulidade de escritura; de outra parte N. G. O. tomou posse de casa situada dentro da citada gleba, demoliu placa ali existente e pretendeu cercar parte da mesma área, além de um terceiro ingressou com uma ação de atentado contra a COHAB, já julgada improcedente em primeira instância.

Entende que tais demandas constituem entraves aos seus objetivos, pois a execução do empreendimento deverá aguardar a decisão final das mesmas, o que lhe acarreta pesadíssimo ônus.

Merecendo a sugestão inicialmente referida a aprovação do Sr. Secretário do Trabalho e Ação Social, foi o processo encaminhado à Chefia da Casa Civil, solicitando então o Sr. Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil o pronunciamento desta Consultoria-Geral quanto ao mérito e à forma da proposição.

Foi anexada minuta de decreto declaratório de utilidade pública. Baixado o presente processo em diligência, foram prestados esclarecimentos sobre a localização, medição, demarcação e posse da gleba em foco.

É o relatório.

Feita a necessária distinção entre o mundo fático e o mundo jurídico, e tendo presente a concepção da posse tal como resulta do Código Civil Brasileiro (arts. 485 a 523), esta se revela como uma relação, estado ou situação fática, senhoria da coisa, poder fático que corresponde ao exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade (cf. PONTES DE MIRANDA — Trat. de Dir. Privado, 1.ª ed., Tomo X, pág. 73).

Esse fato jurídico, "stricto sensu", é inconfundível com o direito que ele origina ao entrar no mundo jurídico ("jus possessionis") ou com o direito à posse ou a ter posse ("jus possidendi"), segundo o magistério do mesmo autor (ob. e vol. cit., págs. 13, 14, 55, 77 e 78).

Consoante os elementos constantes do presente processo, a COHAB-RS, na condição de proprietária, tal como resulta da transcrição da escritura de compra feita ao casal de J. E. F., tem direito à posse de toda a gleba, mas não tem a posse direta do prédio n.º 2874 e da área ocupada por malocas, segundo se vê das informações de fls. 12, alínea d).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 148-151, 1972

Tal posse seria, porém, recente, segundo as mesmas informações, o que tenha alguém posse conducente a usucapião.

Em sendo certos esses elementos informativos, não tem relevância o aspecto possessório, restando examinar o ângulo domínial.

3. A propriedade da área em questão afigura-se suficientemente comprovada, não somente pela continuidade dos registros — mais do que vintenários — como pela transcrição da escritura de compra feita pela COHAB-RS no Registro de Imóveis, parecendo que à falta de exata localização dos imóveis nos títulos devam ser atribuídas as afirmações discrepantes das partes em juízo. A COHAB-RS afirma, entretanto, haver procedido à demarcação da área adquirida, o que faz supor haja guardado conformidade com os títulos anteriores.

4. É de concluir-se, pois, à luz dos elementos constantes do processo e dos que foram apresentados a esta Consultoria-Geral — e na ausência de fatos supervenientes — ter a COHAB-RS a posse direta sobre grande parte da gleba que adquiriu, acompanhada de título de propriedade sobre toda ela.

A providência que se impõe é a tomada de urgentes medidas possessórias contra os ocupantes do prédio n.º 2468 e das malocas supra-referidas visando a imitir-se na posse de toda a gleba que adquiriu, sendo recomendável mantenha, no mínimo, vigias na área, visando a coibir a entrada de novos intrusos.

Isso feito, não vemos óbice legal a que a COHAB-RS execute de logo o plano habitacional previsto para a área.

5. Por isso entendemos desnecessária a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação da área em apreço.

Releva notar que tal medida, "in casu", só teria efeito se o Estado nela não se detivesse, mas ingressasse em juízo com a ação de desapropriação, alegasse urgência, depositasse o preço e pedisse a imissão preliminar e provisória na gleba em apreço (art. 15 do Decreto-lei 3.365, de 21/6/1941), para entregá-la à própria COHAB-RS.

A vista do ônus que isso acarretaria para o Estado e considerados os aspectos anteriormente examinados, parece devam reservar-se tais providências extremas, para a hipótese, ao que tudo indica improvável, de vir a ação movida por O. S. G. ser julgada procedente e na medida em que tal postulação atinja a área adquirida pela COHAB-RS. Ou seja: se viesse esta a perder

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 148-151, 1972

o domínio de parte ou de toda a gleba que adquiriu, o Estado expropriaria a área perdida para impedir que o plano habitacional executado pela companhia estatal viesse a ser prejudicado.

Em tal caso, seria de acrescentar-se, ao intróito da minuta de decreto sugerida, remissão ao art. 5.º, alíneas e) e i), do Decreto-lei 3365, de 21 de junho de 1941, suprimindo-se o art. 3.º da mesma minuta, tendo em vista o disposto no art. 15 do mesmo diploma legal.

É o parecer.

Porto Alegre, 7 de abril de 1972.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2054/CGE

TEMPO DE SERVIÇO — TIROS DE GUERRA — GRATIFICAÇÃO ADICIONAL.

É computável, até o limite posto no art. 110, § 2.º, da Lei n.º 1.751/52, para a concessão de gratificação adicional por tempo de serviço, o período em que o servidor esteve matriculado em órgão de Formação de Reserva das Forças Armadas.

Modo de calcular dito tempo.

1. E. B., Chefe de Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda, solicita a concessão de uma licença-prêmio e a conversão da mesma em tempo de serviço, bem como a concessão da gratificação adicional de 15%.

Anexa, para tanto, além de comprovante do respectivo tempo de serviço estadual, certidão do tempo de serviço em que verificou praça no Exército Nacional, incluído no mesmo o tempo contado em dobro relativo à Campanha da Itália e o relativo ao antigo Tiro de Guerra n.º 404.

2. Atendida a primeira postulação, pede a SENA a audiência desta Consultoria-Geral, quanto à segunda, restritamente quanto ao cômputo do tempo de serviço prestado em Tiro de Guerra,

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 151-152, 1972

em face de manifestações díspares da Auditoria do Tribunal de Contas e desta Casa (Parecer n.º 1060-UAJ), este aprovado pelo Sr. Governador do Estado.

É o relatório.

3. A controvérsia se cinge, pois, a determinar se o tempo em que o servidor esteve matriculado em órgão de formação da reserva das Forças Armadas, *in casu*, o extinto Tiro de Guerra, é computável aos efeitos de concessão de gratificação adicional por tempo de serviço.

A esse respeito dúvida não pode subsistir à vista do disposto no § 2.º do art. 110 da Lei 1.751/52, que expressamente admite, para aquele efeito, tal cômputo até o máximo de um quinto de serviço público estranho ao Estado, e como tal há de entender-se o tempo de serviço prestado nos Tiros de Guerra.

Aliás, coincidentes com esse entendimento são os Pareceres n.ºs 4170 e 4317 do extinto Conselho do Serviço Público.

4. Relativamente ao critério a ser observado no cômputo do serviço militar prestado no supra-referido órgão de Formação de Reserva, entendemos perfeitamente aplicável o adotado para o dito cômputo para efeito de aposentadoria no art. 63, parágrafo único, da Lei n.º 4.357, de 17/8/1964 (Lei do Serviço Militar), ou seja: um dia para cada oito horas de instrução desde que concluída com aproveitamento a formação.

Assim o tempo do requerente, computável para fins de gratificação adicional, não será o constante da certidão de fls. 5, mas deverá este ser transformado em dias de serviço, nos termos da disposição legal supra-aludida, e, destes, poderá apenas o interessado computar uma quinta parte.

Havendo o anterior pronunciamento desta Consultoria-Geral (Parecer n.º 1060-UAJ) sido aprovado pelo Chefe do Poder Executivo, deverá o presente, se aprovado, ser igualmente submetido àquela alta autoridade, a fim de que fique fixada a orientação do Estado, a respeito.

É o parecer.

Porto Alegre, 11 de abril de 1972.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 151-152, 1972

PARECER N.º 2039/CGE

REVISÃO DE PENSÃO — Não cabe a inclusão no valor da pensão dos quinquênios militares instituídos por lei posterior ao falecimento do servidor.

E. de A. M. requereu ao Senhor Governador a inclusão de seis quinquênios militares na pensão que recebe na qualidade de filha solteira do extinto Cel. A. E. M., falecido em consequência de moléstia adquirida em serviço, em 21 de outubro de 1925. Baseia seu pedido no fato de contar seu pai, na data do falecimento, mais de trinta anos de serviço.

Diante do requerido, o Senhor Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil solicitou o pronunciamento desta Consultoria-Geral.

2. Dispõe o "caput" do art. 2.º, da Lei n.º 4.934, de 16 de fevereiro de 1965, que instituiu a gratificação quinquenal para o pessoal que integra o Quadro da Brigada Militar:

"Art. 2.º — Por quinquênio de serviço público estadual, o pessoal que integra o Quadro da Brigada Militar terá direito à gratificação de cinco por cento sobre os vencimentos de seus postos e graduações, até o máximo de seis quinquênios."

E o § 3.º, do mesmo art. 2.º, estabelece, "verbis":

"§ 3.º — Aos militares da reserva ou reformados, para efeito da aplicação da Lei n.º 3.096, de 31 de outubro de 1956, no que tange ao "Quinquênio Militar", serão levados em conta os anos de efetivo serviço prestado ao Estado, quando de suas transferências para a reserva ou reforma."

Verifica-se, assim, que a gratificação quinquenal foi instituída para todos os servidores da Brigada Militar, ativos, da reserva ou reformados.

Não foram, porém, os quinquênios militares estendidos expressamente aos pensionistas, dependentes de servidores já falecidos à data da vigência da Lei n.º 4.934, de 1965.

3. Na fixação do valor das pensões leva-se sempre em consideração os vencimentos ou proventos a que o servidor fazia jus na ocasião do óbito. O direito subjetivo do dependente à pensão

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 153-155, 1972

nasce no momento do falecimento do servidor e esta há de ser calculada, por isso, considerando-se tão-somente os vencimentos ou proventos devidos ao "de cujos" na data do falecimento. Em consequência, não podem computar-se, para efeito de cálculo das pensões, vantagens inexistentes na data do falecimento do servidor e que nunca foram por este recebidas em vida, ressalvados os casos em que a lei expressamente determinar o contrário.

O progenitor da requerente faleceu em 21 de outubro de 1925. Os quinquênios militares, no entanto, só foram instituídos quase quarenta anos mais tarde pela já referida Lei n.º 4.934, de 16 de fevereiro de 1965. Por não ter o pai da requerente feito jus, em vida, a quinquênios militares e por não ter a Lei n.º 4.934 estendido esta vantagem aos pensionistas dependentes de servidores já falecidos à data da sua vigência, entendo não caber a inclusão da mesma vantagem no cálculo da pensão devida à requerente.

4. Esta Consultoria-Geral já firmou orientação no sentido de que não podem ser levadas em consideração na fixação das pensões vantagens que não eram devidas ao servidor na ocasião do seu falecimento, salvo as que forem expressamente estendidas aos pensionistas por disposição de lei.

Especialmente com relação à inclusão de quinquênios militares no cálculo e revisão de pensões, manifestou-se esta C. G. E. no Parecer n.º 127, de 6 de abril de 1966, da lavra do Consultor Jurídico NEY MESSIAS, "verbis":

"Revisão de pensão. Falta de autorização legal expressa para incluir, no benefício, quantitativos referentes aos quinquênios deferidos em época posterior ao falecimento do servidor."

..... "omissis"
"No caso em apreço, vem sendo feita a majoração da pensão em relação aos vencimentos básicos das tabelas constantes do art. 1.º da Lei n.º 4.934/65, o que está certo. No que se refere aos quinquênios, são eles avanços, e não majoração de vencimentos, concedidos aos servidores da atividade, e estendidos aos inativos expressamente. Dependem do tempo de serviço de atividade, e só atingem o soldo e os proventos, mas não as pensões. Nenhuma relação jurídica mantinha o servidor falecido, com o Estado, quando foi emitida a Lei que criou os quinquênios."

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 153-155, 1972

Diversa não foi a orientação adotada no Parecer n.º 306/GAJ, da lavra do Consultor Jurídico MANOEL ANDRÉ DA ROCHA, que opinou pelo indeferimento da pretensão, apresentada por viúva de magistrado, de ver incluídas no montante da pensão que percebe as parcelas referentes à gratificação quinquenal instituída por lei posterior ao falecimento do seu esposo, "verbis":

"Havendo o esposo da interessada falecido em data muito anterior à da edição da Lei n.º 5274, de 1.º de outubro de 1966, daí decorre que, à época da criação desta nova vantagem pecuniária, qual seja a gratificação por quinquênio de exercício aos magistrados, não havia mais o ponto de imputação de direitos, vale dizer, a pessoa física, desaparecida pelo fato jurídico da morte, e em cujo patrimônio jurídico se pudessem subjeter os direitos assim instituídos. A pensão é um direito que não se transmite por via de sucessão, passível de personalização, como a herança, mas é adquirido originariamente pela família do magistrado, viúva e filhos, pelo fato mesmo do seu óbito, pressuposto da percepção do benefício."

"Ademais, o art. 332, da Lei n.º 3.119, de 14 de fevereiro de 1957, vincula expressamente o cálculo das pensões aos vencimentos ou proventos que o magistrado percebia, no momento de seu óbito, excluídas vantagens pecuniárias posteriormente criadas, a não ser que a lei expressamente disponha em contrário, o que aqui não fez."

5. Em conclusão, entendo que a requerente não tem direito a ter incluída na pensão que recebe, na qualidade de filha solteira do extinto Cel. A. E. M., a gratificação quinquenal, uma vez que esta vantagem nunca foi devida em vida ao seu progenitor e só foi instituída por lei editada quase quarenta anos após o seu falecimento.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 29 de março de 1972.

Jorge Alberto Diehl Pires
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 153-155, 1972

PARECER N.º 2041/CGE

BEM PÚBLICO — A cessão de direito de uso dos próprios do Estado pode ser feita pelo Executivo, sem prévia autorização legislativa, respeitados os princípios dos arts. 125 e 126 do Decreto-lei federal n.º 9.760, de 5 de julho de 1946, e precedida de licitação.

O Governo do Estado planejou a construção no Parque de Exposições, em Esteio, do Centro Financeiro, constituído de cinco (5) prédios, cada um com quatro (4) áreas modulares de aproximadamente trinta e dois metros quadrados (32m²).

O direito à utilização de área modular seria cedido pelo prazo de vinte (20) anos a diferentes estabelecimentos bancários, mediante o pagamento antecipado de Cr\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros).

Levado o plano ao conhecimento do Sindicato dos Bancos e de seus associados, o Banco Nacional do Comércio apresentou Parecer da lavra do Bacharel Ruy Brasileiro Rodrigo de Azambuja, analisando diferentes aspectos a serem considerados.

2. Como esclareceu o referido Parecer dos Serviços Jurídicos do Banco Nacional do Comércio, a legislação estadual é omissa no que se refere ao regime dos bens do Estado, devendo, pois, supletivamente aplicar-se a eles o que dispõe a respeito a lei federal.

A administração dos bens imóveis da União é disciplinada pelo Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, que segundo **HELY LOPES MEIRELLES** é aplicável também aos próprios dos Estados-membros e Municípios, "verbis":

"Entendemos que as disposições do Decreto-lei federal n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, se aplicam obrigatoriamente aos bens dos Estados-membros e dos municípios, por conterem normas gerais de direito financeiro, as quais constituem reserva legislativa da União nos termos do art. 5.º, n.º XV, "b", da Constituição Federal."

("in" Direito Administrativo Brasileiro, pág. 444, 2.ª edição, 1966)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 156-162, 1972

No que se refere à cessão, dispõe o mesmo Decreto-lei n.º 9.760, de 1946, "verbis":

"Art. 125 — Por ato do Governo, e a seu critério, poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos neste decreto-lei, imóveis da União aos Estados, aos Municípios, a entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais e, em se tratando de aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor, à pessoa física ou jurídica.

Art. 126 — Nos casos previstos no artigo anterior, a cessão se fará mediante termo ou contrato, de que expressamente constarão as condições estabelecidas, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, for dada aplicação diversa da que lhe tenha sido destinada."

Algumas vezes tem sido levantada a inconstitucionalidade do citado artigo 125, na parte em que permite a cessão de bens públicos por ato do Executivo, sem estar previamente autorizado por provimento legislativo.

Essa orientação, no entanto, não tem sido a dominante, como bem esclarece o Parecer do Banco Nacional do Comércio, reportando-se à opinião de **ADROALDO MESQUITA DA COSTA**, à época em que era Consultor-Geral da República, "verbis":

"Desta sorte nada se pode argüir contra a constitucionalidade do preceito do art. 125. Por "ato do Governo", portanto por decreto do Executivo, podem ser cedidos gratuitamente, sob quaisquer dos regimes previstos no citado Decreto-Lei, imóveis da União aos Estados, aos Municípios, a entidades educacionais, culturais, ou de finalidades sociais e, em se tratando de aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor, a pessoa física ou jurídica.

Os regimes previstos no Decreto-Lei, de que trata, é o referido no art. 64, a saber, mediante locação ou aforamento ou a cessão propriamente dita."

"Como se verifica, a cessão é contrato típico, previsto no mencionado diploma legislativo.

Por ele, a União transfere aos Estados, aos Municípios ou entidades ou pessoas referidas no art. 125, a

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 156-162, 1972

posse plena, uso e gozo de imóvel seu, mediante termo ou contrato, de que expressamente constarão as condições estabelecidas, e tornar-se-á nulo, de pleno direito, se ao imóvel, no todo ou em parte, for dada aplicação diversa da que lhe tenha sido destinada, como expressamente determina o art. 126 do mencionado Decreto-Lei."

Entendo, assim, de acordo com essa orientação, que a cessão de uso das áreas modulares a serem construídas poderá ser feita por "ato do Governo", sem necessidade de provimento legislativo.

3. Entendo, de outra parte, que a cessão de uso deverá necessariamente ser precedida de licitação pública.

O Regulamento Geral de Contabilidade Pública, aprovado pelo Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922, estabelece, "verbis":

"Art. 765 — Todos os contratos de que resultem receitas ou despesas para o Estado devem ser precedidos de concorrência pública ou administrativa, segundo as normas estabelecidas no capítulo precedente, exceto os casos indicados em leis especiais e os de que trata o art. 739."

A cessão de uso implica em receita para o Estado e, como não se enquadra nas exceções previstas na parte final do artigo, deverá ser precedida de licitação.

De outra parte, o Centro Financeiro terá vinte áreas modulares, quando operam no Estado mais de cinquenta estabelecimentos bancários. Caso a Administração escolhesse alguns bancos, sem consulta aos demais, estaria contrariando o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Deve, assim, o Estado assegurar a todos os eventuais interessados o direito de concorrer à cessão de uso das áreas, classificando os concorrentes de acordo com as vantagens por eles oferecidas ao Poder Público.

Ademais, esta Consultoria-Geral, no Parecer n.º 1982, de 31 de dezembro de 1971, da lavra do Consultor Jurídico JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS, muito embora por outros fundamentos, já firmou orientação no sentido de que a cessão de uso deve ser precedida de licitação.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 156-162, 1972

Diz o referido parecer em suas conclusões:

"1) O contrato de cessão de uso pretendido deve ser objeto de estudo prévio de viabilidade técnica, e de prévia aprovação do Ministério das Comunicações, no tocante às alterações a serem processadas.

2) É necessária e recomendável a realização de concorrência pública, em cumprimento aos ordenamentos legais que estipulam a licitação para a execução de obra ou prestação de serviço ao Poder Público."

4. Na realização da licitação deverão ser levadas em conta certas condições peculiares ao caso.

Inicialmente, o preço de Cr\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros) deverá ser considerado preço mínimo, devendo os licitantes classificar-se de acordo com o valor das propostas, feitas a partir desse mínimo.

Deverão ser previstos também os critérios a serem adotados em caso de empate, uma vez que poderá ocorrer duas ou mais propostas de idêntico valor.

De outra parte, deverá ser assegurado, de acordo com o critério de classificação, o direito da escolha da área modular, pois algumas dessas áreas terão melhor localização que outras. É justo que o licitante que está pagando um preço mais elevado tenha direito a uma área mais bem situada.

Igualmente deverá ser decidida previamente a possibilidade de um mesmo estabelecimento bancário candidatar-se à cessão de uso de mais de uma área modular, de vez que certos bancos poderão estar interessados em ter agência ou posto com maiores dimensões.

5. No que se refere à forma do ato, dispõe o já citado art. 126 do Decreto-lei 9.760, de 1946, que "a cessão se fará mediante termo ou contrato, de que expressamente constarão as condições estabelecidas."

Creio, assim, que satisfaz perfeitamente as exigências da lei a realização de um contrato de cessão de direito de uso de área a ser construída, o qual poderá ser feito por instrumento particular.

Tomei a liberdade de elaborar uma minuta de contrato, que poderá ser aproveitada pela Administração, no todo ou em parte.

6. Em conclusão, entendo que a cessão de uso das áreas modulares do Centro Financeiro a ser construído poderá, a teor dos

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 156-162, 1972

arts. 125 e 126 do Decreto-lei n.º 9.760, de 05/07/46, ser feita por "ato do Governo", dispensado o provimento legislativo, devendo as partes firmar instrumento bilateral, estabelecendo os direitos e obrigações recíprocas.

A cessão de uso, no entanto, deverá ser precedida de licitação pública, a fim de que o Estado possa classificar os proponentes que lhe ofereçam maiores vantagens.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 29 de março de 1972.

Jorge Alberto Diehl Pires
Consultor Jurídico

CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITO DE USO DE ÁREA MODULAR

Entre partes, de um lado, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, representado por, denominado abreviadamente como CEDENTE, e, de outro lado, o BANCO, com estabelecimento nesta cidade à rua, n.º, inscrito no C.G.C. sob o n.º, representado por, daqui em diante denominado abreviadamente USUÁRIO, resolvem, pelo presente instrumento particular, ajustar este contrato de Cessão de Direito ao Uso de Área Modular, mediante as seguintes cláusulas e condições:

PRIMEIRA — O CEDENTE transfere ao USUÁRIO o direito de uso do módulo n.º, com a área de trinta e dois metros quadrados (32m²), do Centro Financeiro a ser construído no Parque de Exposições, localizado no Município de Esteio, mediante o pagamento da quantia de Cr\$. (..... mil cruzeiros), a ser efetuado até o dia

SEGUNDA — O prazo da presente cessão é de vinte (20) anos, a contar de

TERCEIRA — Ao término do prazo ajustado na cláusula segunda, o USUÁRIO restituirá a área cedida, independentemente de qualquer notificação, interpelação ou aviso. O inadimplemento desta condição importará em que a posse do USUÁRIO será considerada precária e de má-fé, autorizando o CEDENTE a re-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 156-162, 1972

querer reintegração de posse, com as medidas liminares autorizadas pela lei civil e processual civil, e ficando o USUÁRIO obrigado ainda ao pagamento de multa, desde já, convencionada em um salário-mínimo regional, vigente à data da infração, por dia de atraso na entrega do imóvel. O CEDENTE fica autorizado a exigir o pagamento da multa por meio de ação executiva.

QUARTA — A área cedida só poderá ser utilizada para instalação de estabelecimento bancário do USUÁRIO (agência, filial ou sucursal).

QUINTA — A unidade autônoma objeto da presente cessão não poderá ser transferida, emprestada ou locada, no todo ou em parte, em nenhuma hipótese, sem prévio consentimento escrito do CEDENTE.

SEXTA — O USUÁRIO obriga-se a apresentar ao CEDENTE, ou a pessoa, comissão ou entidade por este indicada, antes de iniciar a execução, o projeto de decoração de sua área, que só poderá ser realizado após a aprovação.

SÉTIMA — O USUÁRIO fica obrigado a conservar a área cedida em perfeitas condições de segurança e asseio e a restituí-la com o respectivo "Habite-se" de modo a que possa ser cedida a outrem sem despesas de qualquer espécie e correndo por sua conta todos os reparos que se fizerem necessários.

OITAVA — Fica assegurado ao CEDENTE, ou a quem este indicar, o direito de inspecionar, em qualquer tempo, a unidade autônoma cedida, a fim de verificar se estão sendo cumpridas as condições convencionadas no presente instrumento.

NONA — Nenhuma benfeitoria poderá ser realizada sem prévia autorização escrita do CEDENTE, mas nenhuma indenização será devida mesmo em tal caso.

DÉCIMA — O USUÁRIO pagará, por sua conta exclusiva, todas as despesas incidentes sobre a unidade autônoma cedida, tais como impostos, taxas e contribuições, inclusive as que forem devidas à Administração do Parque de Exposições, obrigando-se igualmente a concorrer proporcionalmente com as despesas que venham a ser exigidas sobre as partes de uso comum.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 156-162, 1972

DÉCIMA PRIMEIRA — Obriga-se o USUÁRIO a segurar contra incêndio a área cedida, em Seguradora idônea, a juízo do CEDENTE e em nome deste, e pelo preço que corresponder a sua valorização anual. Será fornecida cópia ao CEDENTE do respectivo comprovante de pagamento.

DÉCIMA SEGUNDA — O CEDENTE terá por rescindido o presente contrato, sem que assista ao USUÁRIO direito a qualquer indenização ou reclamação, se não cumprir este fielmente qualquer das obrigações estipuladas no presente instrumento.

DÉCIMA TERCEIRA — Fica eleito, desde já, com renúncia de qualquer outro, o Foro desta Comarca, para todas as questões decorrentes, direta ou indiretamente, do presente contrato.

E, para os devidos fins, por estarem perfeitamente acordes, firmam o presente instrumento em..... vias, de igual teor, juntamente com as testemunhas abaixo.

Porto Alegre,.....de.....de. ...

Cedente

Cessionário

Testemunhas:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 156-162, 1972

PARECER N.º 2045/CGE

I. ESCOLA DE POLÍCIA. REMUNERAÇÃO DE SEUS PROFESSORES.

- A nenhum funcionário público civil estadual é lícito, em condições ordinárias de serviço, prestar mais de 55 horas semanais de trabalho.
- Normas a serem seguidas pela Escola de Polícia na remuneração de seus professores.

II. GRATIFICAÇÕES ADICIONAIS. SERVIDOR POLICIAL. FUNÇÕES GRATIFICADAS.

- A partir da edição do novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei n.º 6.194, de 15 de janeiro de 1971), não têm mais os servidores policiais direito a computarem as funções gratificadas, no cálculo das gratificações adicionais por tempo de efetivo serviço público.

1. Pelo Ofício n.º 2186/71-Gab. DGA, de 23 de outubro de 1971, dirigido ao Exmo. Sr. Consultor-Geral do Estado, encaminha a esta Consultoria-Geral o Exmo. Sr. Secretário da Segurança Pública os processos 12.304/71 e 1328/71 daquela Secretaria de Estado (originariamente processos 26.343/71 e 59.395/70, respectivamente, da Secretaria da Fazenda), com a solicitação de que este órgão consultivo dê jurídica solução a matéria que nos mesmos se contém, anunciada como sendo, essencialmente, a divergência de entendimentos entre aquela Secretaria e o Tesouro do Estado, quanto à situação do corpo docente da Escola de Polícia e à forma de pagamento dos honorários devidos aos seus integrantes.

2. A leitura do ofício introdutório ao processo 12.304/71-SSP, dirigido pelo Exmo. Sr. Secretário da Segurança Pública ao seu colega titular da Secretaria da Fazenda, nos revela, no entanto, que o presente expediente implica em duas questões bem diversas, e que, além desta referente ao pagamento de honorários aos professores da Escola de Polícia, outra questão também se põe,

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

de novo uma divergência de entendimentos entre aquela Secretaria e o Tesouro do Estado, através da 1.^a Secção de sua Diretoria da Despesa, quanto ao cálculo das gratificações adicionais. Tal segunda divergência seria atinente à interpretação dada pelo órgão fazendário ao § 2.^o do art. 75 da Lei n.^o 6.194, de 15 de janeiro de 1971, entendendo que as gratificações adicionais não incidem sobre as funções gratificadas, na conformidade do que mandou que se elaborassem as folhas de pagamento, a partir dessa referente ao mês de maio do ano passado. Acompanha o ofício em referência cópia do parecer emitido, na matéria, pela Assessoria Técnico-Administrativa da Secretaria da Segurança Pública, através do Consultor Jurídico JOSÉ CARLOS SCHROEDER, o qual nos dá, bem claras, as origens das duas questões sub examine:

"I — Noticia-nos o expediente em epígrafe o recebimento de uma comunicação da Chefia da 1.^a Secção da Despesa do Tesouro do Estado, na qual está inserida a solicitação de que lhe seja fornecido o atestado de horário de cada professor da Escola de Polícia e que, tal solicitação, prende-se à aplicação das disposições contidas no art. 11 da Lei n.^o 4.937/65, no caso daqueles que exercem aquela tarefa docente na Escola de Polícia.

II — Comunica, também, o supra-referido Memorando que, de acordo com inteligência dada ao § 2.^o do art. 75 da Lei n.^o 6.194, deverá ser suspenso o pagamento da incidência da Gratificação Adicional sobre o valor da Função Gratificada percebida por servidor policial, inclusive, operando-se o recolhimento de importância assim recebidas desde janeiro último." (fls. 7)

3. Na continuação de seu parecer, o qual cremos espelhar o entendimento dado na matéria, pela Secretaria da Segurança Pública, insurge-se o seu autor, quanto ao primeiro dos problemas focados, contra a aplicação do art. 11 da Lei n.^o 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, ao tipo de relação que vincula a Escola de Polícia e os servidores públicos integrantes de seu corpo docente. E argumenta que, na espécie, pelo exercício daquela docência, em razão de ato designatório do Exmo. Sr. Secretário da Segurança Pública (art. 56 do Decreto n.^o 14.457, de 6 de dezembro de 1962, o qual aprova o Regulamento da Escola de Polícia), não

se dá ocupação de cargo público (e nem provimento em cargo público, por força da mesma designação), pelo que descabe falar-se em acumulação de cargos.

4. Quanto ao segundo dos problemas em exame, qual seja esse da incidência, ou não, das gratificações adicionais sobre as funções gratificadas, argumenta a Secretaria da Segurança Pública, pela pena do Consultor Jurídico acima nomeado, que a extinção do direito de fazer incidir as gratificações adicionais sobre as funções gratificadas, por ser uma medida restritiva, somente se poderia fazer através de uma proibição "expressa e taxativa", visto se tratar de um "direito caracterizado e pré-existente", ou ainda de um "Direito anteriormente concedido". Ademais, depois de invocar o art. 3.^o do novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, o qual dispositivo manda aplicar "aos servidores da Polícia Civil, em tudo que não contrariar esta Lei, o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado", conclui o parecer em tela da seguinte forma, verbis:

"Assim, não tendo o § 2.^o do art. 75 da Lei n.^o 6.194/71 expressamente extinto a incidência das gratificações adicionais sobre as funções gratificadas, deve permanecer e prevalecer o comportamento anterior embasado em legislação complementar — assim expressamente referida — de plena vigência.

Por fim, entendemos que se não houve determinação expressa para incidir a gratificação adicional sobre as funções gratificadas é exatamente porque isso já vem sendo feito, não foi objeto de alteração e, também, tendo em vista que o instituto da função gratificada não é objeto de apreciação do Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei 6.194/71)." (fls. 11)

5. A diretoria de Despesa do Tesouro do Estado, informando o presente expediente, quanto à primeira das questões controvertidas, essa dos honorários dos professores da Escola de Polícia, limitou-se a anexar integral cópia xerográfica do processo n.^o 1328/71-SSP; e, quanto ao outro problema, reafirmou sua interpretação, mediante simples invocação da letra estatutária, a qual somente se refere ao "vencimento básico do padrão, acrescido dos quinquênios correspondentes" (§ 2.^o do art. 75 da Lei n.^o 6.194, de 15 de janeiro de 1971). Apenas mais esclareceu, ao final, "que esta providência (sobrestação do pagamento de inci-

dência das gratificações adicionais sobre as funções gratificadas) foi adotada a partir de 1.º/5/1971, não tendo sido cogitado o recolhimento do período anterior (1.º/1 a 30/4/1971), a não ser quando do pagamento das demais vantagens estabelecidas pela Lei n.º 6.194/71 (fls. 12/13).

6. O processo n.º 1328/71-SSP, por sua vez, introduz-se por um ofício da 1.ª Secção da Diretoria da Despesa, dirigido ao Chefe do Serviço de Pagamento de Pessoal, ambos do Tesouro do Estado, no qual, com a informação de se haver verificado, ao serem reexaminadas as correspondentes folhas de pagamento, "que há funcionários designados para exercer funções de Professor de Escola de Polícia cujos regimes de horário, relativos aos cargos que detêm, correspondem a 44 ou 55 horas semanais de trabalho" (fls. 35), ao que se acresce a constatação feita, naquele reexame, de "que o número de aulas incluídas em folha é maior do que o correspondente ao limite máximo de 55 horas semanais de trabalho, determinado pela Ordem de Serviço n.º 10/69, do Sr. Governador do Estado (fls. 34), opina-se "pela remessa do expediente à Secretaria da Segurança Pública, com a sugestão de que nos planejamentos dos cursos, e na fixação dos horários de aulas, sejam observadas as normas legais estabelecidas pela Lei n.º 4.937/65, Decreto n.º 14.457/62 e Ordem de Serviço n.º 10/69, do Sr. Governador do Estado, solicitando, outrossim, que, ao início do próximo ano letivo, a folha de pagamento dos Professores da Escola de Polícia seja encaminhada à Diretoria da Despesa com os respectivos atestados de horário, fornecidos pelo órgão competente." (fls. 36). Como fundamentação lê-se o seguinte:

"Para os funcionários que, no exercício de seus cargos, trabalham 44 horas semanais, poderemos fazer o seguinte raciocínio:

— O Regulamento da Escola de Polícia — Dec. 14.457, de 6/12/62, em seu art. 40 fixa em quarenta minutos a duração mínima de cada aula. Assim, para o servidor que trabalha 44 horas é permitido acrescentar mais 11, completando-se as 55 horas semanais possíveis, ou seja, mais 44 horas no mês, ou 2.640 minutos. Cabem, portanto, por mês, no máximo 66 aulas de 40 minutos cada uma (2.640:40).

Neste caso encontram-se os professores mencionados no item 1.º (Detentores de cargos de carreira policial

exercendo funções de Professores da Escola de Polícia), recebendo remuneração correspondente a número de aulas maior do que o limite acima calculado (Quadro anexo)." (fls. 35)

"Os servidores constantes do item 2.º (Detentores de cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos exercendo funções de Professores da Escola de Polícia), que em dois cargos já atingem as 55 horas semanais ao exercerem também as funções de Professores na Escola de Polícia, ultrapassam este limite de horário, deixando de ser observada, desta forma, a Ordem de Serviço n.º 10/69, do Sr. Governador do Estado (Quadro anexo)". (fls. 36)

7. O processo foi, então, ao Serviço de Estudos da mesma Diretoria da Despesa, onde foi reafirmada a verificação feita de "descumprimento legal pelo pagamento de horas excessivas de trabalho", e isso "SEGUNDO ATESTADOS DE EFETIVIDADE que justificaram os pagamentos". Ao mesmo tempo era lá juntado mais de um quadro exemplificado do que se alegava, onde se pode constatar a ocorrência de situações esdrúxulas, como essas do Delegado de Polícia J. M. e do Escrivão de Polícia E. M. M., os quais, sujeitos a um regime de 44 horas semanais, trabalharam, respectivamente, 67 e 85 horas semanais, o que corresponde, no caso do primeiro, a um horário de trabalho das 08,00 horas às 23,24 horas, com duas horas para as refeições, e no caso do segundo, a um horário que inicia às 07,00 horas e vai até a meia-noite, sem qualquer intervalo; e ainda essa do professor A. S. V., sujeito a um regime de 55 horas semanais, e que trabalhava 75 horas semanais, isto é, quinze horas por dia, das 08,00 horas às 23,00 horas, sem intervalo.

8. O expediente teve, em continuação, diversa tramitação, no curso da qual foi à Escola de Polícia, onde recebeu substancial informação de seu Diretor. De novo foi, agora por essa autoridade, afirmada a inocorrência da hipótese trazida pelo art. 11 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, qual seja a de acumulação de cargos, com o conseqüente descabimento da invocação de inobservância da Ordem de Serviço n.º 10/69, do Exmo. Sr. Governador do Estado: os professores da Escola de Polícia não teriam sido admitidos para exercer uma nova função, em caráter permanente, mas apenas designados para o exercício de uma atividade eventual, a qual depende do plano escolar, de ni-

mero de alunos e da natureza do curso que se pretende ministrar. Quanto aos professores que não são originários do quadro policial, e que já estão submetidos a um regime de trabalho de 55 horas semanais, alega-se ser o número de horas do mesmo regime apenas válido para os efeitos de avaliação de cargos, portanto de natureza ficta, "não correspondendo ao exercício real de horas de trabalho". Ao final, pede o Diretor da Escola de Polícia seja ouvida a Consultoria-Geral do Estado.

9. Em ambos os processos despachou, então, o Superintendente dos Serviços Policiais, de forma igual, opinando pela remessa dos mesmos à Consultoria-Geral do Estado, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Secretário da Segurança Pública. Vieram os autos a esta Consultoria-Geral, onde foi solicitada a baixa em diligência, para que fossem juntados ao presente expediente, pela Escola de Polícia, "relativamente aos anos de 1970 e 1971, os horários dos Cursos de Formação havidos, em todos os seus níveis, com a indicação do número de aulas semanais por disciplina e por professor responsável pela mesma, tal como foram, para os anos letivos em referência, fixados ao seu início pela Congregação (art. 39 do Decreto n.º 14.457, de 06 de dezembro de 1962); bem como os horários dos Cursos de Aperfeiçoamento, havidos no mesmo período, com a indicação da carga horária que lhes corresponderam, e dos professores, que os ministraram" (fls.). A diligência solicitada foi exaustiva e exemplarmente cumprida, voltando os autos, mantida a distribuição original, ao Gabinete de Assessoramento Jurídico.

É o relatório.

10. A simples leitura do relatório, que se fez longo exatamente por tratar de dois expedientes relativos a bem diversa matéria, conduz de plano à necessidade de abordar separadamente as duas questões propostas, como se fará a seguir.

I.

11. Não é a Escola de Polícia uma aspiração recente do administrador público estadual, pois que, já ao ser editado o anterior Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Estado (Lei n.º 1.752, de 23 de fevereiro de 1952), lá se previa, no seu art. 50, que o Poder Executivo deveria providenciar na sua criação, organização e instalação:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

"Art. 50 — Dentro do prazo de 180 dias a contar da data da promulgação desta lei, o Poder Executivo providenciará na criação, organização e instalação da Escola de Polícia."

12. Embora não tivesse sido dado cumprimento a essa norma, não significou isso que tivesse diminuído a necessidade da criação da Escola de Polícia, e o interesse do mesmo da administração pública em, através dela, selecionar, aprimorar e aperfeiçoar os seus quadros policiais. Por isso mesmo, quase um ano mais tarde, ao ser reorganizada a Polícia Civil do Estado, por força da Lei n.º 2027, de 3 de janeiro de 1953, lá se dispôs novamente sobre a Escola de Polícia, de forma mais minuciosa, e que foi a seguinte:

"Capítulo X — Da Escola de Polícia

Art. 33 — A Escola de Polícia é destinada a aperfeiçoar os conhecimentos técnicos, bem como a elevação do nível intelectual e moral dos servidores, necessários ao bom desempenho das funções policiais.

Art. 34 — A Escola manterá os seguintes cursos:

- a) Superior, para Delegados, Comissários e peritos;
- b) Secundário, para Inspetores, Escrivães, Fiscais, Telegrafistas e Inspetores Auxiliares;
- c) Elementar, para Motoristas, Guardas Civis e de Trânsito.

Parágrafo único — A Escola terá uma Secretaria e será organizada na forma do regulamento próprio do estabelecimento.

Art. 35 — O Corpo de Professores será constituído preferencialmente de servidores do Departamento (de Polícia Civil), sempre que possível diplomados em escolas superiores e, quando necessário, de profissionais de notória capacidade.

Art. 36 — A Escola de Polícia terá uma congregação à qual compete elaborar o regimento interno e resolver sobre os casos não previstos no regulamento respectivo."

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

13. O Decreto n.º 5634, de 8 de novembro de 1954, ao aprovar o Regulamento Geral do Departamento de Polícia Civil, excluiu a Escola de Polícia, no entanto, do cargo de suas disposições. Somente bem mais tarde, através do Decreto n.º 14.457, de 06 de dezembro de 1962, veio essa de ter o seu Regulamento aprovado.

14. Quanto aos cursos ministrados pela Escola de Polícia, bem claramente se depreende do que ali foi regulamentado, que a instalação dos mesmos se faz com grande flexibilidade, vinculada expressamente "às exigências do serviço policial", em conformidade do que foi indicado pelo Conselho Coordenador (art. 10), um dos órgãos integrantes da organização administrativa da Escola de Polícia (art. 6.º, II e art. 9.º). Os cursos serão, ou de **Formação**, destinados ao ingresso nas diferentes carreiras e cargos do Departamento de Polícia Civil, ou de **Aperfeiçoamento**, destinados ao aprimoramento dos conhecimentos profissionais dos servidores do Departamento de Polícia Civil (art. 19). Quanto aos primeiros, dispõe o art. 20 do Regulamento em leitura:

"Art. 20 — Os Cursos de Formação se distribuem, segundo seus níveis, da seguinte maneira:

CURSOS SUPERIORES: Delegado de Polícia, Médico-Legista, Perito Criminalístico, Perito Criminalístico Químico, Perito Criminalístico Engenheiro, Químico Toxicologista e Perito Médico Examinador.

CURSOS SECUNDÁRIOS: Inspetor de Polícia, Escrivão de Polícia, Fiscal de Policiamento, Fiscal de Trânsito, Papiloscopista, Datiloscopista, Fotógrafo, Preparador Toxicologista e Radiotelegrafista.

CURSOS ELEMENTARES: Auxiliar de Necrópsia, Motorista Policial, Guarda Civil e Guarda de Trânsito."

15. Considerando a sua destinação específica, que é aquela referida ao ingresso nas diferentes carreiras e cargos do Departamento de Polícia Civil, estão expressamente relacionados o número de vagas em cada Curso de Formação com o número de vagas existentes nos quadros funcionais do Departamento de Polícia Civil, o qual será comunicado pela Chefia de Polícia, hoje Superintendência dos Serviços Policiais, à Direção da Escola. (art. 24)

16. Ora, tudo isso demonstra a já acima apontada flexibilidade na instalação dos cursos, que não somente se exprime na vin-

culação às exigências do serviço policial, cujo conteúdo mesmo são as vagas existentes nos quadros funcionais do Departamento de Polícia Civil, mas também na grande liberdade que a lei e o regulamento deixaram à Escola para a sua auto-organização. De fato, ficou à Congregação a fixação da duração do ano letivo e dos cursos (art. 30), a aprovação dos programas das diversas disciplinas (art. 31), e, ainda, a fixação do número de aulas semanais em cada disciplina, considerados a extensão da matéria e os interesses da especialização profissional (art. 39). E, de outra parte, integram essa flexibilidade e essa disponibilidade, no se auto-organizar, a própria instalação dos Cursos de Aperfeiçoamento, tal como regulados no art. 21, **verbis**:

"Art. 21 — Os Cursos de Aperfeiçoamento, destinados aos Servidores do Departamento de Polícia Civil, poderão ser:

- a) **de Extensão:** destinados à intensificação de estudos de uma parte ou da totalidade das disciplinas de qualquer Curso de Formação;
- b) **Avulsos:** de ensino de matéria não incluída nos Cursos de Formação, mas com ela relacionada;
- c) **Livres:** de assuntos gerais."

17. Cremos que a própria necessidade de manter essa flexibilidade levou o legislador, no art. 36 da Lei 2.027, de 3 de janeiro de 1953, acrescido das mais condições trazidas pelas diversas alíneas do art. 55 do Regulamento baixado com o Decreto n.º 14.457, de 6 de dezembro de 1962, a não estruturar o corpo docente da Escola de Polícia através da criação de cargos específicos para o magistério policial, os quais seriam lotados na mesma Escola, mas sim pelo aproveitamento preferencial de servidores do próprio Departamento de Polícia Civil, sempre que possível diplomados em Escolas Superiores. Quando tal não fosse possível, e havendo necessidade, poderia recorrer a Escola de Polícia a profissionais de notória capacidade, os quais teriam, tanto quanto os servidores, tudo na forma do art. 56 do Decreto acima citado, os seus nomes indicados privativamente pelo Diretor da Escola, e, uma vez aprovada a indicação pela Congregação, seriam designados para o exercício do magistério em referência, por portaria do Secretário da Segurança Pública.

18. Ora, o que fica assim bem claro é que não há cargos a serem ocupados, nem muito menos provimento nos mesmos, mas tão-só uma designação para o exercício do magistério na Escola de Polícia. Correspondentemente, são os professores, de que aqui se trata, remunerados de forma outra, pela atividade de magistério que exercem, que aqueles professores ocupantes, na órbita estadual, de cargos públicos de professor, integrados no Serviço de Educação e Cultura do Quadro Geral dos Funcionários Públicos (art. 24 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965). Assim foi que, não lhes cabendo vencimento, pois que não havia ocupação de cargo público, falou o Decreto n.º 14.457, de 6 de dezembro de 1962, em "remuneração (...) por aula efetivamente dada, fixada no respectivo horário" (art. 58), a qual remuneração ficou entregue à futura previsão legal. Tal forma de remuneração por aula efetivamente dada, quanto aos professores da Escola de Polícia que, concomitantemente, eram funcionários públicos, somente poderia encontrar o fundamento legal de que necessita, por sua condição menor de regra contida em decreto, a nosso ver, no inciso VII do art. 67 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, *verbis*:

"Art. 67 — Ao funcionário, além do vencimento, serão deferidas as seguintes vantagens:

..... "omissis"

VII — honorários, quando designado para exercer, fora do período normal a que estiver sujeito, as funções de auxiliar ou membro de banca e comissões de concurso ou prova e professor de cursos legalmente instituídos;" (sublinhei)

19. Outra não foi a interpretação dada pelo legislador estadual, visto que, ao estabelecer a encomendada determinação legal dos níveis remuneratórios dos professores da Escola de Polícia, por aula efetivamente dada, veio de utilizar a expressão **honorários**, como bem se lê no art. 43 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965:

"Art. 43 — O pagamento de honorário por aula dada pelos professores da Escola de Polícia corresponde a 1/50 (um cinqüenta avos) do vencimento básico dos padrões 15 e 14 do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, quando lecionarem, respectivamente, nos cursos de nível superior e secundário, e a 1/80 (um oitenta avos) do vencimento básico do padrão 11, quando ministrarem aula de curso de nível elementar."

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

20. O novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, no entanto, esteve certamente atento às dificuldades de coadunação entre a figura estatutária da remuneração mediante honorários — a qual parece mesmo estar a exigir uma certa eventualidade e transitoriedade do exercício das funções docentes de que se tratar, do qual o colorido extraordinário se exprime pelo fato de se fazer fora do período normal a que estiver sujeito o funcionário — e o caráter permanente que o exercício do magistério assumiu para os professores da Escola de Polícia, como condição de possibilidade para o próprio funcionamento daquele estabelecimento de ensino. É inegável que a Escola de Polícia não poderia nunca atender às finalidades, que informaram a sua criação, se estivesse vinculada, na constituição de seu corpo docente, a um exercício eventual e transitório por parte dos professores que fosse buscar nos quadros funcionais do Estado, policiais ou não, na forma do que se pretende com a norma estatutária acima referida.

O próprio Decreto n.º 14.457, de 6 de dezembro de 1962, marcando o caráter permanente que poderia ter o exercício das funções docentes na Escola de Polícia, por imprescindível que assim fosse, estabeleceu que haveria continuidade da remuneração inclusive durante as férias, e ainda no decurso de licença para tratamento de saúde, correspondendo o seu valor à média aritmética dos pagamentos feitos ao professor, por essa sua específica atividade, durante o ano letivo (art. 58). Por isso mesmo, em continuação do que acima escrevemos, atento o novo Estatuto dos Servidores Policiais a essas dificuldades de enquadramento legal da forma de remuneração dos professores da Escola de Polícia, os quais também funcionários policiais fossem, veio de acolher, no elenco das vantagens que concede aos servidores da Polícia Civil, uma assim chamada **gratificação de professor** (art. 76, parágrafo único, IV, da Lei n.º 6.194, de 15 de janeiro de 1971). Essa gratificação, que é uma dessas denominadas especiais, isto é, "atribuídas aos servidores da Polícia Civil, em decorrência do exercício de funções ou cargos específicos, bem como de situações especiais" (art. 76, da Lei n.º 6.194, de 15 de janeiro de 1971), destina-se exclusivamente aos professores da Escola de Polícia, na forma da definição que lhe deu o Estatuto em referência:

"Art. 30 — A gratificação de professor será devida, por aula efetivamente dada, aos professores da Escola de Polícia, nos seguintes termos:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

I — Professores do Curso de Nível Superior — 1/40 do vencimento básico do cargo de Delegado de Polícia de 2.^a classe;

II — Professores do Curso de nível médio — 1/40 do vencimento básico do cargo de Delegado de Polícia de 1.^a classe;

III — Professores do Curso de nível primário ou elementar — 1/40 do vencimento básico do cargo de Inspetor ou Escrivão de Polícia de 4.^a classe.

§ 1.^o — A gratificação de que trata este artigo é assegurada, no período de férias escolares, ao professor que tiver exercido as suas funções por prazo não inferior a seis (6) meses consecutivos, correspondendo o seu valor à média aritmética da gratificação mensal recebida, durante o ano letivo.

§ 2.^o — Será considerada como aula ministrada aquela que não for dada por motivos alheios à vontade do professor.”

21. Consequência dessa inovação legal é, no entanto, de que os professores da Escola de Polícia, que não forem “servidores da Polícia Civil”, tal como definidos no art. 2.^o da Lei n.^o 6.194, de 15 de janeiro de 1971, continuarão sendo remunerados na forma do art. 43 da Lei n.^o 4.937, de 22 de fevereiro de 1965. De fato, a Lei n.^o 6.194, de 15 de janeiro de 1971, no seu art. 1.^o, ao trazer consigo o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, diz que o mesmo “institui as normas relativas à situação dos servidores da Polícia Civil, regula o provimento de cargos e fixa os deveres e obrigações, direitos e vantagens e o regime disciplinar que lhes corresponde”. Vale dizer, é uma lei especial, que somente se aplica aos servidores da Polícia Civil, tal como definidos por ela mesma, em seu art. 2.^o. Tal caráter é repisado, por sua vez, no art. 72 do mesmo diploma legal, onde se dispõe que as gratificações, por tempo de serviço ou especiais, são atribuídas “aos servidores da Polícia Civil, pelo efetivo exercício das funções de seus cargos.” (sublinhei). E, por fim, ao definir as gratificações especiais, entre as quais se inclui a gratificação de professor (art. 76, parágrafo único, IV), reza o art. 76 do Estatuto dos Servidores da Polícia Civil que são essas “as atribuídas aos servidores da Polícia Civil, em decorrência do exercício de funções ou cargos específicos, bem como de situações especiais, definidas nas disposições subsequentes.” (sublinhei) Assim sendo, a Lei n.^o 6.194, de 15 de janeiro de 1971, veio de revogar o art. 43 da Lei

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

n.^o 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, apenas parcialmente, ao retirar de sua esfera de aplicação os servidores da Polícia Civil, quando dispôs sobre a forma de serem esses remunerados, mediante a gratificação especial de professor, pelo exercício do magistério na Escola de Polícia. Os demais professores dessa mesma Escola, que não forem servidores da Polícia Civil, e que não estiverem, portanto, incluídos na esfera de aplicação da Lei n.^o 6.194, de 15 de janeiro de 1971, continuarão sendo remunerados a teor do art. 43 da Lei n.^o 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, o qual, em relação a esses professores, conserva a sua plena vigência.

22. Dessarte, remunerados os professores da Escola de Polícia, ou mediante a gratificação especial de professor, se concomitantemente forem servidores da Polícia Civil, ou mediante honorários a teor do art. 43 da Lei 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, quando não se incluírem na esfera de aplicação do novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, sem que haja provimento de cargo público, como já antes se disse, não há por que falar em acumulação de cargos, a qual fosse vedada pelo art. 11 da mesma Lei n.^o 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, e ainda pela Ordem de Serviço CGE 10/69, do Exmo. Sr. Governador do Estado. Daí não decorre, no entanto, que não exista um limite máximo de horas de trabalho semanais, o qual não seja permitido ao funcionário ultrapassar, independentemente de haver ou não acumulação de cargos. A limitação temporal da duração do trabalho, no seu triplice aspecto da jornada, da semana e do ano, como expressão do direito ao repouso, não decorre da condição de funcionário público, e nem mesmo da condição de cidadão, visto que se pode dizer, de um modo geral, “que os servidores públicos têm os mesmos direitos reconhecidos aos cidadãos, porque cidadãos também o são, apenas com certas restrições exigidas para o desempenho da função pública.” (cf. HELY LOPES MEIRELES, in “Direito Administrativo Brasileiro”, 1966, 2.^a ed., p. 388). Mais ainda, o direito ao repouso, geralmente fundamentado apenas com razões de natureza biofisiológica, social ou econômica, decorre, em última análise, da própria dignidade da natureza humana. “Ao trabalho humano se comunica a própria dignidade espiritual do homem. Como objeto de comércio jurídico, a energia humana não se pode confundir com os demais bens”. (cf. RUY CIRNE LIMA, in “Princípios de Direito Administrativo”, 1964, 4.^a ed., § 20, I, pág. 159) Dessarte, ainda que somente tenha encontrado explícita acolhida constitucional no que se re-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

fere ao trabalho privado (art. 165, incisos VI a VIII, da Constituição Emendada de 1969), surge o direito ao repouso, e a decorrente limitação temporal da duração do trabalho, como um desses casos de direito e garantia individuais não especificados nos §§ 1.º a 35 do art. 153 da vigente Carta Constitucional, mas meridianamente contido na disposição do § 36 do mesmo art. 153. Direito e garantia esses a constituírem um princípio de ordem pública, do qual se pode dizer ser uma dessas "limitações inderrogáveis" da disciplina de necessidade do trabalho público, cuja existência refere, genericamente, o mestre RUY CIRNE LIMA (art. e ob. cit., § 20, I, pág. 160). Em suma, um princípio de ordem pública, tanto inderrogável pelo Estado, como irrenunciável pelo seu titular, consequência da dignidade do homem e do seu trabalho, não interessando se adjetivado como público ou privado.

23. Já o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, trazido pela Lei n.º 711, de 23 de janeiro de 1937, estabelecia limites à duração temporal do trabalho público estadual, quando dispunha, no seu art. 69, que "os funcionários trabalharão, todos os dias úteis, até o máximo de oito horas, com intervalo para refeição e repouso, segundo horários estabelecidos no regulamento de cada repartição." Posteriormente, com a complexificação da organização administrativa, deixou o vigente Estatuto ao Governo a determinação do período de trabalho diário das repartições, do número de horas diárias de trabalho para cada função, e ainda, para uma e outra, o regime de trabalho em turnos, quando for aconselhável, indicando o número certo de horas de trabalho exigíveis por mês, respeitada a legislação em vigor (art. 73, incisos I a III). Inegável é, pois, o reconhecimento, pela legislação estatutária estadual, da necessidade de estabelecer um limite máximo de duração temporal do trabalho público. A nós parece meridiano ser esse o conteúdo do artigo 11 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, ainda que de forma indireta. Assim como esse mesmo diploma legal, no seu art. 5.º, ao estabelecer regimes especiais de trabalho para os cargos classificados no Nível Superior, partia de regra geral implícita de que, em todos esses cargos, o horário mínimo é de 22 horas semanais, estabeleceu também, no seu art. 11, que a nenhum funcionário público civil do Estado é lícito, nessa condição, trabalhar mais de 55 horas por semana. Fê-lo de forma indireta, como ficou acima dito, ao admitir a acumulação de cargos, permitida nos termos da legislação em vigor (art. 99 e seus parágrafos da Cons-

tituição Emendada de 1969), somente "quando o total de horas de trabalho fixadas para os dois cargos em questão não ultrapassar a 55 horas semanais". Pois que não teria sentido fazê-lo em forma direta, por exemplo, expressamente vedando a prestação, no serviço público estadual, de mais horas de trabalho que 55 horas por semana, quando não há, no sistema classificado de cargos do Estado, nenhum desses que, em sua especificação de classe, exija uma tal carga horária. Mesmo aos regimes especiais de trabalho "A" e "B", previstos no art. 5.º da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, não correspondiam mais do que, respectivamente, 33 e 44 horas semanais de trabalho.

24. De sua parte, o regime especial de trabalho "C" (art. 5.º da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965), denominado de **dedicação exclusiva**, ainda que tenha como pressuposto a ampliação da jornada de trabalho, mas não essa ampliação como causa de vantagem pecuniária, não quer significar que a ele corresponda, por exemplo, hipoteticamente, uma carga horária de 55 horas por semana. Como bem demonstra HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., pág. 404), trata-se aqui, tanto no regime de tempo integral como nesse de dedicação plena, tecnicamente tomados, de vantagem pecuniária **ex facto officii**. Na Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, o regime especial de trabalho "B", erroneamente dito "de tempo integral" (art. 8.º e seus parágrafos), não passa de uma maior ampliação da carga horária semanal de trabalho, mais 11 horas que o regime de 33 horas semanais, com a correspondente majoração de vencimentos. O regime dito "de dedicação exclusiva" (Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965: "Art. 10 — O regime de dedicação exclusiva é privativo das funções de pesquisa científica e de laboratório e é incompatível com o exercício cumulativo de cargos, empregos ou funções, bem como de qualquer atividade pública ou privada"), por sua vez, é uma figura mista, construída pela junção das restrições, dos regimes de tempo integral e dedicação plena, tal como entendidos pela doutrina: "A diferença entre o regime de **tempo integral** e o de **dedicação plena** está em que, naquele, o funcionário só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função em qualquer outro emprego parti-

cular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena." (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., págs. 407/408) A maior retribuição dos que trabalham nesse regime de dedicação exclusiva, portanto, não se faz como contraprestação de maior horário de trabalho (hipoteticamente, por exemplo, o máximo legal de 55 horas semanais), mas como uma compensação pelas restrições do cargo mesmo. Aliás, a Lei n.º 6.193, de 11 de janeiro de 1971, no § 3.º do art. 1.º, ao extinguir a gratificação correspondente ao regime de trabalho de 33 horas semanais, para manter o regime especial "A", ou de 44 horas semanais, e o regime "B", ou de dedicação exclusiva, não mais designou aquele primeiro regime como sendo de tempo integral, como o fizera erroneamente, na forma acima vista, a Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965. Operou, assim, mais uma "correção vocabular ou de nomenclatura", além daquela já apontada pelo eminente Consultor Jurídico ALMIRO DO COUTO E SILVA, em seu Parecer sob n.º 1899/CGE, de 31 de agosto de 1971, desta Casa, quanto à natureza de vencimento que tinha "a gratificação" decorrente de "convocação automática", no sistema da Lei n.º 4.937". (Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971, vol. 1, n.º 1, pág. 91)

25. Em resumo, podem ser mantidas as afirmativas iniciais, de que nenhum cargo, no sistema classificado, ordinariamente, mesmo quando exercido sob forma de regime especial de trabalho, atinge a carga horária de 55 horas semanais, o que, portanto, somente é atingido esse limite horário mediante acumulação de cargos. Com a consequência e a coerência de só ser necessário ao legislador estabelecer o limite máximo de duração do trabalho público estadual de forma indireta, isto é, vedando as acumulações de cargos cujas exigências horárias, somadas, ultrapassassem 55 horas de trabalho por semana. O que não significa, no entanto, que não valha a regra na sua forma direta, tornando ilícito ao funcionário, mesmo quando não houver acumulação de cargos, a prestação de horas de trabalho excedentes desse máximo legal, havendo hipótese em que tal se efetive.

26. A primeira consequência a tirar dessas premissas é a de que nenhum funcionário público, o qual já haja comprometido a sua carga horária de trabalho em 55 horas semanais, poderá lecionar na Escola de Polícia. A vedação atinge a todos aqueles funcionários, normalmente integrantes do Quadro Geral, que exercem cumulativamente dois cargos, sendo um em regime de

22 horas e outro de 33 horas semanais. Quer-nos parecer que nem mesmo a hipótese do inciso VII do art. 67 do Estatuto estadual, qual seja a do exercício de funções de professor de cursos legalmente instituídos, mediante remuneração honorária, poderá ter aqui aplicação. Admitida essa, no entanto, que o seja em termos restritivos, exigida a máxima eventualidade do exercício das funções de que se trata, em período de tempo curto e bem delimitado. Ao contrário do regime de dedicação exclusiva, que, para os efeitos de magistério, ainda mais em instituto escolar de própria Administração estadual, poderia ser excepcionado na forma do § 1.º do art. 10 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, não admite a norma do art. 11 dessa mesma lei, hoje substituída por esta trazida no § 5.º do art. 1.º da Lei n.º 6.193, de 11 de janeiro de 1971, em condições ordinárias de prestação de serviço público, qualquer desvio do que ali se dispôs.

27. A segunda consequência é a de que os funcionários públicos, servidores policiais ou não, que não estejam na situação acima referida, no item anterior, somente poderão lecionar na Escola de Polícia pelo tempo que dispuserem além do regime horário normal do cargo ou dos cargos de que forem detentores, até o limite máximo de 55 horas semanais. Para tal cálculo deverá ser levada em conta, evidentemente, a ocorrência de convocação para regimes especiais de trabalho, quando tanto se der. Decorre disso, sobretudo, que os servidores policiais, integrantes do Quadro dos Funcionários Policiais (art. 46 da Lei n.º 4.914, de 31 de dezembro de 1964, com as alterações do art. 4.º da Lei n.º 4.936, de 17 de fevereiro de 1965), somente poderão dispensar ao magistério, na Escola de Polícia, 11 horas semanais de exercício, por força mesmo do parágrafo único do art. 7.º da Lei n.º 4.936, de 17 de fevereiro de 1965, onde se fixa "o horário mínimo de trabalho a que estão sujeitos os integrantes das carreiras policiais" em 44 horas por semana.

28. Improcede, de outra parte, o argumento aduzido pelo Diretor da Escola de Polícia, em sua valiosa Informação de folhas 50 a 54, quando refere que "nos casos do magistério estadual, os regimes de 22 ou 33 horas semanais existem para efeito de avaliação de cargos e são "fictos", não correspondendo ao exercício real de horas de trabalho" (fls. 51). Ora, a situação é exatamente a inversa, pois o que se afirma nos arts 13 e 14 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, é, respectivamente, que, "para efeito de avaliação do trabalho de magistério, os regimes de 10

a 12 e de 16 a 18 aulas semanais considerar-se-ão equivalentes, respectivamente, às 22 e 33 horas semanais fixadas para os cargos classificados no nível Superior do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado" (art. 13), e ainda que "o horário de 22 horas semanais, atribuído aos Professores integrantes do Nível Principal, é equivalente, para fins de avaliação do trabalho, ao regime de 33 horas fixado para outros cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado" (art. 14). Ou seja, bem entendeu o legislador que, pela natureza mesma do cargo, às horas de aulas efetivamente dadas corresponde maior exercício real da função de magistério, qual maior carga horária deve também merecer avaliação. Para que tanto se esclareça, basta a leitura da Justificação que acompanhou o projeto de lei, do qual nasceria essa sob n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965:

"O art. 13 considera os regimes de 10 a 12 e de 16 a 18 aulas semanais, dos cargos de magistério, equivalentes, respectivamente, às 22 e 33 horas semanais fixadas para os demais cargos classificados no Nível Superior.

A equivalência se justifica tendo em vista que, além das aulas, o professor, de acordo com as condições de trabalho constantes das respectivas especificações de classe, tem as seguintes atividades obrigatórias:

I — no estabelecimento: reuniões da Congregação, do Conselho Técnico-Administrativo e dos Departamentos; reuniões para tratar de problemas específicos das disciplinas que leciona; comissões de exames e provas; comissões sobre assuntos de Educação e ensino em geral;

II — fora do estabelecimento: organização e planejamento de provas e trabalhos; correção de provas e trabalhos; escolha dos procedimentos didáticos e preparação das aulas a serem ministradas.

No art. 14 estabelece-se a equivalência entre o horário de 22 horas semanais, atribuído aos professores integrantes do Nível Médio, e o de 33 horas fixado para outros cargos.

Esta medida encontra justificativa no fato de que, além do período de trabalho de 22 horas semanais no

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

estabelecimento, o professor tem outras atividades obrigatórias, tais como organização, planejamento e correção de provas e trabalhos, preparo de aulas, elaboração de planos e diários de classe, preparo e confecção de material didático, conforme consta das especificações de classe." ("Coletânea de Legislação de Pessoal", 1965, vol. I, pág. 160)

Aplicado o mesmo critério à Escola de Polícia, ter-se-ia situação bem diversa dessa pretendida por seu Diretor, visto que, aos professores que, concomitantemente, fossem servidores policiais, tomados por exemplo, se deveria avaliar as 11 horas permitidas de magistério semanal como equivalentes, no mínimo, a 22 horas por semana, com o que estariam os mesmos trabalhando 66 horas semanais, em flagrante violação do limite de máximo, para tais efeitos até aqui sempre considerado.

29. Verifica-se, por fim, compulsando os numerosos horários anexados ao presente expediente, em cumprimento de diligências requeridas por esta Consultoria-Geral, que, em alguns casos examinados, a título de amostragem (pois que nem se compadeceria com a natureza de um parecer deste órgão consultivo efetivar semelhante verificação, de forma exaustiva e completa), a remuneração por aula efetivamente dada, quando há coincidência de horários de uma disciplina em diversos cursos de um mesmo nível, ou em diversas turmas de um mesmo curso, é feita de forma múltipla, na proporção dos cursos ou turmas reunidas. Trata-se, no entanto, de procedimento errôneo e irregular, pois que a remuneração depende da aula efetivamente dada, não interessando se foi ministrada a mais cursos ou turmas em conjunto, por ser de disciplina comum a diversos cursos do mesmo nível, ou comum a diversas turmas do mesmo curso. O art. 33 do Decreto 14.457, de 06 de dezembro de 1962, quando dispõe que "as disciplinas comuns aos cursos do mesmo nível serão ministradas em conjunto aos respectivos alunos, atendendo às conveniências recomendadas em relação ao número de componentes das diferentes turmas", não pretende com isso criar duplo critério da remuneração dos professores da Escola de Polícia, quais sejam este da aula efetivamente ministrada, e esse do número de cursos ou turmas que foram reunidos. O dispositivo em questão é apenas mais um dos que buscam dar flexibilidade à estruturação e organização da Escola de Polícia. Não altera, em nada, no entanto, o critério remuneratório dos seus professores, que é

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

e permanece um só: a aula efetivamente dada. O qual critério, aliás, também parece ser de difícil compatibilização com os Cursos de Aperfeiçoamento, quando realizados por correspondência.

30. De todo o exposto, entendo:

- a) que os professores da Escola de Polícia, os quais, concomitantemente, sejam servidores policiais, serão remunerados mediante a **gratificação especial de professor**, devida por aula efetivamente dada, na forma do art. 30 da Lei 6.194, de 15 de janeiro de 1972;
- b) que os professores da Escola de Polícia, os quais, não sejam servidores policiais, ainda que funcionários públicos civis integrantes de outros quadros funcionais da Administração estadual, serão remunerados mediante **honorários**, devidos por aula efetivamente dada, na forma do art. 43 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965;
- c) que a nenhum funcionário público civil estadual é lícito, em condições ordinárias de serviço, prestar mais de 55 horas semanais de trabalho, por força do art. 11 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965;
- d) que, conseqüentemente, é vedado ao funcionário público civil estadual, que já houver comprometido a sua carga horária em 55 horas semanais de trabalho, lecionar habitualmente na Escola de Polícia;
- e) que, conseqüentemente, os demais funcionários públicos civis estaduais, inclusive servidores policiais, os quais não estejam incluídos na hipótese do item anterior, somente poderão lecionar na Escola de Polícia pelo tempo que dispuserem além do regime normal do cargo ou dos cargos de que forem detentores, até o limite máximo de 55 horas semanais de trabalho;
- f) que a remuneração dos professores da Escola de Polícia, mediante gratificação especial ou honorários, obedece somente a um critério, qual seja o da aula efetivamente dada, independentemente de haver sido a mesma ministrada a mais cursos ou turmas em conjunto, por ser de disciplina comum a diversos cursos do mesmo nível, ou a diversas turmas do mesmo curso;
- g) que, por fim, deve a Escola de Polícia dar atendimento à solicitação feita pelo Tesouro do Estado, no sentido de serem encaminhados à Diretoria da Despesa desse

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

órgão fazendário, ao início dos diversos períodos letivos, juntamente com as folhas de pagamento dos professores da mesma Escola, os atestados de horário dos Cursos de Formação e de Aperfeiçoamento a serem ministrados, com a indicação do número de aulas semanais por disciplina e do professor ou professores responsáveis pela mesma.

II

31. Quanto ao problema da incidência das gratificações adicionais sobre as funções gratificadas, teve esse sua origem com a edição do novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, o qual dispôs, em seu art. 75 e parágrafos, da seguinte forma:

“Art. 75 — Os servidores da Polícia Civil, perceberão as gratificações adicionais de 15% e 25% sobre o vencimento, a partir da data em que completarem, respectivamente, quinze (15) e vinte e cinco (25) anos de efetivo serviço público.

§ 1.º — A concessão da gratificação de 25% faz cessar imediatamente a percepção da de 15%, antes concedida.

§ 2.º — As gratificações adicionais de 15% e 25%, **incidirão sobre o vencimento básico do padrão**, acrescido dos quinquênios correspondentes sempre que for o caso, consoante preceitua a legislação vigente.” (sublinhei)

32. Não dispunha o anterior Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Estado (Lei n.º 1.752, de 23 de fevereiro de 1952) sobre a matéria. A conseqüência foi a de irem os servidores policiais buscar abrigo, baseados no art. 2.º de sua norma estatutária (a qual lhe mandava aplicar, onde contrariedade legal não houvesse, o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado), no art. 110 e seus parágrafos da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952. Regula esse art. 110, para os funcionários públicos estaduais, a percepção das gratificações adicionais de 15% e 25% **sobre o vencimento**, e junto a ele não se encontra nenhum parágrafo ou disposição outra que ao mesmo se refira, e que contenha a restrição ora trazida pelo § 2.º do art. 75 da Lei n.º 6.194, de 15 de janeiro de 1971, no sentido de incidirem as gratifica-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

ções adicionais apenas sobre o vencimento básico do padrão, acrescido dos quinquênios correspondentes. Os parágrafos do art. 110 em exame, por sua vez, referem-se, praticamente, só ao cômputo de tempo de serviço. cremos, por isso, ser esse o direito alegado como "caracterizado e pré-existente", e ainda como "anteriormente concedido", a que se refere a Secretaria da Segurança Pública, na defesa de seu entendimento de que incidem as gratificações adicionais também sobre as funções gratificadas, embora não faça essa remissão expressa a texto legal, mas apenas genérica invocação de legislação complementar.

33. Assim sendo, não há como negar razão à Secretaria da Segurança Pública, no sentido de haver direito anteriormente concedido ao cômputo das funções gratificadas no cálculo das gratificações adicionais, mas é igualmente inegável o acerto de interpretação dada, na espécie, pelo Tesouro do Estado, no sentido de se haver revogado, pela nova redação do § 2.º do art. 75 do Estatuto do Servidor da Polícia Civil do Estado, aquele benefício anteriormente autorizado aos servidores policiais. A expressão "vencimento básico do padrão" é taxativa no excluir o cômputo de qualquer gratificação, a não ser os quinquênios, para os quais a norma legal abriu exceção. Desde a edição da Lei 6.194, de 15 de janeiro de 1971, não têm mais os servidores policiais direito a computar as gratificações de função no cálculo das gratificações adicionais de 15% e 25% *ex facto temporis*, em face da vedação expressa para tanto contida no § 2.º do art. 75 da mesma norma estatutária. Essa já é orientação firmada por esta Consultoria-Geral, através do excelente Parecer n.º 858/DAJ, de 11 de julho de 1969, da lavra do Consultor Jurídico JOSÉ FRANCISCO CHAVES CIRNE LIMA, a qual, se antes beneficiava os servidores policiais, volta-se agora contra eles, por força única da edição de seu novo Estatuto:

- "a) O vocábulo vencimentos compreende, *lato sensu*, não só o vencimento básico, como também as gratificações especiais percebidas pelo funcionário;
- b) tendo a gratificação adicional como base de cálculo o vencimento, entendido *lato sensu*, acompanhando-lhe as oscilações é possível completar-se como vencimentos outras gratificações percebidas pelo funcionário;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 163-185, 1972

- c) sempre que o Legislador quer restringir o sentido amplo de vencimentos ele o faz explicitamente, referindo-se ao vencimento básico do cargo do funcionário."

No mesmo sentido, apenas que mais recentemente, reafirmou-se essa orientação, através do Parecer n.º 1888/UAJ, de 13 de agosto de 1971, do Consultor Jurídico JOSÉ CARLOS TORRES MILLER.

34. De todo o exposto, entendo que, com a edição da Lei n.º 6.194, de 15 de janeiro de 1971, não têm mais os servidores policiais direito a computar os vencimentos percebidos no exercício de funções gratificadas, no cálculo das gratificações adicionais de 15% e 25%, por tempo de efetivo serviço público, na forma do art. 75 e seu § 2.º dessa mesma Lei.

É o parecer.

Porto Alegre, 6 de abril de 1972.

Manoel André da Rocha
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2102/CGE

RECLASSIFICAÇÃO — INATIVOS — SÚMULA.

— As reclassificações de cargos públicos efetuadas dentro da Reforma Administrativa Estadual, implicando em alteração de denominação e padrão remuneratório funcionais, mas também do conteúdo ocupacional dos mesmos cargos, não aproveitam aos funcionários aposentados anteriormente às mesmas, a não ser na ocorrência de norma expressa de extensão de seus benefícios aos inativos.

— Aplicação da Súmula n.º 38 do Supremo Tribunal Federal.

Por requerimento dirigido ao Exmo. Senhor Secretário da Administração, em 1.º de dezembro de 1971, o senhor F. G., As-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 185-189, 1972

essor Administrativo, padrão 14-9, matrícula n.º 7189, havendo sido inativado como Chefe da Secção de Estatística do Departamento Estadual de Compras, e por isso mesmo havendo incorporado aos seus proventos de aposentadoria a Função Gratificada padrão FG-4, que àquele cargo correspondia, vem agora solicitar a revisão desses mesmos proventos, para que lhe sejam pagos com base em Função Gratificada padrão FG-8, na forma de alteração que teria sido trazida pelo Decreto Estadual n.º 20.879, de 07 de janeiro de 1971. De fato, integrado na implantação da Reforma Administrativa Estadual, alterou o Decreto Estadual referido, no seu art. 1.º, a denominação e o padrão de diversos cargos do Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas do Serviço Civil do Estado, todos lotados no Departamento Central de Administração do Material, da Secretaria da Administração, entre os quais a denominação e o padrão do cargo no qual se inativou o ora requerente, qual seja o de Chefe da Secção de Estatística, padrão FG-4, o qual possui a ser o de Dirigente da Equipe de Dados e Informações, padrão FG-8.

2. O processo teve tramitação regular, indo à Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, onde recebeu a Informação n.º 42/72, de 17 de fevereiro do ano em curso, favorável à pretensão do interessado, na qual se entende, com apoio no Parecer n.º 3948, de 10 de agosto de 1959, do Egrégio Conselho do Serviço Público, que "a posição ocupada pelo servidor aposentado, quando em atividade, deve ser considerada em sua evolução, como o ponto de referência imprescindível para a revisão dos respectivos proventos". (Diário Oficial do Estado, edição do dia 10/09/59) Pelo Coordenador da mesma Assessoria Jurídica foi esse entendimento aprovado, nos mesmos termos de despacho anteriormente prolatado em espécie semelhante, acolhendo a Informação n.º 351/71, de 23 de novembro do ano passado, no Processo sob n.º 18.658/71-SENA, no qual é interessado o senhor A. A. L., despacho e informação anexados por cópia. Ainda assim, no entanto, pediu o Exmo. Senhor Secretário da Administração, visando a consolidar orientação na matéria, que sobre a mesma fosse ouvida esta Consultoria-Geral. Os autos vieram distribuídos ao Gabinete de Assessoramento Jurídico.

É o relatório.

3. O problema que se põe, na presente espécie, é o de saber se a reclassificação de cargos, importando em alteração de padrão dos mesmos e, por conseguinte, em maior remuneração de seus

titulares, estaria também abrangida pelo ordenamento constitucional do § 1.º do art. 102 da Constituição Emendada de 1969, pelo qual se manda revisar os proventos da inatividade "sempre que (...) se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade". Ou, dito de outra forma, pergunta-se aqui sob qual ponto de vista e em que medida ficou excepcionado, pela regra expressa antes referida, o princípio reconhecido de que as aposentadorias se regem pelo direito vigente ao tempo de sua concessão. Este, e somente este: a maior remuneração decorrente da alteração de padrões dos cargos reclassificados constitui o verdadeiro conteúdo, enquanto única eficácia patrimonial, do assim chamado direito à reclassificação, quando pretendido por funcionário inativado.

4. Assim posta a questão, quer-me parecer que a única exceção admitida ao princípio de que a aposentadoria se rege pela lei vigente ao tempo de sua concessão é a da revisão dos vencimentos dos funcionários em atividade, entendida tecnicamente essa revisão em termos apenas quantitativos, isto é, puro acréscimo (ou puro decréscimo), mandado por lei, das quantias pagas pelos cofres públicos a título de vencimento ou remuneração funcionais. De outra parte, se o aumento de vencimento ou remuneração funcionais se deve a razões também de ordem qualitativa, isto é, reclassificação do cargo público, com alteração de seu padrão, dentro do sistema classificado de cargos públicos vigente, atingindo essa reclassificação o cargo do qual era titular o inativo, na época de sua aposentação, não lhe nasce por isso direito de obter a revisão de seus proventos. A própria letra constitucional, no § 1.º do art. 102, relacionou inequivocamente a citada revisão de proventos ao "motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda", o qual pressuposto meridianamente inexistente na reclassificação de cargo público, simples parcela de uma reformulação de organização administrativa do serviço público. Mas, mais ainda, não há sentido nenhum em falar, quanto aos inativos, em reclassificação de cargos, pois que, ainda que esses participem da condição de funcionário público, em uma de suas várias modalidades (cf. RUY CIRNE LIMA, in *Princípios de Direito Administrativo*, 4.ª ed., 1964, § 20, IV, 16, pág. 178/179), não titulam mais cargos que possam ser reclassificados, e do qual a reclassificação de alguma forma se lhes garantisse. Bem pelo contrário, o que o texto constitucional quis assegurar aos inativos foi apenas a revisão decorrente da alteração só quantitativa dos vencimentos dos funcionários em atividade, por motivo de des-

valorização monetária, e nunca a alteração também qualitativa, em decorrência de reclassificação. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer a Súmula n.º 359, expressamente excepcionou a revisão, e não a reclassificação, nos seguintes termos:

“359. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.”

5. Mais longe ainda, no entanto, no deslinde da presente matéria, foi o Supremo Tribunal Federal, pois que, na sua Súmula n.º 38, ao estabelecer que “reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado”, expressamente distinguiu a reclassificação de uma simples majoração de vencimentos, ainda que essa possa ser uma decorrência eficaz daquela, para restringir a reclassificação somente aos funcionários em atividade, e assim rejeitar qualquer interpretação extensiva do princípio da revisão dos proventos dos inativos. O acerto da presente consolidação jurisprudencial bem reside em que a reclassificação de cargo, normalmente, implica em mais do que simples alterações nominalísticas de denominação e padrão funcionais, vale dizer, implica em novo conteúdo ocupacional, que já não é aquele desempenhado pelo servidor aposentado. Exato exemplo disso é a própria espécie *sub examine*, pois que, dentro da Reforma Administrativa Estadual, da qual é parcela o Decreto n.º 20.879, de 07 de janeiro de 1971, não se correspondem mais, pelas funções neles contidas, o antigo cargo de Chefe da Seção de Estatística, padrão FG-4, e o cargo reclassificado de Dirigente da Equipe de Dados e Informações, padrão FG-8. Pelo que, em conclusão, pode ser tomada pela Administração Pública estadual, como regra geral, a de que as reclassificações de cargos efetuadas dentro da Reforma Administrativa não aproveitarão aos funcionários aposentados anteriormente às mesmas, a não ser na ocorrência de norma expressa de extensão de seus benefícios aos inativos.

6. De todo o exposto, concluo que as reclassificações de cargos públicos efetuadas dentro da Reforma Administrativa Estadual, implicando em alteração de denominação e padrão remuneratório funcionais, mas também do conteúdo ocupacional dos mesmos cargos, não aproveitam aos funcionários aposentados ante-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 185-189, 1972

riormente às mesmas, a não ser na ocorrência de norma expressa de extensão de seus benefícios aos inativos; pelo que deve ser indeferida a pretensão do requerente aqui interessado.

É o parecer.

Porto Alegre, 26 de maio de 1972.

Manoel André da Rocha
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2067/CGE

ABONO-FAMÍLIA — Benefício devido a filho adotivo. Aplicação de legislação peculiar à Brigada Militar do Estado.

Solicita a Brigada Militar do Estado o pronunciamento desta Consultoria-Geral a fim de que seja informado se menor registrada como filha adotiva de militar reformado terá direito ao abono familiar, de acordo com a legislação em vigor. A guiza de esclarecimento, alertam que, na certidão que instrui o processo, “a mãe aí consignada não é a esposa legítima” do militar em questão.

Compõem os autos ofício em que se formula o pedido e uma certidão fornecida pelo Oficial do Registro Civil da Comarca de Dom Pedrito. Do instrumento consta que, naquele Cartório, “se encontra o assentamento referente ao nascimento de M. X. B., cor branca, sexo feminino, nascida no dia vinte e um de novembro de mil novecentos e cinquenta, filha adotiva de H. da S. B., brasileiro, militar reformado, casado, e de T. B. X., labores domésticos, brasileira, natural deste Estado, residente nesta cidade. Avós maternos: J. A. X. e E. B. X. ... OBSERVAÇÃO — A presente certidão foi extraída da AVERBAÇÃO existente ao lado do respectivo registro.”

É o relatório.

A norma legal, geral, instituidora da vantagem — Lei n.º 2.605, de 25 de janeiro de 1955, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4.937/65 (art. 48, §§ 1.º e 2.º) — consigna que os servidores públicos do Estado, civis, militares e autárquicos, bem como aos inativos, que percebem mensalmente dos cofres públi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 189-192, 1972

cos, por quaisquer títulos, importância não superior ao limite que estipula, é assegurado o direito à percepção de um abono familiar:

- a) por filho menor de 14 anos, legítimo, adotivo, ou natural, desde que legalmente reconhecido;
- b) por filho maior de 14 anos e menor de 21, legítimo, adotivo ou legalmente reconhecido, que não exerça atividade remunerada;
- c) por enteado, nas mesmas condições fixadas para os filhos nos itens "a" e "b";
- d) por filho inválido, de qualquer idade, que seja comprovadamente incapaz para exercer qualquer atividade remunerada;
- e) pela esposa, desde que não seja servidora do Estado ou de autarquia ou que, por qualquer título, não perceba rendimentos de qualquer natureza superiores ao abono estipulado nesta lei."

Para a percepção do benefício, condiciona, o predito diploma, que as pessoas relacionadas vivem na dependência e às expensas do servidor e que os filhos e enteados, de 7 a 14 anos de idade, tenham frequência escolar, comprovada semestralmente.

Limitando o legislador, taxativamente, na Lei n.º 2.605, a concessão do abono aos filhos legítimos, adotivos, ou naturais, desde que legalmente reconhecidos, conseqüentemente dela foram excluídos os filhos espúrios — adulterinos ou incestuosos, pela impossibilidade de prova de filiação pelos meios admitidos em Direito e válida para esse fim.

Como se sabe, os filhos ilegítimos, com exceção dos incestuosos e dos adulterinos, podem ser reconhecidos no próprio termo do nascimento lançado no registro civil, mediante escritura pública ou por testamento. "O reconhecimento, entretanto, é completamente nulo, não produzindo efeito algum, diz Pontes de Miranda, quando o filho reconhecido for incestuoso ou adulterino, por ser impossível o objeto do ato."

Da certidão do registro de nascimento e adoção, anexada aos autos, nada induz recaia a menor na situação excludente do artigo 1.º, da mencionada Lei n.º 2.605, ou, de outra forma, aquele instrumento público não traz em seu bojo nenhum elemento que prove seja ela filha adulterina ou incestuosa. Ao contrário, por ter sido adotada, logicamente, deve o seu pai adotivo ter preenchido todos os requisitos legais e necessários, perante o

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 189-192, 1972

Oficial do Registro Civil, para a consecução desse fim, merecendo fé pública, até prova em contrário, o ato emanado por aquele serventuário de justiça. Além do que, como preleciona Eduardo Espínola, "a adoção tem a virtude de colocar o adotado na situação de filho legítimo. O filho adotivo tem, portanto, o direito de usar o nome do adotante, a ocupar em toda a plenitude a posição do filho." (in "A Família no Direito Brasileiro" pág. 443)

Mesmo que assim não fosse, novos horizontes abriu ao instituto em estudo o legislador estadual, tornando-se mais liberal e alargando o campo de incidência do mesmo, agora, no que diz respeito aos servidores policiais-militares.

Com efeito, a promulgação da Lei n.º 6.196, de 15 de janeiro do ano de 1971 — Código de vencimentos do Pessoal da Brigada Militar — o abono familiar foi considerado como o auxílio em dinheiro, pago ao Policial-Militar para custear, em parte, a educação e assistência a seus filhos e outros dependentes (art. 49).

A exemplo do que já vinha sendo concedido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, que concedia a referida vantagem — sob o título de "salário-família" — aos "filhos de qualquer condição" dos servidores federais, da mesma forma, foi entendido pelo citado diploma, em seu art. 97, que "são considerados dependentes do Policial-Militar, para os efeitos deste Código, desde que vivam às suas expensas, sob o mesmo teto e quando expressamente declarados na sua respectiva Organização:

- 1 — esposa;
- 2 — viúva de Policial-Militar, enquanto permanecer neste estado;
- 3 — filha e enteada solteira;
- 4 — filho e enteado menores de 24 anos, desde que não tenham meios de subsistência e comprovem sua situação de estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino oficial ou particular;
- 5 — pessoal que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos, comprovados mediante justificação judicial."

Compreendendo no benefício "os filhos de qualquer condição" ou, simplesmente, "filhos", como foi determinado recentemente pela nova norma legal, aí estão abrangidos os "legítimos e os ilegítimos, desde que reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente (Cód. Civil, art. 355), pois que são, em tudo, equi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 189-192, 1972

parados aos legítimos (art. 352). O benefício estende-se, igualmente, aos filhos adotivos que são os adotados como filhos por pessoa maior de 30 anos e que seja, pelo menos, 16 anos mais velho que o adotado e desde que, sendo casado o adotante, tenha decorrido cinco anos de casamento”, como sustenta J. Guimarães Menegale, em sua obra “O Estatuto dos Funcionários”, vol. I, pág. 388.

Outra inovação do predito Código reside no fato de que, enquanto no diploma anterior a viúva recebia “cinquenta por cento do abono auferido pelo servidor falecido” (art. 11), com o disposto no parágrafo único, do art. 96, do atual, “o abono familiar será sempre pago integralmente.”

Diante do exposto, S.M.J., não há como se negar direito ao militar reformado, da Brigada Militar, H. da S. B., de percepção do abono de família, relativamente à sua filha adotiva M. X. B., desde que faça prova de que ela permanece em estado de solteira; que viva às suas expensas e em sua companhia; e que essa situação seja do conhecimento, “expressamente declarado”, da Unidade da Brigada Militar onde venha percebendo seus proventos de inatividade.

É o nosso parecer.

Porto Alegre, 17 de abril de 1972.

Emílio Rodrigues
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2049/CGE

REENQUADRAMENTO.

Lei n.º 4.317, de 22 de junho de 1962.

Pedido formulado a destempo: prescrição das prestações atingidas pela quinquenária.

A. C. A. B., A. M. G., O. L. de C., C. H. M., P. de O. D., M. A. C., E. C., G. V. e J. C. C. M., Oficiais Escreventes do Instituto Rio Grandense do Arroz, requereram, em 19 de março de 1965, o seu enquadramento como Oficiais Administrativos, Padrão 6, com fundamento no art. 22 da Lei n.º 4.317, de 22 de junho de 1962.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 192-200, 1972

Já anteriormente H. O. solicitara idêntica vantagem, em requerimento datado de 3 de julho de 1962.

Tanto em um processo como no outro, as pretensões manifestadas deixaram de ser acolhidas, como se vê a fls. 90 e 77 dos autos. Não há qualquer elemento dentro do processo indicativo de que os requerentes tivessem tido ciência das decisões denegatórias das vantagens pleiteadas. Encontra-se, apenas, a esse propósito, uma cópia de carta que teria sido endereçada a H. O., mas sem qualquer indicação do efetivo recebimento do original por parte do funcionário interessado.

Inobstante isso, em 19 de outubro de 1967, voltam os mesmos servidores à Presidência do IRGA para “reiterar o pedido de reenquadramento no cargo de Oficial Administrativo.”

Esse último processo, após demorada tramitação, tendo colhido manifestações favoráveis e desfavoráveis, recebeu na Secretaria de Estado dos Negócios da Administração uma informação em que se reconhecia aos postulantes bem como a outros funcionários o direito ao reenquadramento pleiteado, a qual foi aprovada pelo Senhor Secretário da Administração, nos termos do despacho de fls. 41, que mandava a autarquia, “se assim o entender”, lavrar a respectiva Resolução, que deverá, depois, ser submetida à apreciação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado.

Retornando o processo à autarquia, por terem surgido dúvidas com respeito à prescrição de débitos pretéritos e com o fim de ser minutada uma “Resolução da Diretoria” criando os cargos necessários ao reenquadramento pleiteado, foi determinada a ouvida da Procuradoria Jurídica do IRGA.

Nesse Parecer se lê:

“

8 — Diante do reconhecimento, embora tardio, das condições que os fazem beneficiários da disposição invocada, há de ter-se o seu enquadramento como automático, eis que categoricamente determinado, pelo que se pode inferir da redação do art. 22, da Lei n.º 4.317, de 22 de junho de 1962.

9 — Mas, em tendo tardado o reconhecimento das condições para declaração do direito, este não se desfigurou nem se despiu dos efeitos que lhe são próprios e, correlatamente, conseqüentes, a não ser se alcan-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 192-200, 1972

çados estes pela prescrição quinquenária — termo legal, que limita a possibilidade de percepção dos efeitos patrimoniais decorrentes de direito do particular contra a Administração pública ...” (fls. 55/56)

Acostada a esse Parecer encontra-se uma minuta de resolução que, criando os cargos necessários e reenquadrando nos mesmos os Oficiais Escreventes da autarquia, prescreve em seu art. 4.º que, “revogadas as disposições em contrário, esta Resolução entra em vigor nesta data, retroagindo seus efeitos patrimoniais à data em que alcançarem a prescrição quinquenária.”

Entretanto, antes de qualquer decisão da Diretoria do IRGA, ingressam os postulantes com um recurso ao Senhor Governador do Estado objetivando "... o seu reenquadramento em cargos de Oficial Administrativo — e, por via de consequência, lhes outorgue, de pronto, o pagamento das vantagens pecuniárias correspondentes, observado o disposto no art. 4.º, da minuta de Resolução, apensa ao Parecer” a que acima se aludiu.

Segundo os autos dão notícia, em 30 de novembro de 1970 o Diário Oficial do Estado publicou o despacho do Senhor Governador que dava acolhida à pretensão manifestada pelos postulantes, determinando fossem lavrados os atos respectivos.

Em razão disso, o IRGA, através de sua Diretoria, editou a Resolução n.º 11/70 reenquadrando os seus Oficiais Escreventes no almejado cargo de Oficial Administrativo.

Entretanto, o art. 4.º dessa Resolução não reeditou a disposição contida na minuta, estatuinto, apenas, que “revogadas as disposições em contrário, esta Resolução entra em vigor nesta data” (fls. 176).

Foram, assim, excluídos os benefícios pretéritos que a minuta de Resolução pretendia preservar ao estabelecer que, “revogadas as disposições em contrário, esta Resolução entra em vigor nesta data, retroagindo seus efeitos patrimoniais à data em que alcançarem a prescrição quinquenária” (fls. 57).

Diante disso, retornam os interessados com a petição de fls. 167 requerendo “sejam retificados os atos atinentes aos seus reenquadramentos em cargos de Oficial Administrativo, de sorte a deferir-lhes retroação, no que tange aos seus respectivos efeitos patrimoniais — a contar, regressivamente, de 30 de novembro de 1970, quando foi publicado, no Diário Oficial, o competente despacho do Senhor Governador do Estado — à data em que alcançarem a prescrição quinquenária...”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 192-200, 1972

A Procuradoria Jurídica da autarquia manifesta-se favoravelmente ao postulado entendendo, mesmo, que, face ao que se contém no art. 4.º do Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenária, “deveriam ser pagas aos peticionários, não só as vantagens solicitadas, mas, também, todas as demais que lhes seriam devidas, a partir da vigência da lei que os beneficiou”. Acrescenta, porém, o Parecer que “cabe ao administrador público não decidir “ultra petita” e deferir, se a tanto se sentir autorizado, apenas e tão-somente, o que foi objeto de petição, tendo em vista, em especial, a faculdade de livre disponibilidade e exercício de direitos, legalmente reservada a qualquer cidadão” (fls. 179).

Na Secretaria da Administração este Parecer foi integralmente acolhido, como se verifica pela Consulta de fls. 185 usque 200, remetendo-se, então, o processo à Casa Civil do Governo do Estado, onde a Assessoria Jurídica e Legislativa propôs fosse ouvida esta Consultoria-Geral com o objetivo de se esclarecerem os seguintes pontos entendidos obscuros:

1 — O art. 22 da Lei n.º 4.317, de 22 de junho de 1962, segundo seus termos, constitui direito ao reenquadramento?

2 — Os efeitos patrimoniais do enquadramento retroagem à data da Lei?

3 — Pode a Administração Pública decidir **ultra petita**, ou somente nos estritos termos da petição-recurso dos interessados?”

B. A Lei n.º 4.317, de 1972, traz, em vários dos seus dispositivos, a eiva de inconstitucionalidade. Muitas vezes os nossos Tribunais se manifestaram pela inconstitucionalidade de dispositivos legais que conferiam estabilidade e efetividade a funcionários independentemente de concurso público, com afronta ao que dispunha a nossa Constituição de 1947 em seu art. 201.

Todavia a Lei n.º 4.317 em questão jamais foi contestada, não tendo sido levada ao crivo do judiciário e, pelo contrário, foi amplamente aplicada pela Administração que, inclusive, lhe deu lata interpretação, de molde a aplicá-la em casos por ela não abrangidos como este processo está a mostrar, fartamente.

Os próprios peticionários são um exemplo da assertiva: como se viu acima, eles mesmos afirmam que “é público e notório, dentro desta Casa, que há muitos anos não é feito concurso público ou prova de habilitação” para o cargo de Oficial Escrevente.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 192-200, 1972

Inobstante isso, lograram eles o reenquadramento em cargos de Oficial Administrativo, graças a expressa manifestação favorável da Secretaria da Administração, como antes já se referiu.

Ora, se é fato inconteste que a lei teve ampla aplicação, conferindo-se o benefício do reenquadramento em cargos de Oficial Administrativo a todos os Oficiais Escreventes dos Quadros da Administração do Estado, não seria razoável que agora se fosse pensar em contestar a validade de tal dispositivo de lei, ou dos atos emergentes da sua liberal interpretação, de molde a se revisar esses mesmos atos praticados iterativamente pela Administração Pública.

Manifestando-se em caso análogo, ao se defrontar com evidente inconstitucionalidade contida na Lei Federal n.º 4.069/62, assim se manifestou o Consultor-Geral da República:

“... não se trata, no momento, de apreciar esse aspecto da questão, o que teria sido indicado no início da vigência do discutido preceito. A Lei n.º 4.069, de 1962, nos pontos indicados, já produziu profundos e extensos efeitos, nos quadros do funcionalismo federal. Criaram-se situações que não podem ser agora desfeitas, sob pena de graves e imprevisíveis consequências no seio da classe dos servidores públicos, com inevitáveis reflexos no funcionamento da máquina administrativa. É, de resto, o que ocorre com a série de Leis que efetivaram milhares de interinos, ao arrepio do mandamento constitucional próprio.” (Parecer H-226 do Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, in “Pareceres da Consultoria-Geral da República”, Tomo II, pág. 159)

Não foi outra a manifestação do eminente Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, então Consultor-Geral do Estado, no Parecer n.º 10, de 7 de fevereiro de 1966, quando examinou problema idêntico ocorrido com a edição e aplicação da Lei n.º 3.839, de 5 de outubro de 1959. Refere esse Parecer que “estabeleceu-se, segundo certa corrente doutrinária, que, “assim como, em direito privado, se protege o ato jurídico, em cuja engendração se insinuou algum vício, mantendo-se-lhe, em parte, os efeitos produzidos, malgrado a sua anulação pelo órgão judiciário”, — no plano do direito público, igual providência cabe quanto ao ato inconstitucional. Da mesma maneira como se há de tutelar, na

esfera do direito privado, em determinados casos, o ato aparente, entende a doutrina que não qualifica como nula e nenhuma a lei inconstitucional, importa seja estendida aos atos em desconformidade com a Constituição igual proteção. Se, na ordem privatista, dentre outras razões, argui-se a necessidade de proteger a *boa-fé* dos que tiveram como perfeito ou regular o ato, que se veio a declarar nulo, no direito público, raciocina-se com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados.”

O mesmo Parecer, invocando a autoridade do Professor JOÃO LEITÃO DE ABREU, observa que “quaisquer que sejam, porém, as explicações articuladas, a verdade é que, no fundo, são todas influenciadas, conscientemente ou não, pela idéia de que os fatos, em virtude de sua própria energia, impõem-se ao reconhecimento da ordem jurídica. Se é indiscutível que esta, pelas injunções normativas, influi nos comportamentos, sujeitando-os aos seus esquemas, é irrecusável, por outro lado, que os próprios comportamentos, reagindo, por vezes, contra as pautas, que lhes são prescritas pela ordem jurídica, seguem o seu próprio caminho, indiferentes às diretrizes que esta lhes assina. Pode a ordem jurídica, sem dúvida, hostilizar esses comportamentos e até perseguir, com medidas drásticas, os seus protagonistas. É o sistema jurídico levado, no entanto, a admiti-los como criadores de situação que merece tutela, quando a negativa de proteção for prejudicial à tranqüilidade da ordem, que o direito, antes de tudo, quer garantir nas relações sociais. Nesse caso, a proteção da ordem jurídica não lhes é dispensada, porque tenham sido os indivíduos, nos seus comportamentos, autorizados a criar tais situações, mas porque, estas, pela sua própria energia, forçaram o sistema jurídico a admitir-lhes os efeitos. As normas jurídicas instituídas de maneira irregular não tiram, pois, a sua eficácia de habilitação recebida pelo órgão que as editou para desviar-se das regras estabelecidas, de modo expresso, no direito positivo, quanto ao desempenho da sua atividade. A sua eficácia jurídica resulta, antes, dos próprios fatos, não sendo impróprio afirmar-se, para usar a expressão romana, que o direito, nessa hipótese, é criado *rebus ipsis et factis*.” (apud “A Validade da Ordem Jurídica”, págs. 162/163)

A consequência que se há de tirar daí, ainda nas palavras do predito Parecer, é a de que “se é certo que os atos administrativos podem ser anulados pela própria autoridade que os praticou, ou de maior graduação, quando contrários à Constituição ou à lei, ... não menos exato é que, segundo esse princípio, há

limites ao poder de revisão do ato administrativo, pela própria Administração. A par do direito adquirido de terceiro, a necessidade de o Estado garantir clima de **segurança** nas relações sociais e na ordem jurídica, a **presunção de legitimidade**, dos atos da Administração, robustecida **notadamente pelo transcurso de largo trato de tempo** desde a prática do ato inquinado de vício, aconselham a manutenção de situações jurídicas novas decorrentes de atos embora contaminados de ilegalidade ou inconstitucionalidade, e, pois, a sua não-decretação de insubsistência."

In casu, há de se dar acolhida a esses ensinamentos de molde não só a aceitar a eficácia da lei em exame, no dispositivo destacado, como aceitar a subsistência dos atos que decorreram de sua interpretação.

Assentado isso, cumpre examinar se o questionado dispositivo legal se dirigiu apenas aos funcionários pertencentes à Administração centralizada ou se, ao contrário, teve por escopo atingir também o pessoal autárquico. Em outras palavras, cuida-se de saber se as autarquias tinham ou não a faculdade de ajuizar da oportunidade do reenquadramento determinado na lei, ou se esta, ao contrário, era imperativa. E isso porque, a se entender que a lei não teve endereço aos autárquicos, não se lhes poderia reconhecer a subjetivação de direito a tal reenquadramento, enquanto o ente autárquico, através dos seus órgãos competentes, não editasse norma receptiva da disposição, de forma a abranger os seus próprios quadros funcionais.

Parece não haver dúvida de que o dispositivo foi endereçado também aos servidores das autarquias, de forma ampla e geral. O parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 4.317/62, não deixa dúvidas quanto a isso. Segundo ele "o reenquadramento de que trata o artigo abrange todos os quadros funcionais da Administração estadual...", não dando margem a uma exegese restritiva que viesse a situar os autárquicos fora da abrangência do benefício outorgado, isto é, como não contidos nos quadros funcionais da Administração estadual.

A própria autarquia a que pertencem os reclamantes assim entendeu ao editar a Resolução n.º 19, de 28 de novembro de 1962, como se vê do documento que se contém a fls. 159 do processo. Através de tal Resolução, na qual se invoca expressamente o art. 22 da Lei n.º 4.317/62, e através da qual se reenquadrou um Oficial Escrevente em cargo de Oficial Administrativo, se fez retroagir os seus efeitos à data da lei que instituiu tal vantagem.

O documento de fls. 160, constituído da Apostila originada da prefalada Resolução, não denuncia outro entendimento.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 192-200, 1972

Diante disso é forçoso reconhecer que os atos de reenquadramento praticado pelas autarquias nada mais foram do que meros atos executivos, vale dizer, nada mais representaram do que atos de execução da lei e cuja prática a mesma lei impôs como dever (cf. RUY CIRNE LIMA, in "Princípios de Direito Administrativo", págs. 90/91).

Constituindo-se tais atos em um dever da administração, é evidente que a sua concretização independeria de acionamento por parte dos interessados, isto é, não estariam eles obrigados a peticionar para que a administração conferisse os meios materiais tendentes a lhes propiciar os frutos de um direito que se subjetivou por ocasião da edição da norma contida na prefalada Lei n.º 4.317/62.

Todavia, tendo a administração se mantido inerte, competia aos interessados agir no resguardo dos seus interesses e, para fazê-lo na órbita administrativa, deveriam respeitar o prazo prescricional estatuído no art. 199 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, que nada mais faz do que reproduzir a regra contida no art. 6.º do Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

Não observado tal prazo, como ocorreu na espécie, o entendimento da doutrina e da jurisprudência pátrias tem sido no sentido de que a reclamação administrativa não tem o efeito de interromper a prescrição.

Dessa sorte, e uma vez que no caso em exame não se inclui a apreciação do ato governamental que acolheu o pedido de reenquadramento dos postulantes, partindo-se desse ato, há de se considerar que as prestações mensais decorrentes da nova posição dos servidores do IRGA, reenquadrados em cargo de Oficial Administrativo, só lhes poderão ser reconhecidas dentro do quinquênio imediatamente anterior à declaração do seu direito de reenquadramento, tal como postulam.

Segundo entendemos, esse é o fundamento de se recusar prestações anteriores ao aludido quinquênio já que não merece agasalho, "data venia", a afirmação contida em mais de uma passagem destes autos de que a administração não pode decidir **ultra petita**. Tal regra é de direito processual civil e não encontra acolhida no Direito Administrativo. Naquele, ela é facilmente explicável pela garantia que o legislador quis conferir às partes litigantes de não se verem colhidas de surpresa, na decisão judicial, com o reconhecimento de direitos não debatidos no curso do processo. Tal princípio, como se observa, guarda estreita relação com a norma que veda ao juiz proceder de ofício.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 192-200, 1972

Outro tanto, porém, não se há de dizer com respeito à administração. Não está ela tolhida por qualquer das duas normas. Pelo contrário, jungida que está ao princípio da legalidade dos seus atos que, inclusive, se presume, quando reconhece direitos ou impõe deveres, não o poderá fazer por metade mas, sempre, por inteiro, de forma a dar integral cumprimento à lei, que é o suporte dos atos que pratica.

Este é o Parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 11 de abril de 1972.

Ney Sá
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2045/CGE

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIRETORES.

Os exercentes de cargo de direção de sociedade anônima se constituem em órgãos da pessoa jurídica, não se vinculando a ela por contrato de trabalho regido pela C. L. T.. A Lei n.º 5.107/66, instituidora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não abrange os diretores estranhos aos quadros de pessoal da empresa.

A — O Excelentíssimo Senhor Secretário de Energia, Minas e Comunicações formula Consulta sobre a “exata situação jurídica dos Diretores de Sociedades de Economia Mista”, e, particularmente, se tais Diretores se sujeitam aos ônus e benefícios do “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço” e, ainda, se lhes assiste o direito à percepção do décimo-terceiro salário, tal como a lei dispõe com respeito ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Alude-se a que “decisão relativamente recente” estendeu aos exercentes de cargos de diretoria de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de autarquias as disposições da Lei que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço desde que tais entidades se sujeitem ao regime de pessoal da C. L. T., e isso ainda quando os Diretores não pertençam aos quadros dessas entidades.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Pela documentação contida no processo, verifica-se que o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S. A. endereçou consulta à Coordenação-Geral do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tendo em vista os termos da Ordem de Serviço FGTS — POS N.º 4, de 9 de novembro de 1971, a qual mereceu contestação através do Ofício FGTS — 040/SJ/90/407/72, em que se confirma a orientação preconizada pela antes aludida Ordem de Serviço, isto é, todos os membros da diretoria das sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias, ainda que não pertencentes aos seus quadros funcionais, se considerem empregados para os efeitos da Lei n.º 5.107/66, desde que o regime de pessoal de tais entidades seja o da C. L. T.

B — As sociedades de economia mista não constituem fórmula nova, posto que suas origens remontam aos fins do século XVI e princípios do século XVII. Nessa época, em realidade, foi que na Holanda e na Inglaterra se constituíram as primeiras empresas assim organizadas, sob a denominação de Companhia das Índias Ocidentais e Companhia das Índias Orientais.

Idealizadas tais sociedades à época do Estado mercantilista, prestaram-se, admiravelmente, aos fins de uma política expansionista imperante.

Todavia, o liberalismo político e econômico, não reconhecendo ao Estado o poder intervencionista, permitiu a criação de grandes e poderosas companhias, que vicejaram no século passado e no começo deste século, substituindo as sociedades de economia mista, e passando a dominar o Estado e o mercado internacional. Nessa época, pois, a repulsa à intervenção estatal na ordem econômica veio a entravar a criação de sociedades constituídas com capitais públicos e privados.

Somente a partir do fim da 1.ª Guerra Mundial é que as sociedades de economia mista começaram a ressurgir e prosperar, particularmente na Alemanha (Gemischte Wirtschaft).

Tais sociedades, no dizer de ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, nada mais representam “que sociedades de capital, constituídas pela associação do Estado e dos particulares, com o objetivo de exercer tarefa considerada como de interesse geral” (“As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado” — Rev. Dir. Adm., 60/5).

No Brasil, tal associação entre o Estado e os particulares iniciou-se com a criação de estabelecimentos bancários, notando-se que a primeira sociedade de economia mista em nosso país foi constituída pelo Banco do Brasil, cuja fundação se deveu ao

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Alvará de 12 de outubro de 1808, do então Príncipe Regente. De então a esta data passaram elas a ser numerosíssimas no Brasil, revelando o propósito do Governo de fomentar a nossa indústria de base, para exploração da nossa matéria-prima, como é o caso da Companhia Siderúrgica Nacional, da Petróleo Brasileira S. A. — e muitas outras.

Segundo o nosso sistema legal, a fundação das sociedades de economia mista depende de iniciativa governamental, seja da União, do Estado ou do Município, através de ato legislativo singular. Isso é decorrência não só da circunstância de não existir entre nós legislação específica que disponha sobre a matéria, como, principalmente, por envolver a participação do Estado na inversão de dinheiros públicos, o que evidentemente só poderá ocorrer mediante autorização legislativa (cf. OSCAR SARAIVA, "Novas Formas da Delegação Administrativa do Estado", in *Rev. For.*, 100/234; CARLOS MEDEIROS SILVA, *Rev. For.*, 145/100; SEABRA FAGUNDES, *Rev. For.*, 146/87; ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, *Rev. Dir. Adm.*, 60/8; MIGUEL REALE, "Direito Administrativo", Ed. Forense, 1.969, p. 36).

Autorizada a constituição da sociedade e estabelecidas suas características, o processo de sua formação não difere do que é regulado pela lei comum (Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940) para a fundação de sociedades anônimas ou companhias por particulares, que resolvem obter capitais por subscrição pública. A comissão nomeada pelo Governo publica o prospecto e o projeto dos Estatutos, com observância do que estatui o Decreto-Lei aludido e, uma vez subscrito o capital, a Assembleia Geral dos subscritores é convocada para deliberar a constituição da sociedade. Arquivados no Registro de Comércio os atos constitutivos, são eles, em seguida, publicados no órgão oficial e a sociedade anônima de economia mista começa, então, a funcionar sob o império da lei comum.

Conquanto regida pela mesma lei que dispõe sobre as sociedades anônimas em geral, não é matéria pacífica, isenta de dúvidas e controvérsias, a caracterização de tais sociedades, entendendo alguns tratar-se de pessoas jurídicas de natureza privada enquanto outros defendem a sua natureza pública.

Para WALDEMAR FERREIRA

"é como pessoa jurídica de direito privado que a sociedade de economia mista se plasma, constitui-se e entra a aparecer no mundo dos negócios.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

A despeito de que seu capital se tenha formado, senão de todo, em mor parte com dinheiros públicos e que por agentes do Poder Público ela se administre, com isso não se desfigura; e sua personalidade jurídica específica se conserva, em todos os momentos e negócios, na inteireza de seus atributos e poderes" (apud ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, op. et loc. cit.).

BIELSA, porém, entende que

"cuando el Estado es mero acionista, claro que en ella prevalece el carácter de una persona de derecho privado. Pero cuando el Estado concurre a formar la entidad, como poder administrador, esta tiene que configurarse como un ente autárquico. La determinacion pues, del carácter jurídico de estas entidades, sólo puede o debe hacerse, con referencia a los elementos constitutivos esenciales de la Sociedad e empresa." (*Estudios de Derecho Público*, 1950, tomo II, págs. 108/109)

O problema, contudo, tal como foi acima referido, é bastante discutido entre os publicistas, sendo de considerar que a posição, afinal, defendida pelo já referido WALDEMAR FERREIRA e prestigiada por ALFREDO DE PAIVA consiste em que a sociedade de economia mista não se constitui em uma mera sociedade privada, por ações, esclarecendo o emérito comercialista que

"a preponderância do poder público, qual se verifica na prática brasileira da sociedade de economia mista, leva a concluir que esta, aparentemente, é sociedade anônima; mas, na sua essência e no seu funcionamento, muito mais se caracteriza como ente autárquico, por não passar de serviço público descentralizado, que a União, os Estados e os Municípios entram a explorar sob a forma de sociedade mercantil, anônima, na generalidade dos casos".

É digno de nota que, mesmo hoje, quando a Constituição Federal estabelece que as sociedades de economia mista, juntamente com as empresas públicas, "reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações" (art. 170, § 2.º), ainda não se amainou

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

a contenda. RUBEM NOGUEIRA, por exemplo, afirma que “uma interpretação sistemática e harmônica dos arts. 45, 70, § 1.º, e 170, § 2.º, revela que a Constituição absolutamente não desvinculou as empresas públicas e sociedades de economia mista de toda a subordinação às normas públicas, quando diz que “se regerão pelas normas aplicáveis às empresas privadas”.

Não pode ser esse — prossegue o mesmo jurista — o sentido daquele preceito constitucional: “adotando-o, como fazem os apologistas de um privatismo jurídico inconciliável com a nossa realidade administrativa, econômica e política, estaríamos a admitir antinomia na Constituição, o que não é boa técnica na interpretação das normas.” (Rev. Dir. Adm., 99/42)

Seja, porém, como for, indubitável é que tais sociedades, por força do dispositivo constitucional acima apontado, se regem pelas normas aplicáveis às empresas privadas, “inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”. Isso já se continha, implicitamente, no Decreto-Lei n.º 200, de 1967, cujo art. 5.º, III, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 900, de 1969, ao definir a sociedade de economia mista, assim considera “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta”.

Se por via de disposição constitucional a tais sociedades se há de aplicar a legislação trabalhista e as normas de direito das obrigações, evidentemente só no âmbito desses dois ramos do direito é que se irá procurar resposta às questões formuladas.

Segundo o nosso direito positivo, a diretoria da sociedade anônima, embora teoricamente subordinada à assembleia geral, é, de fato, o órgão mais importante da sociedade. (cf. JOÃO EUNÁPIO BORGES, in “Curso de Direito Comercial Terrestre”, 3.ª edição, p. 469)

Exerce ela, em caráter permanente, os poderes de direção e representação da sociedade. Dela, de sua idoneidade e eficiência, depende o êxito da empresa.

É certo que as sociedades anônimas valem o que vale a sua diretoria. E o fator confiança, aquele *intuitus personae* que seria o característico das sociedades de pessoas, continua a existir nas sociedades anônimas, deslocando-se apenas das relações entre os sócios, para as relações entre os acionistas e a diretoria.

Só isso está a justificar o princípio consagrado em lei de serem os diretores suscetíveis de destituição *ad nutum*, sem qualquer indenização.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Em realidade, o sistema brasileiro consagra o arbítrio da assembleia, que pode destituir o diretor “a todo o tempo”, como acentua o art. 116, sem dar motivo e sem ensejar indenização (in Rev. Forense, vol. 154, p. 272; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, Tratado, p. 51, n.º 1.186; S. VAMPRÉ, das Soc. Anônimas, p. 291, n.º 602; A. LOPES PONTES, Sociedades Anônimas, vol. 2, p. 535).

Ao propósito, discute-se em doutrina sobre a eficácia de uma cláusula estatutária que subordine a destituição dos diretores à deliberação de uma maioria qualificada do capital. Todavia, segundo entendimento da maioria, com a melhor doutrina, tal cláusula, em face da lei, é inoperante, podendo ser invalidada por decisão da maioria simples (nos termos do art. 94, do Decreto-Lei n.º 2627/40).

Anota JOÃO EUNÁPIO BORGES que

“visando precisamente a dar validade a tal cláusula o então deputado MANUEL FRANÇA CAMPOS apresentou, em 1957, projeto de lei à Câmara dos Deputados, cuja Comissão de Justiça aprovou parecer contrário de seu relator, o ilustre deputado ARMANDO ROLLEMBERG, que apresentou substitutivo ao Projeto França Campos ... no qual, embora sempre permitida a destituição na forma da lei vigente, se exigia para ela o motivo justo. Aprovado nas duas Casas do Congresso, o substitutivo Rollemberg foi, no entanto, vetado ...”.

E, como observa o mesmo JOÃO EUNÁPIO BORGES,

“... veto razoável e conveniente: é claro que o motivo justo nunca seria reconhecido pelo diretor destituído; em cada caso de destituição haveria inevitavelmente o recurso ao Judiciário que decidiria com a morosidade habitual, com graves prejuízos para as sociedades comerciais. Sem se falar em um dos fundamentos do veto — o caso das sociedades de economia mista nas quais o Governo teria sempre a paralisar-lhe a ação contra diretores que, por qualquer motivo, pretendessem substituir, a fatal invocação da falta de motivo justo para a destituição...” (op. et loc. cit., nota).

Tudo isso, somado à circunstância de que o diretor de uma sociedade anônima é mero órgão da sociedade, agindo de forma

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

a responsabilizá-la direta e imediatamente pelos atos que praticar, mostra, por forma indubitosa, que, de ordinário, não se estabelecem entre a sociedade e o seu diretor relações regidas pelo Direito de Trabalho.

Com efeito, conquanto a classificação jurídica de tais administradores tenha dado lugar a grandes controvérsias, pensando alguns tratar-se de mandatários (S. VAMPRE, op. cit., pág. 287, n.º 596; LYON CAEN et L. RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, vol. II, pág. 696; C. VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, pág. 267, n.º 531; U. NAVARRINI, *Dalle Società e delle Associazioni Commerciali*, pág. 524, n.º 322) da pessoa jurídica, a sociedade anônima, outros, com melhores argumentos, reputam-nos apenas administradores e representantes da sociedade (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., vol. IV, pág. 40, n.º 1.167, e Pareceres, vol. II, págs. 409-417; TRAJANO MIRANDA VALVERDE, *Sociedades Anônimas*, págs. 466-468, n.º 521; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, n.º 277; MARIO RIVAROLA, *Sociedades Comerciais*, pág. 301).

Considerando-se que “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses” (Cod. Civil, art. 1.238), poder-se-ia entender que os diretores das sociedades anônimas são delas mandatários pois que suas atribuições outras não são que as de praticar atos em nome da sociedade e administrar os interesses da mesma. Isso, porém, como anota argutamente ALOISIO LOPES PONTES, com apoio em CARVALHO DE MENDONÇA, “não o fazem como mandatário”, mas “como órgãos da manifestação externa da sociedade, personificam esta. Eles, ao mesmo tempo que põem a sociedade em contato com terceiros, tutelam os interesses da mesma sociedade dos acionistas e de terceiros, fiscalizam a observância da lei e dos estatutos; obram, como se vê, *motu proprio*. Ora, não se daria isto se fossem simples mandatários. O mandato é livremente conferido pelo mandante, o qual, também livremente, fixa a extensão dos poderes. Aqui, não existe esta dupla liberdade. A sociedade é obrigada a nomear os seus administradores e há um mínimo de poderes dos quais estes não podem ser privados.” (op. cit. pág. 504/505)

“O mandato — prossegue ALOISIO LOPES PONTES — como contrato que é, exige duas partes: o representante e o representado. A sociedade e seus administradores, porém, não podem ser assim conside-

rados. Estes não são partes estranhas, externas ou independentes da sociedade, mas, sim, partes integrantes da mesma. Constituem os administradores um dos órgãos indispensáveis à existência da sociedade. Nasceram com ela e, sem os mesmos, a sociedade não poderá funcionar, substituíam-se, embora, as pessoas que ocupem esses cargos.”

E exatamente em razão da circunstância de que os administradores não são partes estranhas ou independentes da sociedade — embora, é evidente, sejam distintas a pessoa jurídica, a sociedade, e as pessoas naturais, os administradores — é que se há de entender que a relação jurídica entre a sociedade e os diretores, não sendo a do mandato, também não é a de locação de serviços, como muitos autores supõem e como a analogia faz acreditar.

Como observa OTTO GIERKE (*Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtesprechung*, 1887, pág. 614 apud GUDESTEU PIRES, *Manual das Sociedades Anônimas*, 1942, pág. 244), “a vontade da sociedade se manifesta pelos próprios diretores: estes não são estranhos à pessoa da sociedade, como o mandatário em relação ao mandante, ou o lacador de serviços em relação ao locatário”.

A representação pode ser orgânica ou contratual. No primeiro caso, refere G. PIRES, temos a relação jurídica, entre a diretoria e a sociedade, caso em que essa representação advém da lei ou dos estatutos; no segundo caso, encontramos o mandato, que é uma relação pessoal, derivada de um instrumento, pelo qual uma pessoa ou um grupo de pessoas atribui a outra ou a outras determinados poderes para certos negócios.

Esse foi o rumo seguido pela nossa lei, que deixa isso bem claro, por exemplo, na passagem do art. 116, § 5.º, onde se diz que é lícito aos diretores constituir, em nome da sociedade, mandatários ou procuradores. Quando eles, diretores, conferem tais poderes a terceiros, é a própria sociedade que figura como outorgante, representada pelo órgão da diretoria.

Outro texto legal em que se configura bem nitidamente a diferença entre a diretoria — e terceiro mandatário — é aquele em que se trata da representação das sociedades estrangeiras, autorizadas a funcionar no Brasil.

Elas são obrigadas a ter, permanentemente, representante no país, com plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação inicial pela sociedade.

Note-se que a lei não se refere a diretor, mas a representante. (cf. op. cit., págs. 244/245)

É incisivo TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, quando ensina que

“o exercício das funções de diretor ou administrador de uma sociedade anônima não estabelece relações contratuais, ou de mandato, ou de locação de serviços, entre o administrador ou diretor e a sociedade. Certamente que, na ausência de regras especiais sobre os direitos e as obrigações de ambos, há de se recorrer aos princípios que disciplinam o mandato ou a locação de serviços, conforme a hipótese, mas isso por analogia.” (Sociedades por Ações, 2.^a ed., vol. II, pág. 278)

“O administrador ou diretor — prossegue o mesmo comercialista — eleito pela assembléia geral, ou indicado por quem tenha autoridade para tanto, como nas sociedades anônimas de economia mista, não contrata com a sociedade o exercício das funções. Se o nomeado aceita o cargo, deverá exercê-lo na conformidade das prescrições legais e estatutárias, que presidem ao funcionamento da pessoa jurídica. Adquire uma qualidade, uma situação jurídica dentro do grupo ou corporação, a qual lhe impõe deveres e exige o desenvolvimento de certa atividade a bem dos interesses coletivos. O administrador ou diretor presta, inquestionavelmente, serviços. Mas a simples prestação de serviços, ainda quando remunerada, não basta para configurar o contrato de trabalho ou a locação de serviços. A afirmação contrária reduziria a quase totalidade das relações a essas figuras jurídicas, nelas viriam, na verdade, fundir-se, não somente o contrato de mandato, o de comissão, o de depósito, se não ainda todas aquelas relações de trabalho, que surgem em virtude do cargo ou ofício, que alguém exercita dentro de uma organização, aparelhamento, quadro ou sistema, público ou particular. E, para tanto, teríamos que começar por afirmar, no campo do direito público, que o chefe do Estado, o deputado, o juiz, são contratados para prestar serviços remunerados à nação.” (op. et loc. cit.)

Assim deve-se entender que, segundo o nosso direito, os membros da diretoria são, sempre, representantes da sociedade.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

órgãos constituintes da sua estrutura, vinculados a ela não por um contrato, seja de que tipo for, mas pela lei e pelos estatutos sociais. São, assim, condição de existência da pessoa jurídica.

Nesse sentido é que afirma PONTES DE MIRANDA que “os dirigentes de empresa ou são órgãos eleitos pelas assembléias e apresentam a sociedade, por escolha dos sócios ou dos acionistas, ou são empregados, por mais alto que seja o nível em que se achem” (Tratado, Tomo 48, n.º 5.130, 2).

Melhor explicitando a assertiva, esclarece o mesmo jurista que “entre a sociedade por ações e o diretor ou os diretores não há, tão-pouco, relação jurídica de **contrato de trabalho** ou de **locação de serviços**. Na missão de organizar a sociedade por ações, a assembléia geral, que é **órgão** das sociedades por ações, cria a Diretoria, que também é **órgão**.” (op. cit., Tomo 50, pág. 385)

E como órgão da sociedade o diretor é encarado, mesmo no caso especial em que a sua escolha tenha recaído em empregado da própria sociedade. Este caso particular está expressamente previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, onde se assegura a tal empregado a contagem do tempo de serviço “para todos os efeitos legais”, ressaltando-se-lhe, em caso de estabilidade, o retorno ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado (art. 499 e § 1.º). Note-se bem: como diretor o empregado passa à condição de órgão da sociedade e, apenas, por disposição expressa de lei se lhe reconhecem os direitos apontados.

Esse tem sido, aliás, o iterativo entendimento dos nossos pretórios.

O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, no Recurso de Revista n.º 2.040/60, por unanimidade, decidiu que “ao empregado investido na função de diretor técnico por escolha da assembléia geral de sociedade anônima, conquanto ainda vinculado à empresa, é assegurado, quando deixar o exercício dessa função, o direito de voltar ao exercício do cargo que anteriormente ocupava na mesma empresa. A remuneração correspondente ao exercício do mandato que recebera da assembléia constitui matéria estranha ao Direito do Trabalho.” (Rev. For., ... 197/376)

Nesse mesmo acórdão se explicita que “... a remuneração correspondente ao exercício do mandato que recebera da assembléia de acionistas, vale dizer, a remuneração de diretor de sociedade anônima, constitui matéria estranha ao Direito do Tra-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

balho, não é disciplinada pelo *novum ius*, fugindo à Justiça especial competência para o julgamento das questões relacionadas com a mesma."

Certo, assim, que diretor de sociedade anônima não mantém relação de trabalho com a sociedade, não sendo, como se viu, amparado pelo direito especial dedicado aos trabalhadores, resta examinar, à luz desse fato, qual a incidência que sobre ele terá a Lei n.º 5.107, de 1966, que institui o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Essa lei, com as modificações que lhe introduziu o Decreto-Lei n.º 20, de 14 de setembro de 1966, regulamentada pelo Decreto n.º 59.820, de 20 de dezembro de 1966, por sua vez alterado pelo Decreto n.º 61.405, de 28 de setembro de 1967, marca, no art. 2.º, o seu campo de incidência:

"Art. 2.º — Para os fins previstos nesta Lei todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar até o dia 30 (trinta) de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior A CADA EMPREGADO, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos arts. 457 e 458 da CLT.

Parágrafo Único — As contas bancárias vinculadas a que se refere este artigo serão abertas em estabelecimento bancário escolhido pelo empregador, dentre os para tanto autorizados pelo Banco Central da República do Brasil, EM NOME DO EMPREGADO que houver optado pelo regime desta lei, ou em nome da empresa, mas em conta individualizada, COM RELAÇÃO AO EMPREGADO NÃO OPTANTE."

Ve-se, assim, que a lei criou um direito para o EMPREGADO em sentido estrito porque, como ressalva o próprio texto comentado, ao recolhimento em causa estão obrigadas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho.

Da leitura do texto se verifica que não basta que a empresa esteja sujeita ao regime da CLT: explicita-se que o recolhimento se fará mediante o cálculo da importância correspondente a 8% sobre a "remuneração paga no mês anterior a cada empregado", ficando claro que sobre a remuneração de quem não for empregado não incidirá o recolhimento.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Tão cristalino é isso que o legislador não pode furtar-se de inserir, no Regulamento, a disposição contida no § 4.º, do art. 9.º, segundo o qual "o depósito... é ainda exigível 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". (Decreto n.º 59.820, de 20 de dezembro de 1966).

Tal mandamento foi necessário porque, em caso contrário, não se poderia pensar em proceder ao recolhimento instituído pela lei em exame sobre a remuneração paga às pessoas mencionadas, porque elas, muito embora mantendo relações de emprego com a sociedade, têm o seu contrato suspenso enquanto ocupam cargo de diretoria e tal remuneração, correspondente ao exercício do mandato recebido da Assembléia de acionistas, constitui matéria estranha ao Direito do Trabalho e à legislação especial que institui o Fundo de Garantia, como consequência lógica. Aliás, tal disposição contida no mencionado § 4.º, do art. 9.º, do Regulamento, melhor colocação encontraria na própria lei instituidora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Contudo, é de se considerar que o decreto regulamentar não é, na disposição em exame, *contra legem*, nem mesmo *praeter legem*, desde que se atente para a disposição contida no art. 499 da CLT, que, como se viu, atribui efeitos de ordem trabalhista ao tempo do desempenho de funções em cargo de direção de empresa por pessoa a ela vinculada, anteriormente a tal exercício, segundo as normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Pretender, porém, a partir daí, estabelecer o cálculo da importância devida ao FGTS também sobre a remuneração paga aos exercentes de cargos de diretoria de sociedade de economia mista, "ainda que não pertencentes aos quadros" da entidade, é ir longe demais, criando uma obrigação sem o necessário suporte legal.

O diretor de sociedade anônima, como tal eleito pela assembléia geral da sociedade, não é empregado da mesma e se antes de exercer o cargo de diretoria não pertencia aos seus quadros de pessoal, nenhum vínculo de ordem empregatícia, ou direito decorrente da CLT pode pretender. Cumprido o mandato que lhe foi outorgado, afasta-se da sociedade sem direito a qualquer indenização, como, aliás, ocorrerá ainda que o seu mandato não tenha sido integralmente desempenhado, como se teve oportunidade de referir acima.

Se nenhuma indenização pode pretender, a que título se lhe constituirá um fundo de garantia do tempo de serviço?

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Evidentemente, em tal hipótese a exigência de constituição de tal fundo não tem arrimo legal e sequer lógico.

No que respeita ao décimo-terceiro salário, também objeto da Consulta, consideradas as premissas já deduzidas, torna-se evidente não ser devido aos diretores de sociedades anônimas, tanto na hipótese de serem eles vinculados aos quadros de pessoal da entidade, como no caso de serem estranhos a tais quadros. Como se viu, o exercício de mandato recebido da assembleia de acionistas constitui matéria estranha ao Direito do Trabalho, não disciplinada pelo *novum jus* e que refoge à competência da justiça especializada.

Este é o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 29 de março de 1972.

Ney Sá (*)
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SR. CONSULTOR-GERAL

A Sua Excelência, o Senhor Coronel Engenheiro
EUCLIDES TRICHES

DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul

PALACIO PIRATINI

Porto Alegre, 16 de maio de 1972.

SENHOR GOVERNADOR,

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência a fim de submeter a sua elevada apreciação o anexo Parecer n.º 2042, da lavra do ilustre Consultor Jurídico NEY SÁ, o qual, aprovado por mim, é adotado como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

* A tese esboçada no presente parecer foi objeto de discussão e aprovação no Seminário sobre Aspectos Jurídicos do F. G. T. S. que se realizou na capital pernambucana entre 28 e 30 de abril de 1972, sob a presidência de ministro Hildebrando Bisaglia, presidente do T. S. T.; organização do prof. Edmo Lima de Marca, Coordenador-Geral do F. G. T. S. e auspícios do BNH.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

2. Trata-se, no caso, de saber se os diretores de economia mista do Estado se sujeitam aos ônus e benefícios do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e se lhes assiste o direito de perceberem o 13.º salário.

3. Para que a questão fique bem esclarecida, é preciso que se considerem duas situações distintas, das quais advêm consequências também diversas:

- a) cargo de diretor de sociedade de economia mista ocupado por quem não tem relação de emprego com a mesma;
- b) cargo de diretor de sociedade de economia mista exercido por empregado da empresa.

4. Na primeira hipótese, não se pode cogitar da existência de contrato de trabalho ou mandato, a caracterizar a situação de diretor. Segundo ensinamento de MIRANDA VALVERDE,

“O exercício das funções de diretor ou administrador de uma sociedade anônima não estabelece relações contratuais ou de mandato ou de locação de serviços entre o administrador ou diretor e a sociedade”. (“Sociedade por Ações”, 3.ª edição, tomo II, pág. 287)

O diretor de uma sociedade de economia mista não pode ser considerado empregado da mesma, pois a ele são delegadas funções de mando, necessárias ao poder de administração e disciplinar que exerce.

O administrador de uma sociedade de economia mista possui poderes para alterar normas em vigor na empresa, para determinar o ritmo de produção, para admitir e dispensar, para aplicar punições aos empregados, para fixar e aumentar salários. A sua atuação, portanto, não é a de empregado. Segundo o art. 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho, “empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza não-eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.

Ora, o diretor de uma sociedade de economia mista não é um subordinado — ele tem autodeterminação, não estando sujeito a horários nem à execução de serviços exigíveis por um patrão a qualquer momento.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Segundo acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, citado por M. V. RUSSOMANO em "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 2.^a ed., I, pág. 36:

"Para que alguém seja considerado empregado é essencial que do contrato de trabalho resultem as características de subordinação, direção e fiscalização. Estar subordinado ao empregador, obedecer a sua direção, sujeitar-se a sua fiscalização constituem condição para qualificação do empregado". (grifei)

Portanto, não existe relação de empregado entre o diretor e a sociedade de economia mista, já que ele, o diretor, não está subordinado a nenhum patrão.

A respeito, a Revista Forense, n.º XCIII, pp. 410/411, publicou acórdão nos seguintes termos:

"... embora o diretor-administrador de sociedade anônima preste, inquestionavelmente, serviços, essa prestação, ainda quando remunerada, não basta para configurar o contrato de trabalho.

Os limites traçados nos Estatutos da sociedade anônima para o exercício da função de diretor não equivalem à relação de subordinação do contrato de trabalho. Nem toda relação de subordinação é uma relação de trabalho, mas somente aquela que deriva do fato de colocar uma parte à disposição de outra a sua energia de trabalho.

O diretor de sociedade anônima, constituindo parte integrante da mesma e encarnando-a perante os demais trabalhadores, dela não pode ser empregado. Admitindo-se o contrário, chegar-se-ia ao absurdo de encontrar em uma só pessoa física a dupla figura de empregador, como representante legal da sociedade, e de empregado, o que é repellido pela mais elementar lógica". (grifei)

Também o Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região assim já decidiu:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

"Diretor eleito de sociedade anônima, que não era, antes, empregado da empresa — Relação de emprego inexistente". (Incola F-13-421/70-15) (grifei)

Quanto à existência de mandato entre o diretor e a sociedade de economia mista que administra, escreve CARVALHO DE MENDONÇA, citado por RUI CARNEIRO GUIMARAES, in Revista Forense, 192, pág. 195:

"Não obstante os textos legais falarem de mandato dos administradores, estes não são mandatários por força da convenção ou da lei; não exercem simples mandato.

Os administradores agem na qualidade de órgãos da manifestação externa da sociedade; personificam esta. Eles, ao mesmo tempo que põem a sociedade em contato com terceiros, tutelam os interesses da mesma sociedade, dos acionistas e de terceiros, fiscalizam a observância da lei e dos estatutos, obram, como se vê, **motu proprio**. Ora, não se daria isso se fossem simples mandatários".

O diretor de sociedade de economia mista é órgão da pessoa jurídica, isto é, **parte integrante dela**, indispensável à sua vida. A propósito, escreve EDUARDO GABRIEL SAAD:

"As funções de um diretor não se vinculam a qualquer contrato. Decorrem elas do próprio aparelhamento da pessoa jurídica. As pessoas físicas integram os órgãos de direção de uma sociedade anônima para pô-los a funcionar". ("Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço", 2.^a ed., pág. 36)

Esse também é o ensinamento de RUBENS REQUIÃO, em "Curso de Direito Comercial", 1971, pág. 265:

"Os diretores assinam pela sociedade, como seus órgãos executivos que são.

Não nos esqueçamos de que são órgãos da pessoa jurídica, e é nessa qualidade que agem em nome e por conta da sociedade".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Não havendo contrato de trabalho entre o diretor e a sociedade administrada, não existe base legal para desconto referente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois o § 4.º do art. 9.º do Regulamento do Fundo do Tempo de Serviço, com a redação dada pelo Decreto n.º 61.405, de 28/9/67, refere-se expressamente a **empregado**, quando prescreve:

“O depósito a que se refere este artigo (8% da remuneração do empregado) é ainda exigível quando o **empregado** passa 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 efetivo for maior”. (grifei)

Além disso, o Fundo de Garantia, segundo o art. 165, XIII, da Constituição Federal, serve para garantir a estabilidade no emprego. Sendo os diretores de sociedades anônimas demissíveis a qualquer tempo, não se justifica que estejam sujeitos à opção pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

A existência, no caso, da Ordem de Serviço FGTS — POS n.º 4, de 9 de novembro de 1971, não tem maior significação, uma vez que, segundo o preceito constitucional, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (art. 153, § 2.º)

Não estando sob o abrigo da Consolidação das Leis do Trabalho, também não cabe ao diretor de sociedade de economia mista o recebimento de 13.º salário.

Sobre esse assunto, o Correio do Povo de 12 de abril do andante, pág. 21, publicou recente pronunciamento do Sr. Edmo Lima Marca, Coordenador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, no sentido de que os diretores assegurados por esse Fundo deveriam ser estendidos aos **diretores das sociedades anônimas, sem vínculo empregatício**, reconhecendo, assim, implicitamente, que a legislação atual não o determina. Confirma-se, com efeito, a tese aqui sustentada, segundo a qual não podem ser considerados empregados os diretores de sociedades de economia mista.

A referida publicação está redigida nos seguintes termos:

“Na opinião do Sr. Edmo Lima Marca, Coordenador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, os

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

direitos assegurados pelo FGTS deveriam ser estendidos aos **diretores das sociedades anônimas, sem vínculo empregatício**.

Disse o Sr. Edmo Lima Marca que “essa extensão de direitos resultaria na criação de conta vinculada, mediante a contribuição mensal da empresa de 8% sobre os vencimentos atribuídos aos cargos de direção nas sociedades anônimas”.

Observa o Coordenador do FGTS que, “com a aplicação em nosso país do princípio de administração profissional, o diretor de sociedade anônima passa a ter com a empresa uma relação idêntica à do empregado.

E, por essa razão, lhe deve ser estendida a lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, merecendo, assim, apoio os projetos de lei sobre a matéria em tramitação no Congresso Nacional”.

5. Na segunda hipótese, isto é, na de cargo de diretor de sociedade de economia mista exercido **por empregado da empresa**, é possível a opção pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois o empregado chamado a ocupar cargo de diretoria não perde sua qualidade de empregado, **tendo apenas suspenso o seu contrato de trabalho**.

Assim já decidiram os Tribunais, *in verbis*:

“O empregado de uma sociedade, quando eleito diretor, não perde sua qualidade de empregado, mas tem suspenso o seu contrato de trabalho. Cessada a função de confiança, deve ser reconduzido ao cargo efetivo que ocupava anteriormente”. (Acórdão da 1.ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal — Rev. For., XCI, p. 236)

“Durante o tempo em que o empregado exerce cargo de direção de sociedade anônima fica suspenso o contrato de trabalho, não se lhe contando o tempo de serviço”. (Acórdão de 16/12/1963, (2.ª T.) — RR 2471/63 (864) — Relator: Ministro AMARO BARRETO, Rev. do TST, I, 1962/66, p. 143 (70)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

Quanto ao recebimento do 13.º salário, não tem direito o empregado que vem a ocupar cargo de direção em sociedade de economia mista, em razão, também, da suspensão do contrato de trabalho.

É o que já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região, Belo Horizonte, em acórdão de 1969, publicado na Revista LTr. Legislação do Trabalho, março de 1970, pág. 194, nos seguintes termos:

“Eleito diretor da recorrida, quando antes era seu empregado, o recorrente FENELON teve suspenso o seu contrato de trabalho, passando a desfrutar de outra relação jurídica, que não a de empregado, daí porque descabido é o seu desejo de receber o 13.º salário, férias, salários retidos e aviso prévio”.

O pagamento do 13.º salário estaria ainda em conflito com as disposições da Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940) ,pois, segundo essas normas,

“A remuneração consta em geral de uma importância mensal fixada pela assembléia, anualmente ou para todo o período de gestão dos diretores, e de uma parte variável consistente em percentagem sobre os lucros líquidos da sociedade”. (JOÃO EUNÁPIO BORGES, “Curso de Direito Comercial Terrestre”, 2.ª ed., p. 440) (grifei)

Logo, o Diretor da empresa só pode receber a remuneração autorizada pela assembléia competente, que, em princípio, não está impedida de votar uma verba correspondente ao 13.º salário.

Pelas razões ora apontadas, e pelos sólidos fundamentos apresentados no incluso Parecer, permito-me sugerir a Vossa Excelência a sua aprovação para o mesmo.

Valendo-me da oportunidade, torno a manifestar a Vossa Excelência, Senhor Governador, os meus protestos de alto apreço e respeitosa estima e acatamento.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 200-218, 1972

PARECER N.º 2065/CGE

GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE PERMANÊNCIA: ao Poder Público compete decidir a conveniência de conceder ou negar a gratificação mencionada.

Impossibilidade atual de contemporizar expectativa de direito, face à revogação da Lei n.º 4.047, de 29 de dezembro de 1960, que estabelecia o direito.

Responsabilidade administrativa quanto à tramitação processual.

A Secretaria de Educação e Cultura solicita pronunciamento desta Consultoria no Processo n.º 1.687/71, em que V. K. P., Professora do Ensino Primário, então padrão 11-7, lotada no Grupo Escolar Barão do Ibicuí e cedida à Escola de Aplicação, da Escola Normal Regional “PEREIRA CORUJA”, da cidade de Taquari, tendo implementado condições para aposentadoria voluntária, postula, com fundamento na Lei n.º 4.047/60, GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE PERMANÊNCIA, sobre estípidios que vinha percebendo.

O pedido inicial, datado de 20 de junho de 1967, devidamente instruído com grades de tempo de serviço e atestados congêneres, traz anexado, às fls. 4, Lauro Médico n.º 114/67, datado de 29/9/1967.

O mencionado Laudo, apesar de optar pela aptidão da postulante, não foi visado pelo Médico- Chefe da Biometria Médica, requisito indispensável à sua integração.

Verifica-se que somente em dezembro de 1967, o Departamento de Pessoal da S.E.C. toma iniciativa quanto à omissão mencionada, e reencaminha o processo ao Departamento de Biometria Médica.

Em janeiro de 1968, o D.B.M. informa não haver sido encontrado, no prontuário daquela repartição, ficha clínica correspondente ao Lauro expedido.

O processo retorna à S.E.C., sem o necessário suprimento. E assim é encaminhado ao Departamento do Ensino Primário (fls. 15), para que se manifeste sobre a conveniência e interesse de permanência da requerente, no exercício funcional.

Em face do não-suprimento do “visto” no Laudo Médico, o D.E.P. recambia o processo à Biometria, sem manifestar-se quanto ao mérito. Constata-se, então, que somente em 5 de outu-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 219-225, 1972

bro de 1970, novamente a B.M. ratifica o despacho, anteriormente exarado, confirmando não haver sido encontrada a ficha clínica do Laudo expedido.

Em 30 de dezembro de 1970, o Departamento do Ensino Primário manifesta-se, denegando o pedido, por haver sido revogada a Lei n.º 4.047/60, que embasava o direito.

A interessada requer restauração do processo em março de 1971, e este, em grau de recurso, é encaminhado a esta Consultoria, para verificação do decisório.

Este o relatório.

2. Indiscutivelmente a revogação da Lei n.º 4.047/60, pela Lei n.º 5.846, de 31 de outubro de 1969, determinou a extinção do direito pleiteado.

A tramitação processual, prejudicada, "ab initio" pelo não-suprimento do "visto" no Laudo Médico, determinou, sem dúvida, o atraso na apreciação do mérito, fato decidido, pela denegação decorrente da revogação do dispositivo legal.

Verifica-se, contudo, que a tramitação irregular não mereceu da parte interessada maiores preocupações.

Não providenciou a interessada, em época operante, o suprimento da ocorrência prejudicial, como era de seu direito.

Igualmente, a Administração, em tempo oportuno, não usou da faculdade discricionária de manifestar-se, em decisório que era de sua competência.

A revogação da Lei concessória determinou o perecimento do direito, não oferecendo atualmente oportunidade à apreciação do mérito.

3. Tendo-se em vista o contexto da Lei n.º 4.047/60, verifica-se que a pretensão da requerente referia-se, apenas, a uma expectativa de direito. A percepção da gratificação especial de permanência dependeria da conveniência e interesse da Administração, em conservar a professora requerente, no exercício funcional.

Logo, não se tratava de direito líquido e certo, mas, simplesmente, de expectativa de direito, submissa a decisório por parte da autoridade competente, tendo-se em conta a conveniência e interesse da Administração, como condição "sine qua non".

Efetivamente, o artigo 2.º, da Lei n.º 4.047/60, estabelecia "verbis":

"art. 2.º — A autoridade competente para expedição do ato de Aposentadoria terá faculdade de conceder ou

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 219-225, 1972

negar a gratificação especial a que se refere o artigo anterior, desde que, verificada a conveniência para o serviço público, se manifestem a respeito, conforme o caso, a Presidência do Tribunal de Contas ou a Corte de Apelação de Justiça Militar do Estado, o Conselho de Serviço Público ou os Conselhos Disciplinares da Magistratura, do Ministério Público, ou da Polícia Civil" (o grifo é nosso).

Dessa forma é óbvio que a concessão, na dependência de decisão "da autoridade competente", não se constituía, no caso, direito subjetivo, mas, simplesmente, **expectativa de direito**, possibilidade condicionada à anuência e conveniência da Administração.

Conseqüentemente, concessão vinculada à discricionariedade do poder público.

4. A revogação da Lei n.º 4.047/60 se procedeu em face da reorganização administrativa efetuada pelo Estado.

Dessarte, o mérito, no presente processo, não é mais questionável, **face à revogação da possibilidade do direito** pleiteado.

Entretanto, apresenta-se oportuno que sejam alertados os órgãos administrativos da S.E.C., no sentido de que atentem para a conveniência de serem resguardados, na medida do possível, prazos que lhe são marcados, isso no interesse não só dos servidores, como da própria Administração.

Por uma questão de ordem administrativa, a tramitação processual terá, necessariamente, de obedecer a uma certa sistemática, e os interessados, como no caso presente, deverão ser notificados, "oportuno tempore", quanto ao suprimento dos requisitos processuais.

Em conclusão, na impossibilidade de contemporizar a concessão pretendida e embasada em Lei revogada, conclui-se que:

- a) deva a requerente ser notificada, quanto à confirmação da decisão denegatória, face à revogação da Lei n.º 4.047/60, pela Lei n.º 5.846, de 31 de dezembro de 1969;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 219-225, 1972

- b) simultaneamente, orientada no sentido de providenciar em sua aposentadoria, pois, segundo se depreende dos autos, e para não incidir na sanção prevista no art. 39 da Lei 2338/1954, ainda se encontra em exercício funcional.

Este o parecer.

Porto Alegre, 12 de abril de 1972.

Dilma Sulamita Schuch
Consultora Jurídica

DESPACHO DO SR. CONSULTOR-GERAL

SENHOR GOVERNADOR,

Na hipótese, a Professora do Ensino Primário, padrão M-2/9, matrícula n.º 11149, V. K. P., tendo implementado as condições de tempo de serviço para aposentar-se, com fundamento na Lei n.º 4.047/60, requereu a gratificação especial de permanência, correspondente a 15% sobre os respectivos vencimentos e vantagens.

2. Por razões que não vem a pêlo examinar, enquanto tramitava o expediente da interessada, o diploma legal em que se baseava a requerente foi revogado pela Lei n.º 5.846, de 31 de outubro de 1969, tendo, em consequência, a Secretaria da Educação e Cultura indeferido a pretensão, considerando prejudicada a postulação.

3. A interessada, ao tomar conhecimento do despacho denegatório, manifestou sua **inconformidade**, sob a alegação de que o processo teria sofrido tramitação irregular e, em tempo hábil e suficiente para uma deliberação favorável da Administração, teria ela (= a interessada) comprovado **quantum satis** preencher os requisitos necessários para merecer o favor legal pleiteado — pois requirera em junho de 1967, a revogação da lei ocorrida em outubro de 1969 e o indeferimento só se verificara em dezembro de 1970; portanto, segundo afirma, estaria sob o pálio de “direitos adquiridos”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 219-225, 1972

4. Tudo quanto afirma a professora está certo, **com exceção de que, na hipótese, já se teriam configurado os pressupostos de direito adquirido** em seu favor. Se, em realidade, como afirma a interessada, existisse efetivamente o direito, a revogação da lei não a teria alcançado.

Mas, porque se não configurou no caso sub examine o alegado direito adquirido, é que o desaparecimento do instituto veio atingi-lo, sem qualquer ofensa a direitos da interessada, pois, para que se implementasse a prerrogativa reclamada, dependia de ato da autoridade, que, a teor da lei, era o único juiz para conceder ou negar quanto pedido.

É, sem dúvida, o que dizia a Lei n.º 4047/60 em que baseou a servidora seu pedido.

Veja-se:

“Art. 2.º — A autoridade competente para a expedição do ato de aposentadoria terá a faculdade de conceder ou negar a gratificação especial a que se refere o artigo anterior, desde que, verificada a conveniência para o serviço público, se manifestar a respeito, conforme o caso, a Presidência do Tribunal de Contas ou a Corte de Apelação da Justiça Militar do Estado, o Conselho de Serviço Público ou os Conselhos Disciplinares da Magistratura, do Ministério Público ou da Polícia Civil”.

“Art. 3.º — Concedida a gratificação especial instituída no art. 1.º, será ela paga a partir da data da publicação do respectivo despacho no Diário Oficial”.

Enquanto, pois, o Chefe do Poder Executivo não despachasse favoravelmente o expediente respectivo, a requerente encontrava-se em mera expectativa, concretizável em direito com o ato da autoridade, depois de publicado.

5. O art. 2.º transcrito, ao estabelecer que “a autoridade competente para a expedição do ato de aposentadoria terá a faculdade de conceder a gratificação especial a que se refere o artigo anterior” concedia, inequivocamente, ao Chefe do Poder Executivo uma discricionariedade incontrastada para, em cada caso, manifestar a conveniência ou oportunidade da Administração Pública.

É que “poder discricionário é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 219-225, 1972

atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo", segundo preciso conceito de HELY LOPES MEIRELLES (Dir. Adm. Bras. 2.^a ed., p. 64).

É específico, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, relatado pelo então Desembargador Seabra Fagundes, ao estabelecer que "a competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, se não como toda e qualquer atividade executiva, com sujeição a ela" (RDA, vol. 14/52).

A lição de MÁRIO MASAGÃO não é diversa, **verbis**:

"Ato discricionário é o que o poder público pode praticar ou deixar de praticar conforme entenda conveniente para a administração. Aparece, no dizer de Oviedo, quando ela não está obrigada a ater-se a qualquer preceito jurídico concreto preexistente" (Direcho Administrativo, 7.^a ed., vol. I/245).

"A discricção é faculdade de operar, ou deixar de operar, dentro de um campo sempre delimitado pelo direito" (Curso de Direito Administrativo, 4.^a ed., p. 138).

Em sua recente obra: "Tratado de Direito Administrativo", José Cretella Júnior tece considerações sobre o ato discricionário da seguinte forma, **verbis**:

"Consequência do poder discricionário da administração pública é o ato administrativo discricionário ou ato discricionário que tem existência inequívoca no âmbito do direito e que definimos como a manifestação concreta e unilateral da vontade da administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo insusceptível de revisão judicial" (1.^a ed. 1966, vol. I/103).

No mesmo sentido pode ser referida a passagem seguinte de MARCELO CAETANO, **verbis**:

"O poder será discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, dei-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 219-225, 1972

xando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere" (Manual de Direito Administrativo, ed. 1970, Tomo I/107).

Ao apreciar o Recurso Extraordinário n.º 19.720, a segunda turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, através de seu relator, Ministro OROSIMBO NONATO, decidiu em perfeita sintonia com a lição dos insígnies mestres citados, **verbis**:

"Põem, entretanto, em relevo o excepcional da anulação do ato (administrativo), a essa conta, sem o que se retiraria da Administração a margem, que razão é se lhes reconheça, onde sua atividade se possa expandir com certa liberdade de movimentos" (RDA, vol. 38/356).

6. A recorrente, V. K. P., Professora do Ensino Primário, padrão M-2/9, não poderia considerar-se beneficiária da gratificação especial de 15% instituída pela Lei n.º 4.047/60 enquanto tal vantagem não fosse deferida pelo Chefe do Poder Executivo, o qual, como se viu, possuía competência incontrastada para concedê-la ou negá-la. Encontrava-se, pois, em verdadeira e mera expectativa do direito, o que é bem diverso de direito adquirido. Fosse um direito adquirido, isto é, uma vantagem que se incorporasse automaticamente em seu patrimônio pelo simples requerimento e satisfação das demais exigências legais, não hesitaria, um instante sequer, em concluir pela procedência do pedido.

7. Com a revogação da Lei n.º 4.047/60 não há resguardo legal para se deferir a postulação da recorrente, pois, estando proscria do sistema estatutário estadual a gratificação de permanência, não pode mais ser deferida.

8. Por estar o Parecer de fls. sob n.º 2065 de acordo com essa linha de pensamento é que o submeto, Senhor Governador, à judiciosa apreciação de Vossa Excelência, ousando sugerir-lhe seja acolhido, pois o tenho por juridicamente correto.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 219-225, 1972

PARECER N.º 2072/CGE

VENCIMENTOS. — Pedido de abono de faltas. Sua improcedência. Faltas sucessivas. Desconto de vencimentos correspondentes a sábado, domingo e feriados, quando intercalados às faltas.

N. D. de C., funcionária efetiva do DAER, lotada na Capital do Estado, com fundamento nas disposições contidas no Estatuto dos Funcionários Civis do Estado — lei 1751, de 22 de fevereiro de 1952 em seus artigos 73, caput e inciso VI; 74 caput e seu parágrafo 1.º; 75 caput e seu parágrafo único, dirige ao Senhor Governador do Estado pedido de recurso, para que lhe sejam abonadas faltas não justificadas, em número de três (3), bem como, por esse meio, também apagar de sua ficha funcional os descontos que sofreu referentes aos dias feriados, domingo e sábado — este último, dia em que não há, segundo a praxe administrativa, expediente nas repartições públicas, e, conseqüentemente, obrigatoriedade em comparecer ao serviço, a não ser em caso de convocação.

Segundo alega a funcionária, em conseqüência da não-justificação de três faltas, por ato do Engenheiro Subdiretor-Geral daquela Autarquia, sofreu descontos indevidos de oito dias de vencimentos, apesar dos reiterados pedidos no sentido de que se lhe considerasse justificada a ausência ao serviço, eis que apresentou atestado médico em tempo hábil, conforme manda o parágrafo único do artigo 75, da lei 1751/52.

No expediente 16.602/70, respectivamente, às fls. 2 e 7, as faltas e descontos dos feriados, domingo e sábado, estão assim especificadas pela interessada:

“Dia 22/6/70 — feriado estadual;
Dia 23/6/70 feriado federal;
Dias 24, 25 e 26 de junho de 1970, respectivamente, quarta, quinta e sexta-feira da semana, conforme atestado médico;
Dias 27 e 28 de junho de 1970 — sábado e domingo;
Dia 29/6/70 — feriado municipal.”

Para fim de maiores esclarecimentos tem-se a acrescentar que os dias constantes como feriados estadual, federal e municipal foram, em verdade, pontos facultativos decretados pelo Executi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

vo estadual, federal e municipal. Os dois primeiros, em decorrência da Copa do Mundo e o último, por corresponder à data de festejos do Padroeiro do Estado do Rio Grande do Sul — São Pedro.

Em sua petição de fls. 2, do expediente 731/71, a postulante, no item 2.º, alega textualmente que:

“..... fez certo seu direito cumprindo com o Estatuto do Funcionário Público, lei 1751 art. 73 — item VI apresentou o atestado à unidade de trabalho onde está lotada, no dia 6.7.70, quando se datilografava a efetividade da Secção, portanto nos dez (10) dias subseqüentes”. (Grifei)

Entretanto, não é idêntica a afirmação contida na informação da Assistência Técnica do DAER. Diz a informação que, para certificar-se da data em que a postulante pretendeu justificar sua falta, basta atentar para a data em que foi apresentado seu requerimento onde solicita o abono de faltas e apresenta recurso, que é exatamente a data de 27/7/70. Daí a improcedência de seu pedido, porque fora do prazo.

Mais dois aspectos, ainda, do expediente, exigem menção, análise e pronunciamento. O primeiro diz respeito ao pedido de abono de faltas de fls. 23, mediante o qual a interessada solicita os benefícios da lei 2.586, de 28 de dezembro de 1954, por ter faltado ao serviço de 5 a 20 de junho de 1970, a fim de comparecer às aulas como aluna da Faculdade de Direito de Passo Fundo.

O pedido foi encaminhado com atestado (fls. 24) passado pela Secretaria da Faculdade, onde se declara que a interessada compareceu de 5 a 19 de junho a fim de assistir a aulas relativas à complementação de freqüência obrigatória à prestação dos exames do primeiro semestre, que é de 20% por semestre e por disciplina, e, dia 20 de junho, para prestar exame de Direito Judiciário Civil.

O atestado foi passado em data de 20 de junho de 1970. O pedido de justificação foi apresentado em 27 de julho e deferido por despacho de fls. 23, a 6 de agosto de 1970.

O derradeiro aspecto diz respeito à grade de freqüência da interessada, onde constam 25 faltas não justificadas no mês de julho de 1970, quando ditas faltas deveriam estar registradas no mês de junho.

É o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

2. "Ab initio", cabe esclarecer que a interessada não apresentou prova da alegação de que deu entrada, em sua unidade de trabalho, com o atestado médico, em época oportuna, isto é, nos dez dias subseqüentes ao da interrupção do exercício por motivo de moléstia para justificar sua ausência ao serviço.

Se houve recusa, por parte do funcionário encarregado de apurar a efetividade, em receber o atestado para encaminhá-lo à autoridade competente a considerar justificada a ausência, esta, também, não restou provada. Face a esses fatos e pela letra do parágrafo 3.º, do art. 78, combinado com o parágrafo único do art. 75, da lei 1751/52, seu pedido de abono de faltas é improcedente. Logo, sua ausência ao serviço não poderá ser considerada senão como falta não justificada.

3. A ocorrência de faltas injustificadas, na função pública, acarreta, conforme disposição estatutária, consequências que variam de acordo com a colocação da falta dentro do curso da semana.

Dispõe a legislação pertinente à matéria excogitada — lei 1751/52 — "in verbis":

"Art. 73: — O funcionário não sofrerá qualquer desconto no vencimento:

.....
VI — quando faltar até três dias por mês por motivo de moléstia devidamente comprovada;"

.....
"Art. 74. — O funcionário perderá o vencimento do dia quando não comparecer ao serviço, salvo os casos previstos neste Estatuto.

§ 1.º — No caso de faltas sucessivas serão computados, para efeito de desconto, os domingos e feriados intercalados."

"Art. 75: — O funcionário que por doença não puder comparecer ao serviço, ficará obrigado a fazer pronta comunicação ao chefe imediato, para o necessário exame médico e atestado.

Parágrafo único: — O atestado médico deverá, para efeito do art. 73, item VI, ser apresentado pelo funcionário ao chefe de repartição ou unidade de trabalho em que estiver lotado, nos dez dias subseqüentes ao da interrupção do exercício por motivo de moléstia."

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

"Art. 78: —
§ 3.º — Salvo os casos expressamente previstos neste Estatuto, é vedado dispensar o funcionário do ponto e abonar faltas ao servidor". (grifei).

Pela interpretação que se extrai do § 1.º do art. 74, as faltas injustificadas sucessivas que estejam intercaladas de domingos e feriados trazem, como consequência, a perda do vencimento, também, nesses dias.

Ilustra bem a situação em exame o Parecer 629/DAJ, que tratou de hipótese em que o servidor faltou injustificadamente dois dias e sofreu desconto de cinco, nas seguintes condições: a primeira falta ocorreu dia 1.º de fevereiro, quinta-feira; dia dois, Navegantes, feriado, recaiu na sexta-feira; dias três e quatro, respectivamente, sábado e domingo; dia cinco, segunda-feira, a interessada não compareceu ao serviço data em que faltou pela segunda vez, sem justificar.

"In hac specie", as faltas, ainda que sucessivas, não foram intercaladas por domingo ou feriados; logo, estes não podem ser considerados para fins de desconto, restando, contudo, as faltas dos três dias úteis que não foram justificadas na forma da lei.

4. Decidida a situação da funcionária face ao pedido de abono de faltas nos dias 24, 25 e 26 de junho de 1970 — ausência ao serviço que pretendeu justificar com atestado médico, apresentado fora do prazo legal — resta analisar a situação de ausência anterior a 20 de junho de 1970, — para extrair, da análise da mesma, conclusão que defina quais os dias de ausência que, por lei, estão justificados e quais os não justificados; quais os que devem ser considerados como ausência, para fins de desconto e quais os que não poderão ser descontados.

Diverso é o motivo para justificação dos dias 24, 25 e 26 de junho de 1970, do relativo ao período de 5 a 20 de junho de 1970.

Trata-se, aqui, de ausência para comparecer às aulas ministradas em curso superior — Faculdade de Direito — onde a interessada está matriculada no 4.º ano.

A matéria foi devidamente disciplinada por lei especial: a de n.º 2586, de 28 de dezembro de 1954.

A predita lei concede o direito de frequência às aulas, aos servidores, nos seguintes termos:

"Art. 1.º: — É assegurado aos servidores públicos estaduais, bem como aos ferroviários e autárquicos, ma-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

tricolados em estabelecimentos de ensino superior e técnico-profissional, o direito de se afastar de suas Repartições para assistirem a tantas aulas quantas sejam necessárias para que somadas às que não coincidem com o horário de expediente perfaçam o mínimo de frequência obrigatória.

§ 1.º: — Para gozarem do benefício previsto neste artigo, os interessados **deverão apresentar com antecedência** às suas repartições atestado da Escola respectiva, em que se declare qual o número de aulas cuja frequência é obrigatória e o horário em que serão as mesmas lecionadas.

§ 2.º: — Os servidores **serão dispensados da assinatura do ponto nos dias** em que, dentro dos períodos de **provas parciais ou finais**, sejam chamados a prestá-los.

§ 3.º: — Para gozar os benefícios desta lei, o servidor comprovará ter sido habilitado no ano letivo anterior ou que foi reprovado, por motivo de moléstia". (Grifei)

Em 1970, precisamente a 13 de maio, foi editado o Decreto de n.º 20.275, que veio regulamentar a matéria, no que se refere ao direito de frequência obrigatória às aulas. Não se refere, porém, o Decreto, ao direito de comparecimento às provas — exames — que permaneceu disciplinado, apenas, pela lei 2586/54.

Ora, fácil é constatar, pelo exame do expediente de n.º 14.553/70 — apenso — que a exigência legal não foi cumprida. Deveria, a servidora, e não o fez, **ter providenciado na prévia apresentação do documento hábil** que comprovasse o período em que deveria frequentar aulas relativas à complementação da frequência mínima.

Já quanto à data de 20 de junho de 1970, entretanto, dia em que a postulante, pelo atestado apresentado, compareceu à Faculdade, a fim de prestar exame, nada obsta a sua aceitação, eis que, nos termos da lei, estava dispensada "a priori". Deve, pois, a ausência de 20 de junho de 1970 ser considerada justificada face ao preceito editado pelo § 2.º, do artigo 1.º, da lei 2586/54, antes transcrito.

5. Do exposto concluímos pelo seguinte:

- a) Faltas sucessivas, não justificadas, **quando não intercaladas** de domingos ou feriados, são passíveis de desconto somente nos dias em que ocorrerem;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

- b) faltas sucessivas, não justificadas, **intercaladas de domingos e feriados**, são passíveis de desconto, incluindo aqueles em que não há obrigatoriedade em comparecer ao serviço, ou seja, os domingos e feriados.

"In casu", as faltas ao serviço, de 5 a 19 de junho de 1970, devem ser consideradas como faltas não justificadas e descontadas, por não terem sido justificadas no prazo de lei;

- c) a falta de 20 de junho de 1970 é justificada nos termos do § 2.º, do artigo 1.º, da lei 2586/54;
- d) considerando a falta de 20 de junho de 1970 como justificada, e as faltas de 24, 25 e 26 de junho como não justificadas, improcede o desconto dos dias 22, 23, 27, 28 e 29 de junho, porque não se encontram intercaladas as faltas não justificadas;
- e) conseqüentemente, por faltas não justificadas, a interessada deverá sofrer desconto nos dias 5 a 19 e 24, 25 e 26 de junho de 1970; no que se refere à grade de frequência, deverá sofrer alteração quanto ao número de faltas não justificadas — total de 18 (dezoito) — e quanto à colocação destas no mês correspondente, que é o de junho.

É o Parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 17 de abril de 1972.

Celeste Pacheco da Silva
Consultora Jurídica

Porto Alegre, 18 de abril de 1972.

A Sua Excelência, o Senhor Doutor VICTOR JOSÉ FACCIONI
DD. Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil
PALÁCIO PIRATINI

SENHOR SECRETÁRIO,

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência a fim de encaminhar-lhe o anexo Parecer n.º 2072, emitido pelo Consultor

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

Jurídico CELESTE PACHECO DA SILVA, que, por coincidência com o meu entendimento, adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral.

2. N. D. de C., funcionária pública estadual, faltou ao serviço de 5 a 20 e de 24 a 26 de junho de 1970. Sentindo-se prejudicada com os descontos sofridos, encaminhou recurso ao Senhor Governador do Estado no sentido de serem abonadas as suas faltas e pagos os vencimentos que deixou de receber.

3. Se a interessada houvesse apresentado à sua repartição, **com antecedência**, conforme determina o § 1.º do artigo 1.º da Lei n.º 2586/54, ("Para gozarem do benefício previsto neste artigo os interessados deverão apresentar com antecedência às suas repartições atestado da Escola respectiva, em que se declare qual o número de aulas cuja frequência é obrigatória e o horário em que serão as mesmas lecionadas"), o atestado constante de fls. 24, as faltas ocorridas de 5 a 19 de junho poderiam vir a ser consideradas e, conforme o caso, poderia vir a merecer atendimento das respectivas vantagens pecuniárias. Por deixar de fazê-lo, não possui direito ao pleiteado. Mas, em qualquer hipótese, não ficaria liberada do ponto, nesses dias, já que deve o servidor comparecer à repartição, afastando-se depois, pelo tempo necessário e não, como reclama a interessada, dispensa continuada do ponto e dos encargos funcionais.

4. A Lei não exige, para a dispensa da assinatura do ponto nos dias **de exames parciais**, prévio atestado da Escola. Assim sendo, quanto à falta do dia **20 de junho**, está a mesma justificada nos termos do § 2.º do artigo 1.º da Lei n.º 2586/54.

5. Resta o exame das faltas ocorridas nos dias 24, 25 e 26 de junho.

O Estatuto dos Funcionários (Lei n.º 1751/52) preceitua que, por motivo de moléstia, até três dias, o funcionário não sofre descontos nos vencimentos. Condiciona esse direito, entretanto, à apresentação de atestado médico em prazo determinado, nestes termos:

"Artigo 75 — O funcionário que por doença não puder comparecer ao serviço, ficará obrigado a fazer pronta comunicação ao seu chefe imediato, para o necessário exame médico e atestado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

Parágrafo único — O atestado médico deverá, para efeito do artigo 73, item VI, ser apresentado pelo funcionário ao chefe da repartição ou unidade de trabalho em que estiver lotado, **nos dez dias subsequentes ao da interrupção do exercício** por motivo de moléstia". (grifei)

A referida funcionária, entretanto, apresentou esse atestado intempestivamente, em 27 de julho de 1970, conforme carimbo do Cartório no verso do mesmo, isto é, passados mais de dez (10) dias da interrupção do exercício do cargo.

Assim sendo, é legítimo o desconto nos vencimentos sofrido pela servidora pelas três (3) referidas faltas.

Nesse mesmo sentido é o Parecer n.º 3.758, do extinto Conselho de Serviço Público, *in verbis*:

"Examinando-se, no entanto, o processo, verifica-se que a requerente não provou ter justificado, na época e na forma devida, as três faltas. Essa prova poderia ela produzir por meio de certidão de documentos oferecidos na ocasião ou mesmo de petição que houvesse encaminhado à autoridade competente. Mas, isso não consta do processo.

Nessas condições, é este Conselho de parecer que as faltas em referência não se acham em condições de serem consideradas justificadas, nos termos da legislação que disciplina a matéria". ("Pareceres", vol. XII, p. 323)

6. Cabe examinar, agora, a relação dessas três faltas com o que preceitua o § 1.º do artigo 74, do Estatuto, que diz:

"No caso de faltas sucessivas serão computados, para efeito de descontos, os domingos e feriados intercalados".

Não houve "domingos e feriados intercalados", pois a falta do dia 20 de junho (Sexta-feira) está justificada. Os vencimentos correspondentes aos dias 27, 28 e 29 de junho também não podem ser descontados, pois no primeiro dia útil subsequente às três faltas injustificadas a funcionária compareceu ao serviço.

Em síntese, a interessada sofrerá desconto nos vencimentos pelos dias 5 a 19 e 24 a 26 de junho.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 226-234, 1972

Parece-me, Senhor Secretário, que este entendimento expressa a melhor interpretação das regras legais concernentes à espécie.

Asseguro-lhe, nesta oportunidade, a minha inalterável admiração, estima e respeito.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 2034/CGE

PROCESSO LEGISLATIVO

Uniformidade para as diferentes pessoas (ut arts. 13, III, da Constituição Federal, e 143, da Constituição Estadual).

VETO — **quorum** qualificado e votação pública (art. 59, § 3.º, da Constituição Federal, e art. 37, § 3.º da Constituição Estadual).

Fidelidade partidária (art. 152, parágrafo único, da Constituição Federal, art. 72 da Lei n.º 5.682, de 21/7/1971 e art. 90 da Resolução n.º 9.058, de 3/9/71, do Tribunal Superior Eleitoral).

HIERARQUIA DAS LEIS:

Federal, estadual e municipal — prevalência.

LEI inconstitucional — Nulidade — Jurisprudência dominante.

LEI Orgânica de Tramandaí, art. 30, § 3.º.

Na espécie, o Senhor Prefeito Municipal de Tramandaí, através do Ofício n.º 09/72, de 26 de fevereiro último, solicita o pronunciamento desta Consultoria-Geral para dizer sobre a constitucionalidade do § 3.º do artigo 30 da LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, por entendê-lo infringente das disposições constantes das Cartas Políticas — Federal e Estadual — vigentes.

2. Eis o teor da consulta, na parte onde é exposta a dúvida:

“Na oportunidade, estamos nos dirigindo a Vossa Excelência para solicitar a gentileza de um parecer sobre o que segue:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

Se o artigo 30, § 3.º, da Lei Orgânica do Município de Tramandaí, não infringe os dispositivos Constitucionais no que se referem aos seus termos: “a apreciação de veto pelo Plenário, deverá ser feito dentro de vinte (20) dias úteis de seu recebimento, em uma só discussão e votação, com parecer ou sem ele, considerando-se aprovada a matéria se obtiver voto favorável de dois terços (2/3) dos Vereadores presentes em **escrutínio Secreto**. Se o veto não for apreciado nesse prazo, considerar-se-á acolhido pela Câmara”.

3. A solicitação se faz acompanhar de um exemplar da predita Lei Orgânica, promulgada em 7 de março de 1969, que no Título II, Capítulo II, Seção II — arts. 17/32 —, disciplina, no Município, o **processo legislativo**.

O mandamento que suscita a controvérsia na Edilidade (reservado o erro gráfico ou de linguagem, pois, em lugar de **veto**, consta no exemplar remetido — **voto**), tem a seguinte redação:

“art. 30 — Aprovado o projeto de lei na forma regimental, será ele no prazo de dez (10) dias úteis enviado ao Prefeito que, em igual prazo, deverá sancioná-lo e promulgá-lo ou vetá-lo, se o considerar inconstitucional, contrário à Lei ou ao interesse público.

“§ 1.º —

“§ 3.º — A apreciação do **veto** pelo Plenário deverá ser feita dentro de vinte (20) dias úteis de seu recebimento, em uma só discussão e votação, com parecer ou sem ele, considerando-se aprovada a matéria se obtiver voto favorável de dois terços (2/3) dos Vereadores presentes em **escrutínio secreto**. Se o **veto** não for apreciado nesse prazo, considerar-se-á acolhido pela Câmara”.

4. Esse, em síntese, o relatório.

5. É certo que o regime constitucional brasileiro conhece três (3) pessoas de direito público interno — com administração ou governo próprios, a cada qual limitada em seu objeto e área de atuação —, entre as quais se repartem ou devolvem as competências, que são definidas ou diferenciadas no Pacto Fundamental (cfe. PONTES DE MIRANDA, *apud* “Comentários à Constituição de 1967, com a EMENDA n.º 1 de 1969,” Tomo I, 2.ª ed, p. 276).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

Adota, dessarte, o sistema constitucional brasileiro o princípio das atribuições enumeradas, com reserva ou discriminação de poderes. Donde, se pode concluir que — excluídas as disposições do ordenamento constitucional — o princípio de que regra federal corta a local não é sistemático, embora seja certo que as normas locais haverão **sempre** de ser editadas com respeito e observância do sistema federal, sob pena de serem declaradas írritas.

Ministra, a propósito, PONTES DE MIRANDA, que esse sistema vigora no Brasil desde os primórdios da República, pois foi inscrito em todas as Constituições, desde a de 1891.

Veja-se:

“DIREITO FEDERAL CORTA DIREITO LOCAL?”

“Quando só se deixa ao Estado-membro, ou ao Município, aquilo sobre que não legislou o poder central, é que existe a regra jurídica, que o brocardo alemão” *Bundesrecht bricht Landsrecht*” (direito federal corta direito local) traduz. Na Constituição alemã de 1919, art. 13, alínea 1.^a, aparecia ele: “*Reichsrecht bricht Landsrecht*”. Nos Estados Unidos da América, certo, seria intrusa tal proposição, que somente pode ser invocada nos casos excepcionalíssimos de competência concorrente. De regra, o direito federal americano não corta, não rompe, não fere o direito estadual ou municipal. A Constituição, o poder constituinte, **marca as linhas discriminadoras da competência federal e das competências locais** (estadual e municipal). Tal foi o sistema do Brasil sob as Constituições de 1891 e 1934, mas já na Constituição de 1934 havia o art. 11, 1.^a parte, em que era possível falar-se do corte da legislação local pela legislação federal. No art. 5.^o, § 3.^o, também havia concorrência sem haver cumulatividade, porque, por vezes, se deixava à União o poder de escolher os limites da sua legislação. A Constituição de 1937 possuía sistema assaz complexo. Na de 1946 tinham-se os arts. 6.^o, 18, § 1.^o, e 21. Na de 1967, com a Emenda n.^o 1, de 1969, há os arts. 8.^o, parágrafo único, 18, § 5.^o, e outros.” (in ob cit., p. 274). (grifei)

RCCERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

6. A primeira indagação que se coloca ao intérprete na hipótese **sub examine**, é a de saber se é obrigatória a observância do processo legislativo marcado pela Carta Política Federal, para as pessoas locais (unidades da federação e respectivos municípios).

A resposta, sem sombra de qualquer dúvida, ha de ser positiva, por expressa determinação consignada no art. 13, inciso III, da Constituição Federal (com a Emenda n.^o 1, de 1969), que dispõe:

“Art. 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

.....
III — o processo legislativo;
.....”

7. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul — única unidade da federação brasileira que não outorga a seus municípios LEI ORGÂNICA — dispõe:

“Art. 143 — Os Municípios do Rio Grande do Sul regem-se pelas Leis Orgânicas e demais leis que adotarem, **respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição**” (grifei).

Manifesto, portanto, que a faculdade conferida aos municípios de editarem suas leis, inclusive a LEI ORGÂNICA Municipal, não se faz de forma absoluta, pois essa outorga tem limites que devem ser respeitados pelos representantes das coletividades locais, sob pena de nulidade dos atos promulgados em conflito com as coordenadas postas nos ordenamentos de maior hierarquia.

8. Assim importa verificar qual é o processo legislativo marcado pela Lei para a União, que, por via de consequência, será o do Estado-membro e, igualmente, o do Município.

No Título I, Capítulo VI, Seção V, artigos 46/59, a Constituição Federal vigente estabelece o **processo legislativo**, que, como já disse, por imposição da regra inscrita no art. 13, inciso III, se

RCCERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

torna obrigatório para os Estados e Municípios. Esse, aliás, o magistério incontroverso sufragado tanto pela doutrina quanto pelos Pretórios.

O escólio de PONTES DE MIRANDA, a propósito do assunto, pode ser conhecido, nestas passagens:

“Os atos das coletividades componentes contrários à Constituição do Estado federal são **núlos**, quer se trate de negócios jurídicos com particulares ou outras entidades, quer de leis, quer de tratados.

.....

Cabe aos Estados-membros a elaboração das suas **Constituições** e das suas **leis**. Mas, no elaborá-las, não de respeitar os princípios básicos da Constituição federal”. (Ob. cit., Tomo II, 2.^a ed., pp. 284 e 286)

Em “O Processo Legislativo”, ed. 1968, p. 95, diz Nelson de Souza Sampaio:

“Em seu art. 13, n.º III, a Constituição manda que os Estados obedeçam ao processo legislativo nela estabelecido. Mas ressalva dois pontos: proibição de decretos-leis e adoção facultativa da delegação legislativa (art. 188, parágrafo único). Significa isso que as demais normas do processo legislativo devem ser copiadas à risca pelas Constituições Estaduais? **Não pensamos assim, até porque muitas delas são inaplicáveis aos Estados.** Por exemplo, tudo que decorre da estrutura bioamoral do Legislativo da União, uma vez que, desde 1934, os Estados-membros abraçaram, sem exceção, o unicameralismo.” (grifei)

O Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao apreciar a Representação n.º 749, originária do Rio Grande do Sul, por solicitação do Senhor Governador do Estado, de então, declarou **inconstitucionais** diversos mandamentos da Carta Política Estadual de 14 de maio de 1967, por infringentes da Carta Federal, dentre os quais, pela identidade da matéria com o assunto versado na Consulta, merece destaque o do § 3.º do art. 3.º, que rezava:

“Devolvido o projeto à Assembléia no caso do § 1.º, (quando o Governador considerar ... poderá vetá-lo ...) será o mesmo dentro de vinte (20) dias de

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

seu recebimento, com parecer ou sem ele, submetido a discussão única, considerando-se aprovado se, em **escrutínio secreto**, obtiver o voto da maioria absoluta dos deputados.

Nesse caso, será o projeto enviado ao Governador, para promulgação”. (grifei)

Fulminou o Pretório Excelso esse parágrafo da Carta Rio-grandense por discordante do padrão federal, declarando-o contaminado pelo vício da inconstitucionalidade.

Nesse julgamento, como sói acontecer em matéria dessa natureza, houve longos e exaustivos debates sobre o assunto, não sendo, com efeito, demasia trazer à colação passagens com que justificaram seus votos, por exemplo, os Doutores Ministros **Thompson Flores, Eloy da Rocha e Victor Nunes**, que registraram:

a) O Senhor Ministro THOMPSON FLORES:

“Por força do art. 13, III, da Carta Federal o processo legislativo merece ser adotado nos moldes de seu art. 62 e parágrafos. O **quorum** há de ser o que dispõe aquela Carta, jamais qualquer outro, inclusive a **maioria absoluta**.

Incorre assim a alteração na inconstitucionalidade material. Acolho-a.”

b) O Senhor Ministro ELOY DA ROCHA:

“O art. 32, § 3.º manteve o art. 61 da Constituição estadual de 1947, em dissonância com o art. 62, § 3.º, da Constituição Federal de 1967, que, de modo idêntico à Constituição de 1946, artigo 70, § 3.º, exige o **quorum** de dois terços dos presentes. Pondere-se que o art. 13 da Constituição Federal de 1967 tem maior conteúdo do que o do art. 18 da Constituição de 1946. O artigo 13 menciona, expressamente, entre os princípios constitucionais que devem ser respeitados pelos Estados, os do processo legislativo.

Não está em discussão, aqui, o mérito da regra constitucional federal. As Constituições estaduais, ao menos as que pude consultar, como as da Bahia, Espírito Santo, Guanabara, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, São Paulo, reproduziram o texto da Constituição Federal.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

"Acompanho o eminente Ministro Relator, julgando inconstitucional o § 3.º do art. 32."

c) O senhor Ministro VICTOR NUNES:

"Senhor Presidente, em regra, tenho votado no sentido de reconhecer maior liberdade aos Estados, mas, no caso, o art. 13 da Constituição Federal torna imperativo para os Estados o processo legislativo da União. A maioria qualificada de dois terços dos presentes, para a rejeição do veto, é parte desse processo que os Estados devem absorver." (apud Revista de Direito Administrativo, n.º 100, pp. 249/363)

9. Induvidoso, pois, que não só pelo princípio federativo, onde existe uma verdadeira hierarquia nas leis, como ainda por determinação expressa das Constituições Federal e Estadual, se torna obrigatória a obediência, nos ordenamentos municipais, ao processo legislativo federal, que reclama, para efeitos de apreciação de votos, de um lado, *quorum* qualificado e, de outro, votação pública.

Eis os textos:

Constituição Federal:

"Art. 59

§ 3.º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de **quarenta e cinco dias**, em **votação pública**, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Nesse caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República." (grifei)

Constituição Estadual:

"Art. 37

§ 3.º — Devolvido o projeto à Assembléia, no caso do § 1.º, será ele, dentro de **quarenta e cinco dias** de seu recebimento, com ou sem parecer, submetido a discussão única, considerando-se aprovado o projeto se, em **votação pública**, obtiver o voto de dois terços da Assembléia. Neste caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Governador." (grifei)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

10. O dispositivo em confronto, da Lei Orgânica de Tramandaí, como se vê, colide com essas normas constitucionais quando declara que a apreciação do veto será feita dentro de vinte (20) dias úteis de seu recebimento, considerando-se rejeitado e aprovada a matéria de que trata o projeto de lei **vetado** "se obtiver voto favorável de dois terços (2/3) dos Vereadores presentes em escrutínio secreto", pois, segundo o modelo federal e estadual, o voto deve ser dos membros da Câmara, e em votação pública.

O *quorum* qualificado é exigência verificada em todos os assuntos considerados relevantes e, no caso, o veto se torna matéria significativa em razão da discordância que se cria entre o entendimento do Órgão Executivo e do Órgão Legislativo do Município. Requer, pois, maior cautela na decisão.

A votação pública, a seu tempo, e não secreta, resulta, sem dúvida, do princípio estabelecido no parágrafo único do art. 152 da Constituição Federal (e art. 72 da Lei de Organização Partidária, sob n.º 5.682, de 21 de julho de 1971, o art. 90 da Resolução n.º 9.058, de 3 de setembro de 1971, do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, que baixou instruções sobre a organização e filiação partidária), exigindo dos integrantes dos partidos políticos — especialmente dos detentores de mandato eletivo — fidelidade partidária, sob pena de perda do mandato.

Esse princípio trouxe grande reforço de autoridade aos partidos políticos e visou a reprimir as constantes mudanças partidárias.

11. PAULINO JACQUES, em sua obra "A Constituição Explicada", anota:

"Convém rememorar o que observamos a respeito, em nossa "Constituição Explicada", cit., às págs. 149-150: "Há cerca de 20 anos que vimos sustentando a necessidade de "regular por inteiro, num verdadeiro Código dos Partidos, a constituição, o funcionamento, as relações com os poderes públicos, as finanças, o regime repressivo e tudo quanto possa interessar ao reforço da autoridade dos partidos e ao levantamento moral de sua posição perante o Governo e o povo" (veja de PAULINO JACQUES, "O mandato político na Constituição de 1946", Rio, 1950, pág. 53). A Revolução de março de 1964 outorgou uma oportuna Lei

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

Orgânica dos Partidos Políticos" (Lei n.º 4.740, de 15 de julho de 1965), que veio atender àquela nossa advertência, e a Constituição atual abriu um capítulo especial aos "partidos políticos", com o que os elevou, muito merecidamente, à alta categoria de instituições constitucionais". Neste ensejo, não temos motivos senão para reafirmar essas considerações, tanto mais quanto a Constituição de 1969 tornou a consagrá-las e em termos ainda mais categóricos.

Realmente, abrandou o rigorismo das exigências para organização dos Partidos, reduzindo para "cinco por cento (5%) do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (item VII), quando a Constituição de 1967 tinha fixado em dez por cento (10%)", consoante prescreveria o art. 149, item VII, bem assim baixou para "sete" o número de Estados-membros, no mínimo, pelos quais se distribua o eleitorado referido (item VII *supra* trasladado) — com o que estimulou a formação de partidos nacionais, órgãos legítimos de estruturação da opinião pública, fundamentais nas democracias representativas.

De outro lado, reprimiu o "transfuguismo político" — a mudança de partido e a dissidência partidária — punindo com a perda do mandato o representante que "por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária" (a dissidência) ou "deixar o partido sob cuja legenda foi eleito" (a mudança) — cabendo à Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, decretá-la, "assegurado o direito de ampla defesa" (parágrafo único)." (ob. cit., 3.ª ed., 1970, páginas 140/150)

12. A par disso, importa não ignorar que, nos Estados federados, a hierarquia das leis e sua graduação existe e é aceita até mesmo por um sentimento de harmonia e paz internas. Sem essa prevalência regulamentar, tornar-se-ia insustentável a harmonia social reclamada pelo bem-comum, que se resolve ao natural, através do respeito ao princípio de procedência da autoridade.

AMÍLCAR DE CASTRO anota, a propósito da prevalência ou do antagonismo das leis:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

"Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, é bem conhecida a graduação de prevalência das leis: Constituição Federal, leis federais, Constituições estaduais, leis estaduais. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência na autoridade. A colisão, uma vez manifesta, está *ipso facto* resolvida: a lei mais fraca cede à superioridade da mais forte." ("Comentários ao Código Processo Civil", vol. X, p. 530)

PONTES DE MIRANDA não destoa dessa linha:

"1. HIERARQUIZAÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS ESTATAIS.

As estruturas intra-estatais e o propósito de exercício regular, disciplinado, das funções do Estado exigem certas medidas técnicas, tais como a distribuição das regras do direito em espécie de escala, em que se classifiquem por seus graus, rigorosamente, as regras jurídicas.

A mais importante das classificações, quanto a esse desígnio de taxinomia das regras jurídicas, é a que atende à maior ou menor extensão, ou à maior ou menor intensidade de criação do direito.

Quanto à extensão, as regras jurídicas são federais, estaduais ou municipais. Quanto à intensidade, as espécies são em maior número e obedecem a princípio de regularidade das regras jurídicas em relação a regras que lhe são superiores. Define-se, por bem dizer, a superioridade das regras, umas em relação às outras. A primeira espécie é a das regras constantes de uma Constituição. Se o Estado é federação, as regras constantes da Constituição Federal, porque em tal Constituição ou as regras são só discriminadoras de competência, ou contêm direito material, ou formal, que passa à frente de todas as outras regras de direito material ou de direito formal." (apud ob. e loc. cit., p. 290)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

CARLOS MAXIMILIANO registra:

"Prevalece, nos casos de antinomia evidente, a Constituição Federal sobre a Estadual, e esta contra o Estatuto orgânico do município; a lei básica sobre a anual e a ordinária, ambas, por sua vez, superiores a regulamentos, instruções e avisos; o Direito escrito sobre o consuetudinário." (apud "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 7.^a ed., 1961, p. 174)

13. E, para mais uma referência sobre os limites da auto-organização dos Municípios, não seria ocioso trazer à colação, como arremate, o magistério sempre atual de EURICO DE ANDRADE AZEVEDO:

"Em nossa organização federal, a União detém a soberania, com os poderes de auto-determinação, auto-organização, auto-governo e auto-administração. Aos Estados-membros remanescem os poderes que não foram implícita ou explicitamente reservados pela União, não possuem soberania, mas gozam de autonomia, compreendida como a capacidade de auto-organização, auto-governo e auto-administração (Of. Themistocles Brandão Cavalcanti, Manual da Constituição, 1960, página 50). Os municípios, por sua vez gozam também de autonomia, mas de uma forma mais restrita do que a outorgada aos Estados. Os municípios não possuem a auto-organização, restringindo-se sua autonomia ao auto-governo (eleição do prefeito e vereadores) e à auto-administração (no que concerne ao seu peculiar interesse)." ("Assuntos Municipais", ed. 1965, p. 33)

14. Indisfarçável, com efeito, a inconstitucionalidade do § 3.^o do artigo 30 da Lei Orgânica do Município de Tramandaí.

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 abrigam 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

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

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 decidido, 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 impetrantes, 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. ...

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

59/339; MONIZ DE ARAGÃO, "Poder de Iniciativa e Inconstitucionalidade da Lei", "Rev. 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, pág. 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.

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, deixando de aplicá-la, quando a julguem 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 Declara-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

ção de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", pág. 129, § 58, ed. 1958). ("apud" Rev. Tribunais, vol. 366, págs. 171/172 Pleno do Tribunal de Justiça de São Paulo)

16. A Câmara de Vereadores, todavia, e em razão desse fato, não pode ficar impedida de exercer as suas atribuições legais, e porque as Emendas à Lei Orgânica reclamam, de um lado, **quorum** qualificado e, de outro, processo legislativo mais complexo e demorado, para obviar tais dificuldades poderia fazê-lo, imediatamente, alterando o respectivo Regimento Interno, tal como preconizava o Senhor Ministro Gonçalves de Oliveira para o Estado do Rio Grande do Sul, ao ter o Egrégio Supremo Tribunal Federal decretado a inconstitucionalidade do art. 32, § 3.º, da Constituição do Estado (ob. e loc. cit.).

17. A vista do exposto, concluo:

1.º — Os Estados e Municípios estão obrigados, na elaboração de suas leis, a adotar o processo legislativo da União, por força não só do sistema federativo como, ainda, por expressa disposição do artigo 13, inciso III, da Constituição Federal vigente.

2.º — No Estado do Rio Grande do Sul, as Leis Orgânicas Municipais, embora editadas pelos próprios Municípios, e não outorgada pelo Estado, como é nas demais unidades da federação, devem observar, além das disposições postas na Carta Federal, as que venham a ser aplicáveis e constantes da Constituição do Estado.

3.º — O veto, para sua apreciação pelo Órgão Legislativo, reclama **quorum** qualificado e votação pública.

4.º — O § 3.º do artigo 30 da Lei Orgânica do Município de Tramandaí, por não guardar conformidade com o processo legislativo padrão, é inconstitucional, devendo ser alterado para que se torne obediente ao paradigma.

Diante, porém, da maior dificuldade apresentada, para adaptação da Lei Orgânica, é caso de antecipar tal solução, através de Emenda ao Regimento Interno da Câmara Municipal, com o que não ficará obstruído o andamento dos trabalhos dos Senhores Vereadores.

É o meu parecer — s.m.j.

Porto Alegre, 16 de março de 1972.

Orlando Giralddi Vanin
Consultor-Geral do Estado

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 234-247, 1972

A Sua Senhoria, o Senhor Cel. C. S. V.
MD. Prefeito Municipal de
RIO GRANDE — RS

Porto Alegre, 19 de junho de 1972

ATO COMPLEMENTAR — Recesso de Casas Legislativas — Consequências: a) Legislativa; b) Subsistência dos mandatos e prorrogação de mandato da Mesa; c) Serviços internos do Poder Legislativo e d) Relações com as demais instituições.

SENHOR PREFEITO,

Tenho a satisfação de me dirigir a Vossa Senhoria a fim de, acusando o recebimento do seu ofício-consulta datado de 12 do andante, prestar-lhe esclarecimentos sobre as diversas questões formuladas, que dizem respeito a dúvidas surgidas no seio da Administração Municipal de Rio Grande em razão do recesso da Câmara de Vereadores, decretado nos termos do Ato Complementar n.º 95/72, de 8 de junho fluente, baixado com base no Ato Institucional n.º 5/68.

2. O instituto do recesso parlamentar, previsto no art. 2.º e respectivos parágrafos do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, mantido em vigor pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, à Constituição Federal (art. 182, *caput*), havendo sido aplicado, inicialmente, ao Congresso Nacional (Ato Complementar n.º 38, de 13 de dezembro de 1968) e, depois, às Assembléias Legislativas da Guanabara, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo e Sergipe (Ato Complementar n.º 47, de 7 de fevereiro de 1969), sofreu regulamentação parcial pelo ATO COMPLEMENTAR n.º 48, de 24 de fevereiro de 1969.

3. Eis o que prescreve o ATO INSTITUCIONAL n.º 5/68 a propósito da figura de que se cogita:

“Art. 2.º — O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 248-255, 1972

§ 1.º — Decretado o recesso parlamentar, o Poder correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos municípios.

§ 2.º — Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais e os Vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios.

§ 3.º — Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.” (grifei)

4. O ATO COMPLEMENTAR n.º 48/69, proclamando a existência de recesso em algumas Casas Legislativas e reconhecendo a ocorrência de eleições periódicas para renovação das Mesas Diretoras dos Legislativos e à vista da eventual impossibilidade legal criada de “reunir-se para eleger novas Comissões ou Mesas Diretoras, muito embora venha terminar os mandatos dos integrantes destes” e porque afirmado o princípio da inconveniência de ficarem, tais poderes, “sem órgãos de direção que respondam pelos respectivos serviços internos e por suas relações com os demais poderes”, disciplinou a situação, prorrogando — enquanto durasse o recesso — o mandato das Mesas Diretoras das Casas atingidas pela medida, promulgando o predito ATO COMPLEMENTAR n.º 48/69, assim justificado:

“Considerando ... o recesso do Congresso Nacional e de Assembléias Legislativas de alguns Estados:

Considerando que o Senado, Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais elegem, anualmente, no início das sessões legislativas, as respectivas Comissões ou Mesas Diretoras;

Considerando que, decretado o recesso parlamentar, não poderão os órgãos legislativos reunir-se para eleger novas comissões ou Mesas Diretoras, muito embora venha a terminar os mandatos dos integrantes destas;

Considerando que, durante o período do recesso parlamentar, não podem os Poderes Legislativos ficar sem órgãos de direção que respondam pelos respecti-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 248-255, 1972

vos serviços internos e por suas relações com os demais Poderes, resolve baixar o seguinte Ato Complementar:

Art. 1.º — Fica prorrogado, enquanto durar o recesso parlamentar, decretado com fundamento no art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, o mandato das Comissões ou Mesas Diretoras do Senado, Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais.

Parágrafo único — Na hipótese de vacância, seja qual for o motivo, de qualquer dos cargos de Comissão ou Mesa Diretora, a substituição far-se-á de conformidade com o respectivo Regimento Interno, vedada a eleição de novos membros.

Art. 2.º — Este Ato Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.” (grifei)

5. Da só leitura desses textos e justificativa que os acompanha, ressalta *prima facie* — sem necessidade de maior esforço e reflexão — que o recesso parlamentar de que trata o art. 2.º do ATO INSTITUCIONAL n.º 5/68, não constitui caso de dissolução do correspondente legislativo; importa, é certo, paralização do funcionamento dele como colegiado, como órgão deliberativo, porque produz o efeito de fazer, temporariamente, cessar a atividade parlamentar — político-legislativa — de seus membros e sua função legiferante.

Os mandatos, ressaltadas as hipóteses legais de perdas, subsistem até a expiração normal dos respectivos prazos, fazendo, por isso, seus titulares jus à parte fixa dos subsídios, quando remunerados os mandatos. E, não implicando o ato em dissolução do corpo legislativo, não alcança a medida os Órgãos de direção, tais como: Comissão ou Mesa Diretora, que continuam incumbidos de dar prosseguimento aos serviços internos do Poder Legislativo atingido e às relações deste com as demais instituições.

A vista, por outro lado, da temporariedade dos mandatos dos Órgãos dirigentes dos legislativos e para obviar eventuais dificuldades daí decorrentes no curso do recesso, preveniu-as o ATO COMPLEMENTAR n.º 48/69, mediante a prorrogação do mandato dos integrantes da Mesa, enquanto perdurasse essa situação.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 248-255, 1972

Com o recesso aí previsto, dá-se a transferência da competência legiferante do Órgão ao Poder Executivo, que dela fica investido para prover sobre todas as matérias sujeitas, pela Constituição ou Lei Orgânica, à disciplinação legal. Essa transferência é ampla, irrestrita, abrangendo, assim, inclusive, o poder de emendar a lei básica, pois, inserindo-se tal poder no elenco da competência das atribuições normais do Poder Legislativo e não contendo o § 1.º do art. 2.º do ATO INSTITUCIONAL n.º 5/68 nenhuma ressalva quanto à outorga que faz ao Poder Executivo, autorizando-o a legislar sobre todas as matérias, sem qualquer restrição ou exceção expressa, a autorização dada estende-se à matéria organizacional, nada havendo, nessa prescrição do Ato Institucional, que autorize interpretação diversa, eis que medida de ordem excepcional, por sua natureza político-jurídica evidente, que excepcionais hão de ser, também, os poderes conferidos sob pena de não produzir os efeitos desejados, frustrando-se, pois, as aspirações maiores que a ditaram.

7. Convém, a propósito disso, observar que, quanto aos municípios dos demais Estados-membros da Federação, cujas Leis Orgânicas e respectivas emendas são editadas pelas unidades estaduais, o recesso a eles aplicado transfere para o Executivo correspondente somente a competência legislativa ordinária, mas, nos municípios deste Estado, onde, tradicionalmente, se consagrou o sistema das “cartas próprias”, com a outorga, às entidades municipais, do poder de organizar-se e emendar suas Leis Orgânicas, o recesso nelas verificado confere ao Prefeito autorização para, também, modificar essa lei básica municipal. E, nesse particular, a única restrição que se lhe impõe, o que, de resto, prevalece para todos, inclusive quanto à elaboração das leis ordinárias, é a derivada do dever de obediência às Constituições Federal e Estadual.

8. O poder legiferante a ser exercido pelo Prefeito deverá processar-se através da expedição de decretos-leis, nos quais haverá a invocação da competência exercida — (no caso específico desse Município, a indicação do dispositivo da Lei Orgânica — item do art. 30 — em que se fundar o exercício da competência, conjugado com o Ato Complementar n.º 95/72 e art. 2.º, § 1.º, do Ato Institucional n.º 5/68) —, pois essa invocação é que determinará a natureza do ato e a hierarquia da regra jurídica que, com ele, se editar.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 248-255, 1972

9. O Ato Complementar n.º 95/72, entrou em vigor, tão-só, com a sua publicação no Diário Oficial da União (art. 2.º), produzindo seus efeitos, independentemente de qualquer outra formalidade, a partir desse instante.

10. Feitos esses esclarecimentos, passo a responder, um a um, os quesitos integrativos da consulta:

- I) P — Pode a Mesa Diretora da Câmara Municipal continuar funcionando somente para atender o expediente comum por parte da Secretaria?
- R — Durante o recesso parlamentar, não cessam as atividades da Mesa Diretora da Câmara, que fica incumbida de dar prosseguimento aos serviços internos e às relações do Legislativo com as demais instituições;
- II) P — Os Srs. Vereadores podem continuar a freqüentar o recinto da Câmara Municipal, usando suas instalações, telefone, etc.?
- R — O acesso dos Vereadores à Câmara poderá ser admitido, mas, apenas, para servir às referidas atividades remanescentes, sendo-lhes defeso o desenvolvimento de quaisquer outras, principalmente de natureza política ou parlamentar;
- III) P — A quem cabe a guarda do prédio e alfaías?
- IV) P — Como funcionará o emprego de verbas do legislativo, visto que, a partir de janeiro último, foi instituída a contabilidade própria da Câmara Municipal?
- R — Compreendem-se nos serviços internos já aludidos os referentes à guarda e conservação dos bens imóveis, móveis, alfaías e de outros bens e valores, assim também quanto às despesas do Órgão e aplicação das verbas orçamentárias próprias;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 248-255, 1972

V) P — Qual a situação dos funcionários legislativos, onde deverão trabalhar, já que há períodos de tempo integral (manhã, tarde e noite)?

R — A Mesa Diretora da Câmara deverá pôr à disposição do Executivo Municipal os servidores que se tornarem ociosos em consequência do recesso, pois os mesmos vinculam-se ao Município e não à Câmara, esta não tem personalidade jurídica, mas competência, não sendo por essa razão afetado o vínculo desses funcionários pela medida excepcional;

VI) P — Permanecem as figuras de Presidente da Câmara e as de Vereadores?

R — Os Vereadores e a Mesa Diretora preservarão seus mandatos até a expiração dos mesmos, não sendo, no caso, de cogitar-se de pagamento de subsídios, já que, no Município em causa, prevalece a gratuidade compulsória do mandato;

VII) P — Qual a autoridade que deve dar conhecimento à Câmara Municipal do Ato Complementar que determinou o recesso?

R — O ato Complementar, que decretou o recesso da Câmara do Município, entrou em vigor, tão-só, com a sua publicação no Diário Oficial da União, verificada em 8 de junho em curso, dispensada qualquer outra formalidade para que se produzam seus efeitos jurídicos, cabendo ao Prefeito, à Mesa da Câmara e demais autoridades fazê-lo cumprir integralmente;

VIII) P — Nos termos do AI-5, compete ao Poder Executivo editar leis, qual o procedimento a adotar?

IX) P — Pode a Lei Orgânica sofrer alterações no período legislativo de responsabilidade do Poder Executivo?

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 248-255, 1972

R — O Prefeito legislará, inclusive no caso de emendas à Lei Orgânica, através de decretos-leis, devendo neles invocar, expressamente, o dispositivo dessa Lei, em que se fundar a competência exercida, em combinação com o Ato Complementar n.º 95/72 e art. 2.º, § 1.º, do Ato Institucional n.º 5/68;

X) P — No caso de impedimento do Prefeito nomeado, quem deverá substituí-lo?

R — A substituição do Prefeito regula-se pela Lei Orgânica, segundo a vocação nela estabelecida, que se aplicará normalmente, já que permanece a Mesa Diretora da Câmara em funcionamento, prorrogando-se o mandato dos seus integrantes até o seu término (ATO COMPLEMENTAR n.º 48/69): no caso específico, todavia, por se tratar de município integrante da Área de Segurança Nacional, na forma da Lei n.º 5.449/68, o PREFEITO é nomeado pelo Governador do Estado, podendo essa autoridade nomear, também, substituto para os casos de impedimentos ou ausências eventuais superiores ao tempo marcado em lei, respeitados os pressupostos e demais condições inscritos nessa lei — prévia aprovação do nome pelo Sr. Presidente da República.

XI) P — As eleições para vereadores sofrerão alterações com o recesso decretado?

R — As eleições para Vereadores transcorrerão normalmente, a cargo da Justiça Eleitoral.

11. Embora não referida na consulta, a fiscalização financeira e orçamentária do Município, as contas do Prefeito e julgamento dos demais administradores e responsáveis por bens e valores ficam a cargo do Tribunal de Contas do Estado, por não possuir o Município, Tribunal de Contas próprio (art. 2.º, § 3.º, do Ato Institucional n.º 5/68).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 248-255, 1972

12. Certo de haver prestado os esclarecimentos necessários e permanecendo ao inteiro dispor dessa edilidade, prevaleço-me do ensejo para reafirmar a Vossa Senhoria, Senhor Prefeito, expressões de alto apreço e especial consideração.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 2027/CGE

ISENÇÃO FISCAL. — Compete isentar quem tem o poder de criar o tributo.
Taxa Rodoviária Única e a obrigação fiscal da C.E.E.E.

A Companhia Estadual de Energia Elétrica recolheu ao Tesouro do Estado, como pagamento da Taxa Rodoviária Única, no exercício de 1970, a importância de Cr\$ 75.487,00, relativos aos seus veículos e mais Cr\$ 2.146,00 por suas ambulâncias.

Amparada na Lei n.º 4.136/61, que, dispondo sobre sua organização, concedeu-lhe isenção de impostos, taxas e quaisquer outros ônus fiscais de competência do Estado, requereu à Secretaria da Fazenda, através do processo n.º 1.927/71, a devolução da parcela que corresponde ao Estado, isto é, 35% sobre a TRU e mais a importância referente às ambulâncias, que foi paga sem ser devida.

Aliás, no exercício anterior, idêntico procedimento tivera a C.E.E.E., tendo obtido do então titular da Secretaria da Fazenda despacho favorável à sua pretensão. Todavia, como os órgãos técnicos da Secretaria da Fazenda entendem que a Lei n.º 4.136/61 foi revogada pela Lei n.º 5.400, de 31/12/66, e, portanto, amparo legal não tem a C.E.E.E. para o que pleiteia, fez com que o Senhor Secretário a esta Consultoria se dirigisse, solicitando parecer sobre a matéria.

É o relatório.

2. O Decreto-lei n.º 999, de 21/10/69, que instituiu a Taxa Rodoviária Única, diz:

“Art. 3.º — São isentos do pagamento da Taxa Rodoviária Única:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 255-259, 1972

- a) — a União, os Territórios, o Distrito Federal, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias, bem como as sociedades de economia mista ou empresas estatais, apenas enquanto subvencionadas pela União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios;

- f) — os proprietários de ambulâncias.” (grifei)

“Art. 5.º — Os Estados, Territórios e o Distrito Federal entregarão ao Departamento Nacional de Estrada de Rodagem 40% do que arrecadarem da T.R.U.

Parágrafo Único — A lei estadual fixará os critérios de rateio entre o Estado e seus Municípios, levando em conta o total arrecadado e o número de veículos licenciados.”

Do acima exposto, conclui-se que, não sendo a C.E.E.E. empresa subvencionada, não se enquadra nas isenções previstas na letra “a” do art. 3.º. Porém, o que a C.E.E.E. deseja é eximir-se do pagamento da parcela da TRU que cabe ao Estado (35%), amparada na lei estadual n.º 4.136/61, cujo art. 9.º e parágrafo dispõem:

“É concedida à Companhia Estadual de Energia Elétrica, durante o prazo de sua duração, isenção de impostos, taxas e quaisquer ônus fiscais de competência do Estado, cabendo a este solicitar às outras entidades de direito público os mesmos favores para a sociedade.

Parágrafo único — A isenção de tributos estaduais será efetivada, automaticamente, pelos órgãos arrecadadores, independentemente de qualquer providência da Companhia.”

A Lei n.º 5.400/66, que extinguiu e criou tributos, estabeleceu, em seu art. 5.º, ficarem revogadas as disposições em contrário, “especialmente as concessivas de benefícios fiscais.”

Expressão genérica que entendemos não ser suficiente para revogar uma lei especial. Para que isso ocorresse, necessário seria a existência de outra lei que ao seu conteúdo se referisse expressamente. Aliás, esta Consultoria, através do Parecer 384/GAJ,

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 255-259, 1972

de autoria do dr. Elmo Pilla Ribeiro, aprovado pelo Senhor Governador do Estado, analisou detidamente a vigência da lei n.º 4.136/61, face à n.º 5.400/66:

“No que tange especificamente às empresas concessionárias dos serviços de produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica, havia a União editado regras de isenção ampla, como se vê do Decreto-lei n.º 2.281, de 1/1/940, que dispõe:

Art. 1.º — A partir de 1.º de janeiro de 1940, todas as empresas que produzem ou apenas transmitem ou distribuem energia elétrica, ficam isentas de quaisquer impostos federais, estaduais ou municipais, salvo os de consumo, de renda e de vendas e consignações, incidindo este somente sobre o material elétrico vendido ou consignado, e os territorial e predial sobre terras ou prédios não utilizados exclusivamente para fins de administração, produção, transmissão, transformação ou distribuição de energia elétrica e serviços correlatos. (grifei)

Tal disposição foi reafirmada pelo art. 109 do Decreto n.º 41.019, de 26/2/957, que, com fundamento no Código de Águas e leis posteriores, regulamentou os serviços de energia elétrica no país.”

Examinando se existe isenção de impostos estaduais, outorgada pelo próprio Estado, relativamente a empresas concessionárias de energia elétrica, assim se manifesta o prof. Elmo Pilla Ribeiro no referido parecer:

“É oportuno ressaltar que dita isenção só pode referir-se a impostos e taxas incluídos na esfera tributária do Estado, e, pois, diversos dos que recaem sobre a produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica, relativamente aos quais só à União compete decretar impostos (art. 22, IX, da Constituição Federal de 1967 e art. 74 do Código Tributário Nacional).”

Chega-se então ao exame da subsistência do art. 9.º e parágrafo único da Lei Estadual n.º 4.136, de 13/9/961.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 255-259, 1972

E diz:

“Relativamente, porém, ao imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles concernentes, e às **taxas estaduais**, cumpre observar haver sido concedida a isenção dos mesmos (englobada dentro da isenção geral) à Companhia Estadual de Energia Elétrica “durante o prazo de sua duração” nos termos do já referido art. 9.º da Lei 4.136, de 13/9/1961.” (grifei)

Se entendemos que a Lei n.º 4136/61 subsiste, não obstante a vigência da Lei n.º 5.400/66, não tem ela, no entanto, poder de isentar tributo criado pela União. A referida Lei tem validade somente para aqueles tributos cuja instituição é da competência do Estado (*ex vi* do art. 23 da Const. de 69).

RUY BARBOSA NOGUEIRA, in Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário — pág. 193, assim se manifesta:

“Isenção — é a dispensa do tributo devido, feita por disposição expressa da lei e por isso mesmo excepcional. A isenção é um favor, que retira o objeto do campo da incidência. Por isso só se pode isentar o que esteja “a priori” tributado. **Somente pode isentar, quem tenha poder para criar o tributo, pois é uma dispensa da obrigação de pagar.**” (grifei)

Assim sendo, concluímos que:

- 1.º — subsiste a regra do art. 9.º e parágrafo único da Lei n.º 4.136/61, para os tributos instituídos pelo Estado;
- 2.º — sendo a Taxa Rodoviária Única (TRU) tributo instituído pela União, somente a ela cabe o poder de isentar;
- 3.º — nos termos do art. 9.º da Lei n.º 4.136/61, poderá o Estado, com vistas à situação futura, solicitar à União isenção da TRU em favor da C.E.E.E.;
- 4.º — cabe à C.E.E.E. a devolução da total importância paga por suas ambulâncias, de acordo com o que preceitua a letra “f”, do art. 3.º, do Decreto-lei n.º 999/69, indevidamente cobrada;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 255-259, 1972

- 5.º — não cabe devolução dos Cr\$ 28.566,45, referentes a 35% da TRU e destinados ao Estado, eis que não são provenientes da taxa de competência do Estado como dispõe a Lei n.º 4.136/61.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 3 de março de 1972.

José Alexandre Zacchia
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 255-259, 1972

TRABALHOS FORENSES

DA APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL PELOS TORREFADORES DE CAFÉ

M E M O R I A L

Os impetrantes são torrefadores de café.

A política econômica do café brasileiro, no país e no estrangeiro, está submetida ao regime previsto no art. 163 da Emenda Constitucional n.º 1:

“São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

“Parágrafo único. Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.”

Executor da política econômica do café é o Instituto Brasileiro do Café (IBC), autarquia federal, criada pela Lei n.º 1.779, de 22/12/52, que lhe define os fins, diretrizes e atribuições.

É ponto pacífico nos presentes autos que o IBC adquire do produtor o grão de café por determinado preço, e o vende ao torrefador por outro, sensivelmente **menor**. O IBC dita o preço de todas as operações com o café, que são as seguintes:

- a. o produtor vende o café em grão ao IBC, por cem;
- b. o IBC vende o café em grão ao torrefador por cinquenta;
- c. o torrefador vende o café moído e torrado ao consumidor, por mais ou menos de cem, conforme determinar o IBC.

Nota: os preços acima indicados são exemplificativos do que realmente acontece.

O Instituto Brasileiro do Café não fornece aos torrefadores nota fiscal ou outro documento comprobatório da existência de imposto pago relativamente a qualquer operação anterior com a mesma mercadoria. O único documento que o IBC fornece aos torrefadores adquirentes do seu café em grão é a 5.^a via do pedido de fornecimento, no qual os solicitantes expressamente acordam em submeter-se às exigências contidas nas resoluções do Instituto Brasileiro do Café, dentre as quais se encontram as que estabelecem a limitação do preço de venda e do lucro dos torrefadores. Na composição do preço de venda do café ao consumidor, o IBC sempre considerou um acréscimo percentual correspondente à responsabilidade integral por parte dos torrefadores pelo pagamento do ICM, sem utilização de qualquer crédito fiscal.

Os torrefadores impetram a segurança exatamente com vistas a assegurar o aproveitamento do crédito fiscal relativo a uma pretensa tributação anterior pelo ICM, invocando o princípio constitucional da não-cumulatividade.

No presente memorial, pretende o Estado do Rio Grande do Sul demonstrar, singelamente:

- 1) que os impetrantes carecem de condições para obter uma sentença de mérito favorável, porque seu pretensão direito não é líquido nem certo;
- 2) que os impetrantes carecem de condições para obter uma sentença de mérito favorável, porque o Estado não tem legitimação passiva para a causa;
- 3) que a concessão da segurança implicaria na restituição de tributo indireto, e o mandado de segurança é meio inidôneo para a obtenção desse fim;
- 4) que, mesmo admitindo, para argumentar, a existência de tributação anterior, ainda assim não haveria violação do princípio da não-cumulatividade;
- 5) que a pretensão dos impetrantes distorce o princípio da não-cumulatividade e fraudula o disposto no art. 163 da Emenda Constitucional n.º 1.

1.

Que incida em tese o imposto de circulação de mercadorias na saída de estabelecimento produtor para o Instituto Brasileiro do Café não se discute. Ignora-se, porém, se, no caso concreto, houve ou não o pagamento desse imposto. Ora, a Emenda Cons-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

titucional n.º 1 manda calcular o tributo, abatendo-se o montante cobrado nas operações anteriores, isto é, o montante do denominado "crédito fiscal". Não basta que tenha havido a incidência em tese do imposto para que surja o crédito fiscal. É preciso que tenha sido efetivamente pago. Ignora-se, porém, no caso sub judice, se houve esse pagamento, tanto mais que, no documento de fls. 480, o Instituto Brasileiro do Café informa que não recolhe o ICM. Há dúvida invencível, nos presentes autos, a exigir a produção de meios de prova incompatíveis com o rito processual do mandado de segurança que, por isso, deve ser denegado.

1.1.

Também sob outro aspecto se ressalta a ausência de liquidez do direito. Normalmente, por direito líquido e certo entende-se o direito demonstrável de plano, mediante prova exclusivamente documental. Não se confunde direito líquido e certo com crédito líquido e certo, isto é, crédito de quantia certa em dinheiro. Ocorre, todavia, que os impetrantes pretendem a segurança para o efeito de abater do imposto a pagar crédito fiscal correspondente a operações anteriores. Mas como se fará o cálculo do tributo devido se a Justiça determinar o abatimento de importância indeterminada e indeterminável? Como se abaterá de quantia determinada crédito fiscal de valor ilíquido? A impossibilidade está a indicar a necessidade de se exigir, aqui, liquidez também no segundo sentido. Não recebendo os impetrantes, do Instituto Brasileiro do Café, nota fiscal em que se declare o valor do crédito fiscal, é impossível à Administração Estadual (e aos próprios impetrantes) saber o seu exato montante. Conceder-se a segurança, nessas condições, importaria em reconhecer-se aos impetrantes um crédito fiscal de valor indeterminado e indeterminável, tanto mais que não se sabe onde foi efetuada a tradição, ignora-se quem transportou a mercadoria, e outros fatos relevantes para se saber se o frete integrou a base de cálculo, ou não, e, no caso afirmativo, o valor desse frete.

Nota. A bem da verdade se reconhece aqui, e expressamente, que improcede esta preliminar se o que pretendem os Impetrantes é apropriar-se do crédito fiscal calculado sobre o valor da aquisição (produto da alíquota pelo valor da venda feita pelo IBC aos Impetrantes; e não o produto da alíquota pelo valor da venda feita pelo produtor ao IBC). A inicial não é clara, quanto ao pedido.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

2.

O Estado não é parte legítima "ad causam". Os impetrantes pretendem a segurança para se apropriar de crédito fiscal cujo valor deveria ter sido, mas não foi, destacado em nota fiscal emitida pelo Instituto Brasileiro do Café. Sob o aspecto puramente formal, a autoridade coatora é estadual, porque é o Estado que se nega a reconhecer o crédito fiscal. Sabe-se, entretanto, que o problema da legitimação para a causa envolve o mérito, e isso permite que se aprofunde a questão, para se demonstrar que a segurança foi mal endereçada.

Efetivamente: por que se recusa o Estado a reconhecer o crédito fiscal? Porque inexistente nota fiscal em que se declare a existência e o valor do crédito. O Instituto Brasileiro do Café tem, como todos, o dever de emitir nota fiscal. Não o fez. Ilegalidade houve. Mas de quem? Evidentemente que do Instituto Brasileiro do Café. Portanto, contra este é que deveriam ter os impetrantes pedido a segurança, mesmo porque o Estado do Rio Grande do Sul não é solidariamente responsável pelos atos daquela instituição federal.

Suponha-se que um comerciante qualquer revenda mercadorias sem emitir nota fiscal. Poder-se-ia impetrar mandado de segurança contra o Inspetor Geral do ICM porque ele deixou de cumprir com a obrigação tributária acessória, que é a emissão de nota fiscal? Ou será que se chegará, de passo em passo, à afirmação de que o crédito fiscal existe ainda que não tenha sido destacado o seu valor na nota fiscal, tenha ou não sido pago o imposto nas operações anteriores?

2.1.

Embora não tenha o Estado procuração do Instituto Brasileiro do Café, a impetração, erroneamente dirigida, obriga a que se faça a sua defesa.

E o que poderia alegar o IBC? Recusando-se a transmitir crédito fiscal, terá cometido grosseira ilegalidade?

A resposta é NÃO. Aparentemente, o IBC tinha o dever legal de emitir nota fiscal, destacando o valor do crédito fiscal, permitindo, assim, aos impetrantes abater, na operação seguinte, o seu valor. Não o fazendo, causou prejuízo aos impetrantes, obrigados a recolher o ICM sobre o valor total da operação seguinte, sem qualquer abatimento.

Ocorre, porém, que o IBC vendeu café aos impetrantes por preço muito inferior àquele pelo qual o adquirira. Portanto, não

fez repercutir o imposto sobre os impetrantes. A mercadoria foi entregue aos impetrantes desacompanhada do crédito fiscal, porque a eles vendida sem qualquer ônus tributário. Somente sofismando se poderá concluir que, adquirindo mercadoria por cem, e vendendo-a por cinquenta, teria o IBC prejudicado o adquirente!

Acresce notar que a intervenção da União no domínio econômico, através do IBC, levou à fixação de preços de tabela, para a venda ao consumidor. Na fixação desse preço, levou o IBC em conta o tributo que deveria ser pago pelo torrefador, calculado sobre o valor total da operação, sem qualquer abatimento. Fixou-se, também, o lucro do torrefador (doc. de fls. 487 e 488).

Não podem insurgir-se os impetrantes contra essa limitação de seus lucros, porque decorrente de ato lícito da União: intervenção no domínio econômico, tanto mais que, adquirindo o café, expressamente concordaram com as condições estabelecidas pela União, entre elas, a do lucro prefixado (vide pedidos de café ao IBC).

Admitir-se, agora, o crédito fiscal importará em aumento injustificado desse lucro, sem nenhum proveito para o consumidor ou usuário. **O fim visado pelos Impetrantes é substancialmente ilícito: buscam, através do presente mandado de segurança, aumentar seus lucros além do limite estabelecido pelo órgão competente, que é o IBC.** E isso a pretexto de que teriam sofrido um prejuízo, por ato ilegal do IBC, quando na verdade, o único prejudicado, nesse conjunto de operações, é o próprio IBC, vendendo por cinquenta mercadorias adquiridas por cem!

3.

Um outro aspecto, que parte da consideração do ICM como tributo tipicamente indireto, também leva necessariamente à denegação da segurança.

É certo que os impetrantes recolheram o tributo, calculado sobre o valor total da operação e sem qualquer abatimento, por ocasião da saída para o consumidor. Trata-se, pelo menos, de fato alegado pelos impetrantes e não contestado pela autoridade coatora.

Ora, se houve o pagamento do tributo, o que é que pretendem os impetrantes, quanto às operações ocorridas no passado? Evidentemente que a restituição, ainda que sob a forma de compensação (apropriação de créditos fiscais). A forma — compensação — certamente não altera o conteúdo: restituição.

Pois bem, o mandado de segurança é inidôneo para a obtenção desse fim:

- a) porque "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança" (Sum. 269). De que a ação de repetição de indébito constitua ação de cobrança parece não haver dúvida;
- b) porque a restituição de tributo indireto somente cabe quando não houve repercussão (Sum. 546). Saber se houve ou não repercussão é questão que, geralmente, demanda a produção de prova pericial, incompatível com o mandado de segurança;
- c) porque, no caso concreto, pode-se ter como certo que **houve** essa repercussão já que incluído o tributo no cálculo do preço de venda (docs. de fls. 487 e 488). Reconhecida a ocorrência de repercussão, o mandado de segurança deverá ser conhecido, mas denegado, face à súmula 546!

4.

O fundamento jurídico da impetração é a alegada violação do princípio da não-cumulatividade do imposto sobre circulação de mercadorias, expresso no art. 23, inciso II, da Emenda Constitucional n.º 1: "Compete aos Estados... instituir impostos sobre operações relativas a circulação de mercadorias..., impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado."

Admita-se, para argumentar, que no caso concreto houve tributação anterior. Ainda assim não poderá prosperar a impetração, porque não se ofendeu o princípio constitucional da não-cumulatividade.

4.1.

O ICM tem sido caracterizado pelos doutrinadores como imposto sobre o **valor acrescido**. E nisso reside, precisamente, toda a dificuldade: é que na presente hipótese, por força da intervenção da União no domínio econômico, ao invés de **valor acrescido**, há **valor diminuído**. O IBC adquire café por cem e o vende por cinquenta ao torrefador que, por sua vez, o revende por mais ou menos de cem, conforme o preço de tabela fixado por aquele

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

Instituto. (Os números são exemplificativos). É natural que a aplicação de regras feitas na previsão da existência de **valor acrescido** não possa ser feita com facilidade e de modo simplista, quando há **valor diminuído**.

É fundamental para a decisão da controvérsia se tenha idéia precisa do que seja **cobrança cumulativa** de imposto, porque o fim buscado pela Constituição é a não-cumulatividade. O abatimento do imposto pago anteriormente é um **meio** utilizado para a consecução do fim. A mesma finalidade poderia ter sido alcançada através de outros dois métodos: incidência sobre uma única operação, por exemplo, a saída para o consumidor ou usuário; e o cálculo do imposto tendo por base o valor acrescido.

4.2.

Já que a não-cumulatividade é o fim buscado pela Constituição, pergunta-se: em que consiste, afinal?

Certamente não caracteriza a cobrança cumulativa o fato de se cobrar imposto mais de uma vez: o ICM incide em múltiplas operações (venda do produtor ao comerciante atacadista, deste ao varejista, deste ao consumidor). Aliás, é o imposto sobre as **operações** relativas à circulação de mercadorias.

Também não basta, por si só, para caracterizar cobrança cumulativa, o fato de se cobrar imposto sobre valor já tributado. Se a Volkswagen vende um automóvel a particular, o imposto incide. Se o particular vende este automóvel a comerciante, não incide. E se esse comerciante o revende, deve pagar imposto sobre o valor total da operação, sem qualquer crédito fiscal. O veículo terá sofrido dupla tributação, sem existir cumulatividade. Por quê? Porque a mercadoria chegará às mãos do usuário, etapa final da circulação. Na venda deste ao comerciante teve início nova operação de circulação, a findar em mãos de outro consumidor. Fica assim evidenciado que a cobrança de imposto sobre base de cálculo já tributada não caracteriza, por si só, ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

4.3.

Criou-se o ICM não-cumulativo para substituir o IVC cumulativo. Então, para caracterizar o que seja a não-cumulatividade do ICM, deve-se recorrer ao exame da cumulatividade do IVC. Um exemplo numérico esclarece.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

Suponha-se mercadoria sujeita a sucessivas vendas, a saber, do produtor ao industrial, do industrial ao comerciante atacadista, do comerciante atacadista ao comerciante varejista, e do comerciante varejista ao consumidor. Admita-se que a venda do produtor ao industrial se faz ao preço de Cr\$ 50,00; que a venda do industrial ao atacadista se realiza por Cr\$ 100,00; que a venda do comerciante atacadista ao varejista se faça ao preço de Cr\$ 120,00; e que o comerciante varejista venda ao consumidor por Cr\$ 150,00. Admita-se ainda que em cada dessas operações tenha incidido o imposto sobre vendas e consignações (IVC), à alíquota de 6%, e que o valor do imposto já esteja incluído no preço antes mencionado.

Vendedor	Preço	Alíquota	IVC na operação	IVC acumulado na mercadoria	Percentagem de IVC na mercadoria ou alíquota real
Produtor	50,00	6%	3,00	3,00	6%
Industrial	100,00	6%	6,00	9,00	9%
Atacadista	120,00	6%	7,20	16,20	13,50%
Varejista	150,00	6%	9,00	25,20	16,80%

O quadro revela a forma de atuação de um imposto cumulativo sobre uma mesma mercadoria no percurso que inicia no produtor e que termina no consumidor. Por ocasião de cada tributação, aplica-se a alíquota sobre o valor total da venda. Em cada operação, o preço (coluna II) é acrescido de novas parcelas de lucros e custos. Então, apesar de manter-se estável a alíquota

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

(coluna III), o IVC cobrado em cada sucessiva operação cresce proporcionalmente ao aumento do preço (coluna IV). Mas esta alíquota (coluna III) é apenas nominal: a partir da segunda operação tributada, acumula-se o imposto na mercadoria (coluna V), e a alíquota real (coluna VI) se eleva de forma a alcançar em apenas três operações cumulativas uma alíquota real (ou percentagem de IVC na mercadoria) de quase 300% da alíquota nominal.

4.4.

Como o IVC era tributo tipicamente indireto, sendo seu valor suportado, a final, pelo consumidor, percebe-se que a cobrança de imposto cumulativo levava o consumidor ou usuário final a pagar, de fato, quantia de imposto tanto maior quanto o número de operações ocorridas até o produto chegar às suas mãos. Se o produtor vendia diretamente ao consumidor, o preço de aquisição continha de imposto uma vez o produto da alíquota pelo valor da operação. Se houvesse duas operações de intermediação, o consumidor podia pagar de imposto quase três vezes o produto da alíquota pelo valor da operação, como se viu no exemplo. E assim por diante. Tudo isso com a agravante (não essencial) de calcular-se imposto sobre imposto.

Pois bem, o princípio da não-cumulatividade remedia isso tudo. **Impede que**, no custo da aquisição, pelo consumidor ou usuário, haja mais imposto do que uma vez o produto da alíquota pelo valor final. Hoje, graças à adoção do princípio da não-cumulatividade, sabe-se, com certeza, que nenhum consumidor ou usuário paga, de imposto, mais do que (atualmente) 16% sobre o valor da operação. Assim não ocorria ao tempo do IVC, em que a alíquota de 6% podia significar, de fato, 15%, 30% ou mais.

Esta diversidade na alíquota real do imposto cumulativo também importava em ofensa ao princípio da isonomia. Em função do número de operações intermediárias, a mercadoria continha uma vez ou muitas vezes o produto da alíquota pelo seu custo final, onerando diversamente os consumidores de um mesmo tipo de produto. Em outras palavras, não havia uniformidade de alíquotas (reais).

4.5.

Feita esta explicação, compreende-se que a não-cumulatividade impede que, no custo da aquisição da mercadoria, haja com-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

ponente de imposto superior ao produto da alíquota pelo valor da operação. Com isso também realiza o princípio da isonomia, como se viu.

O princípio da não-cumulatividade visa, em última análise, a proteger o consumidor ou usuário. O antigo imposto sobre vendas e consignações chegou a ser denominado de "imposto de vida cara", porque a cumulatividade fazia com que a mercadoria chegasse ao produtor ou usuário, com duas, três, sete ou mais vezes o produto da alíquota pelo valor da operação.

Por isso, pode-se demonstrar, matematicamente, a existência da cumulatividade, se a mercadoria chega ao consumidor ou usuário final contendo, no custo, mais do que uma vez o produto da alíquota pelo valor da operação.

Ora, é certo que o café vendido pelos impetrantes não contém em seu preço mais do que um vez o produto da alíquota pelo valor da operação. Se houve uma tributação anterior, o que se admite apenas para argumentar, o seu ônus foi inteiramente absorvido pelo órgão que realiza a política econômica do café. Essa circunstância não é somente aludida nas informações da autoridade coatora, mas admitida na inicial (fls. 12: "O IBC compra o café do produtor por preço mais caro do que pelo qual vende ao torrefador (Doc. de n.º 9 e 9a).")

Assim sendo, percebe-se por que a intervenção da União no domínio econômico, através do IBC, não importou em ofensa ao princípio da não-cumulatividade. É que, ainda que se pudesse admitir tenha incidido imposto sobre base de cálculo já tributada, a mercadoria chega ao consumidor com componente de imposto no custo não superior ao produto da alíquota pelo valor da operação.

Os impetrantes alegam ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Como sustentar essa afirmação, se eles, impetrantes, não tiveram qualquer prejuízo, nem foram prejudicados os consumidores, mas sim a União? É uma estranha cumulatividade, essa, que não onera o custo da mercadoria!

5.

Se as incidências acumuladas de imposto dentro da mercadoria vão onerar exclusivamente o consumidor final; se o benefício da não-cumulatividade visa a proteger esse consumidor final; se a não-cumulatividade, como benefício ao consumidor final, tem por finalidade realizar, concretamente, o princípio da isonomia, evitando a diferenciação tributária (alíquotas reais di-

ferentes) em razão da só existência de um maior número de operações de circulação; e se, no caso concreto, o consumidor não foi onerado com cobrança cumulativa de tributo, e nem obterá qualquer vantagem com a concessão da segurança, é porque está havendo uma distorção do princípio, por parte dos impetrantes.

Essa distorção mais se acentua, quando se percebe que, em última análise, o propósito dos impetrantes é aumentar a sua margem de lucros, além dos limites fixados pelo IBC, com burla da política econômica da União, baseada no art. 163 da Emenda Constitucional n.º 1, e sem qualquer benefício para os consumidores, destinatários do benefício da norma constitucional da não-cumulatividade. Realmente, os impetrantes procuram afastar de forma indireta, a presença indesejável da autoridade federal, que lhes limita os lucros, e para isso invocam o princípio da não-cumulatividade. Invocação de um princípio constitucional para fraudar a aplicação de outro. Esquecem-se os impetrantes que os dispositivos constitucionais não se chocam uns com os outros. não se guerreiam mutuamente, mas se harmonizam e se completam.

6.

Concluindo: essencialmente, a pretensão dos impetrantes assenta na premissa (não demonstrada) de que existe cobrança cumulativa sempre que se cobra imposto sobre base de cálculo já tributada. Em contrapartida, sustenta o Estado que só existe cobrança cumulativa quando o adquirente paga (de fato, porque, de direito, quem recolhe o imposto é aquele que promove a saída) mais imposto do que o produto da alíquota pelo valor da operação. Para salientar, em outro plano, a diferença, suponha-se que algum Estado cobre apenas 8% na primeira operação, deixando os 8% restantes para cobrança na operação seguinte. De acordo com a tese dos impetrantes, haveria cobrança cumulativa, porque o imposto teria incidido duas vezes sobre a totalidade da base de cálculo. De acordo com a tese do Estado, haveria ofensa ao princípio da uniformidade da alíquota, mas não ao princípio da não-cumulatividade.

A premissa dos impetrantes, data venia, leva à distorção das finalidades do artigo 23, inciso II, da Emenda Constitucional n.º 1 e, no caso concreto, frustraria os objetivos do artigo 163 da mesma Emenda.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 263-274, 1972

Em muitos casos, a defesa de interesses privados constitui também defesa de interesse público, dado o entrelaçamento das normas que constituem a ordem jurídica. Isso não ocorre, no caso *sub judice*, em que ao interesse público (política, econômica do café) claramente se opõe o interesse dos impetrantes (obtenção de lucros além do limite estabelecido pelo IBC).

Porto Alegre, 17 de abril de 1972.

Jorge Arthur Morsch
Consultor Jurídico

ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL

M E M O R I A L

RECURSO EXTRAORDINARIO N.º 72.490

A Recorrida: A. S/A. — A., C. e I., adquiriu madeiras de produtores estabelecidos em outras unidades da Federação (Paraná e Santa Catarina), onde o movimento da mercadoria sofreu a correspondente tributação de Imposto de Circulação de Mercadorias, já que se verificou o fato gerador, ficando a compradora (Recorrida) com o respectivo crédito fiscal.

2. — Em momento posterior, veio a Recorrida a destinar essa mercadoria ao comércio externo, operação esta **IMUNE** de tributos, nos termos do art. 24, § 5.º, da Constituição Federal de 1967 (= art. 23, § 7.º, da **EMENDA N.º 1** de 1969).

3. — Adotado o princípio da não-cumulatividade do Imposto de Circulação de Mercadorias, o crédito fiscal pressupõe sempre operação tributável. Inexistindo esta, não surge aquele, impondo-se o estorno do que, eventualmente, houver sido lançado, nos termos da **LEI ESTADUAL n.º 5373/66** — art. 10, § 1.º, inciso I —, de vez que, como afirmado, não há crédito fiscal sem imposto a pagar.

Não há direito para o contribuinte sem obrigação desse mesmo contribuinte.

Será fácil entender a razão do estorno, desde que se tenha presente o mecanismo do sistema, que conhece dois métodos para apuração do crédito fiscal — o específico e o global.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 274-280, 1972

No método específico, a mercadoria é catalogada individualmente, cada artigo, cada produto registra a respectiva carga tributária e, na operação seguinte, na saída, se faz o cálculo do imposto devido, abatendo-se a carga (= imposto pago na operação) anterior, que expressa o crédito fiscal. Não havendo imposto a pagar, não haverá crédito fiscal a considerar.

No método global, a mecânica não é muito diversa, reclama apenas outras caminhadas para chegar ao mesmo resultado. Toma-se em determinado período: **QUINZENA** ou **MÊS**, o conjunto de mercadorias e, através delas, se vai à procura do **SALDO FISCAL**, considerando-se a **SOMA de imposto pago nas mercadorias entradas** no estabelecimento (= crédito fiscal ou carga tributária de todas as mercadorias) e verifica-se o imposto devido pelas mercadorias saídas do estabelecimento (= débito fiscal ou imposto incidente sobre as operações de venda e devido), constituindo a diferença entre o débito fiscal e o crédito fiscal o saldo fiscal.

A exemplo do método específico, se determinada mercadoria ou certo lote de mercadorias (por qualquer razão) deixar de ser tributável, se impõe estornar o crédito fiscal lançado, por não ocorrer com tais mercadorias o pressuposto necessário, i. é, incidência de imposto e o contribuinte que não estornar ficará, indevidamente, creditado por valores ilegítimos, porquanto, em todas as operações, há um certo momento em que a carga tributária (= crédito fiscal) se incorpora definitivamente no custo ou porque o adquirente não tenha competência (= o consumidor em geral) ou porque surja uma daquelas situações em que não possa gerar crédito fiscal porque a operação seguinte seja **IMUNE** ou **ISENTA DE TRIBUTO**.

Assinale-se, **CRÉDITO FISCAL** é apenas o montante que deve ser abatido no cálculo do tributo devido. Não significa, portanto, que alguém se torne credor do Estado pelo fato de haver pago imposto devido. Autoriza, a lei, pelo princípio da não-cumulatividade, que, em cada operação, seja abatido o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado (**EMENDA N.º 1** de 1969, art. 23, II).

4. — A Recorrida — argüindo a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 1.º, inciso I e 25, inciso XI — da **Lei 5373/66**, que “dispõe sobre operações relativas à circulação de mercadorias” e arts. 18, § 1.º, inciso I e 30, do respectivo Regulamento, Decreto n.º 18389/67 —, impetrou **MANDADO DE SEGURANÇA**, contra o ato da fiscalização do ICM que lhe exigia (a) estorno

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 274-280, 1972

de créditos fiscais relativos a ICM produzidos pela entrada de madeiras, que, mais tarde, destinara à exportação e (b) recolhimento do ICM deferido e, também, correspondente a madeiras, a final, exportadas.

5. — Legítimo o comportamento do Estado e válido, pois fundado no princípio que orienta o Sistema Tributário criado pela Carta Política e a regra do estorno de crédito fiscal, quando se segue operação não tributada (não-incidência, imunidade ou isenção), é lógica, e autorizada pela Constituição. Decorre do princípio da não-cumulatividade, que informa o imposto sobre circulação de mercadorias. Por isso mesmo, adotada pela generalidade dos Estados e também pela legislação federal sobre produtos industrializados — calcada no mesmo princípio.

Mais incorreta, *data venia*, se mostra a tese da inexigibilidade do estorno do crédito fiscal, se Estados diferentes recebem o imposto relativo a cada uma das operações.

O contribuinte paga a um Estado (no caso Santa Catarina ou Paraná), na saída da mercadoria para outro; isentada a operação posterior, no outro Estado, e não permitido o estorno do crédito fiscal, obriga-se este Estado a conferir ao contribuinte um favor fiscal, sem ter recebido dele e em razão da operação daquela mercadoria nenhum tributo, *graciosamente*.

6. — Reconhece e proclama, dessarte, o Recorrente que há mercadorias tributáveis em todas as suas operações; há, por outro lado, mercadorias tributáveis só em algumas de suas operações, passando a ser imunes ou isentas, depois de um determinado momento; e, finalmente, mercadorias que gozam de imunidade ou isenção tributária em todas as suas operações.

Com essas distinções, e com observância delas, tem agido o Estado do Rio Grande do Sul, afigurando-se de conseguinte, ao Recorrente, legítimo exigir impostos ou medidas, que possam resguardar o Erário Público local de sangrias indevidas.

7. — A sentença da 1.^a instância e o acórdão recorrido, que a subscreve, integralmente favoráveis à Recorrida, desprezam tais caracterizações e violam a Constituição porque ampliam o significado do ordenamento posto na Carta Política e chegam a afirmar que todas as operações se tornaram imunes, porque a mercadoria veio a ser exportada.

Desconstituem-se, assim, a teor da decisão recorrida, operações em que o tributo era devido e foi regularmente recolhido, como que ignorando:

- a) que, se todas as operações são imunes ou isentas, não há crédito fiscal;
- b) que, se apenas a última operação não é tributada, impõe-se o estorno do crédito fiscal.

8. — É o que decorre da Carta Política, que em o artigo 24, § 5.º (Constituição de 1967), estabelecia que o imposto sobre circulação de mercadorias não incidiria sobre os produtos industrializados destinados ao exterior. Já então a imunidade era outorgada às operações de exportação de produtos industrializados, como mais claramente veio a dispor o art. 23, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, substituindo a expressão “produtos destinados ao exterior” por “operações que destinem ao exterior produtos industrializados”.

Não se sustenta (observe-se) que apenas a última operação (remessa para o exterior) seja imune. O que se afirma é que somente após a destinação ao exterior a imunidade existe. Desde que se saiba que a mercadoria se destina ao exterior, não importa quantas operações se pratiquem no território nacional. Todas serão imunes. O que se nega é que o fato da remessa para o exterior produza o efeito de desconstituir as incidências verificadas anteriormente. Cada operação de circulação de mercadorias constitui fato gerador distinto e a imunidade de uma ação não se estende às demais.

9. — A legislação federal confirma esse entendimento:

- a) — O Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, declara que o imposto sobre circulação de mercadorias não incide “sobre a saída de produtos industrializados destinados ao exterior” (art. 1.º, § 1.º, I) deixando claro que a imunidade diz respeito à operação de saída para o exterior, e não ao produto exportado;
- b) — O mesmo Decreto-Lei afirma que o imposto não incide sobre a saída de produtos industrializados com destino “às empresas comerciais que operem exclusivamente no comércio de exportação” (art. 1.º, § 5.º, I). Logo, incide o imposto na saída para comerciante que opere assim no mercado interno como no externo. E por quê? Porque, nesse caso, seria falso afirmar-se que se trata de operação que destina mercadoria ao exterior.

E tanto não se trata de incidência subordinada à condição resolutiva da posterior destinação ao exterior que, se esse mes-

no contribuinte vier a remeter a mercadoria a armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, mais uma vez não incidirá o imposto, nos termos do art. 1.º, § 5.º, do Decreto-Lei n.º 406/68, por faltar, então, o pressuposto de se tratar de saída de estabelecimento industrial.

10. — A tese tem o apoio de PONTES DE MIRANDA:

“Tal imunidade objetiva supõe que a destinação ao exterior já exista no momento em que se verifica se há de incidir, ou não, o imposto sobre circulação de mercadorias. Se ainda não se caracterizou a destinação, não há imunidade” (Comentários à Constituição de 1967, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1967, tomo II, p. 499).

Se a imunidade de uma operação não desconstitui as incidências anteriores, o estorno do crédito fiscal se impõe, quer por razões de ordem jurídica, quer por exigência de simples aritmética.

11. — A legislação federal expressamente reconhece a legitimidade, como regra, da exigibilidade do estorno do crédito fiscal, quando se segue operação de exportação de produto industrializado. Exceção: É vedado aos Estados exigir o estorno do imposto relativo às matérias-primas empregadas na fabricação e embalagem de produtos que, destinados ao exterior, tenham sofrido profunda transformação industrial, isto é, aqueles em cujo custo há mais de 50% de mão-de-obra (Decreto-Lei n.º 406/68, art. 3.º, § 3.º). A exceção, evidentemente, não se aplica à madeira.

12. — No Egrégio Supremo Tribunal Federal, a matéria foi apreciada no Agravo n.º 53.132, da Guanabara (Diário da Justiça, edição 11/11/71, p. 6287), Relator o Senhor Ministro RAPHAEEL DE BARROS MONTEIRO, que confirmou a decisão do Tribunal de Justiça da Guanabara, determinando o arquivamento do agravo, por entender inapropriável o crédito fiscal relativo às anteriores incidências do ICM, quando remetida mercadoria para a Zona Franca de Manaus. (A remessa para a Zona Franca de Manaus é considerada exportação para o estrangeiro. Decreto-Lei n.º 288, de 28/02/67, art. 4.º). É o seguinte o texto do despacho:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 274-280, 1972

“(...) Imposto de Circulação de Mercadorias; crédito fiscal. O ICM devido e pago na saída e transferência de produtos industrializados não gera crédito fiscal em favor do comerciante se estes produtos vêm a ser remetidos à Zona Franca de Manaus com isenção de tributos (...)”.

Igual magistério se encontra no Agravo de Instrumento n.º 51.104-RS, entre partes: Estado do Rio Grande do Sul e CEMADE — Cia. Exportadora Madeireira, constante do Parecer da Procuradoria da República.

13. — Acolhida, pois, a tese de que só há falar em imunidade quanto às operações posteriores à destinação ao exterior, o recurso deverá ser conhecido e provido, eis que viola a Constituição tanto a setença que amplia, quanto a que restringe o significado de ordenamento legal.

A recíproca, porém, não é verdadeira. Ainda que se não acolha a tese, dever-se-á, salva reverência, conhecer e dar provimento ao recurso manifestado.

É que, se todas as operações se tornaram imunes, porque a mercadoria veio a ser finalmente exportada, necessariamente se há de concluir que houve pagamento indevido de imposto a outra unidade da Federação (Paraná ou Santa Catarina) na saída para o Rio Grande do Sul. Houve saída de mercadoria destinada ao exterior e sua tributação, por aqueles Estados, foi contrária à Constituição.

14. — Em tais condições, se pagamento indevido houve, repetirá o indébito a pessoa que indevidamente recebeu e nunca o Estado do Rio Grande do Sul, que nada recebeu. Quem se locupleta indebitamente é que fica obrigado a restituir e não o terceiro.

Se a saída da mercadoria esteve sob o pálio da imunidade, contrariou a Constituição a cobrança de tributos feitos e, por via de consequência, ilegal e inconstitucional a transferência de crédito fiscal para o exportador estabelecido no Estado do Rio Grande do Sul, porque — como se viu — operação imune ou isenta não gera crédito fiscal.

É certo, por outro lado, que dentro dessa tese já ocorreu o fato de ter um contribuinte (valendo-se da legislação catarinense e provando a exportação) obtido do Estado de Santa Catarina a devolução do imposto pago e do Estado do Rio Grande do Sul o crédito fiscal...

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 274-280, 1972

15. — Outro entendimento, tal como sufragado na tese recorrida, importará em se transformar o Estado no qual se pratica o ato de destinação ao exterior em contribuinte, de fato, do imposto sobre circulação de mercadorias. O que, data venia, seria absurdo.

16. — A afirmação, por outro lado, de que o território brasileiro constitui uma unidade fiscal não desfaz a regra elementar de que obrigado à repetição é quem se locupleta indevidamente.

Além do mais, pode ser posta em dúvida a veracidade dessa afirmação, já que se não pode falar em unidade fiscal a propósito de um imposto que, por ser estadual, é arrecadado por tantas pessoas diferentes quantos são os Estados e Territórios do Brasil.

17. — Anote-se, finalmente, que a matéria questionada nos presentes autos é interiramente diversa da versada nos julgamentos que originaram a SÚMULA N.º 536.

Nos casos precedentes e sumulados o debate se limitava à necessidade de constar o produto da tabela anexa à Lei n.º 4502/64 (com alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 34/66) para ser considerado industrializado. As discussões, com efeito, diziam respeito ao conceito de produto industrializado e nos autos cuida-se de caracterizar a legitimidade do estorno de crédito fiscal. Vê-se, portanto, quão diversos os temas em debate.

18. — Confia, assim, o Recorrente, Estado do Rio Grande do Sul, invocando os superiores suprimentos dos eméritos JULGADORES — no conhecimento e provimento do recurso para, a final, ver cassada a venerável decisão recorrida.

Brasília, 26 de abril de 1972.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 71.410 — SÃO PAULO

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. A majoração da alíquota, prevista nos Convênios firmados nos termos do art. 6.º do Ato Complementar n.º 35, não incide nas operações interestaduais. Inconstitucionalidade das Instruções GR 5/68, de 25 de abril de 1968, do Departamento da Receita da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Recurso conhecido e provido.

F. N. V. S/A., recorrente — A FAZENDA DO ESTADO, recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Brasília, 14 de abril de 1971

Aliomar Baleeiro
Presidente

Oswaldo Trigueiro
Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OSWALDO TRIGUEIRO — A F. N. V. S/A., impetrou segurança contra ato do Diretor do Departamento

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 283-290, 1972

da Receita do Estado de São Paulo — Instruções GR 5/68 — para não ser compelida a pagar o imposto sobre Circulação de Mercadorias, incidente nas operações em que a mercadoria se destina a outro Estado, com base em alíquota superior ao limite estabelecido pela legislação federal.

Em suas informações de f. 18, disse a autoridade impetrada:

“Realmente, prescreveu o art. 6.º, do Ato Complementar n.º 35/28.2.67, que os Estados poderiam reajustar a alíquota do ICM inicialmente fixado em 15%, até o limite máximo de 18%, “mediante convênio celebrado entre as unidades federativas pertencentes a uma ou mais regiões geo-econômicas”. Assim é que sucessivos convênios celebrados entre os srs. Secretários da Fazenda dos Estados da Região Centro-Sul do país, foi aprovado o reajustamento da alíquota do imposto em questão até o limite máximo de 18%, sendo de notar que o último Convênio aprovado pelo Dec. Est. 49.151/28.12.67, estabeleceu aquela alíquota, mas no Estado de São Paulo houve por bem o Exmo. Sr. Governador do Estado em suspender a vigência de 1%, fixando, atualmente, tal alíquota em 17%.

Ora, pelas Instruções GR-5/68, de 25/4/68, emanadas deste Departamento, para melhor disciplinar as alíquotas do ICM nas operações interestaduais, ficou perfeitamente esclarecido que “o ICM incidente sobre as operações que destinam a mercadoria ao exterior ou a contribuinte de outra Unidade da Federação será calculada, mediante a aplicação da alíquota de 15% (quinze por cento) às bases definidas na legislação em vigor”, mas

“Se o destinatário, residente ou domiciliado em outra unidade da Federação, for pessoa jurídica ou física, não considerada contribuinte, o ICM será calculado mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

- a) operações efetuadas em abril/68, 16%;
- b) operações efetuadas em maio/68, 17%;
- c) operações efetuadas em junho/68, 18%;

O artigo 57 do Código Tributário Nacional, em face da alteração determinada pelo artigo 2.º do Ato Complementar n.º 27, ficou com a seguinte redação:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 283-290, 1972

“artigo 57 — A alíquota do imposto é uniforme para todas as mercadorias, não excedendo, nas saídas decorrentes de operações que as destinam a contribuinte localizado em outro Estado, o limite fixado em resolução do Senado Federal.”

A segurança foi denegada pela sentença de f. 26, confirmada pela Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Civil, ut acórdão de f. 53, assim fundamentado:

“Sustenta a impetrante que o imposto de circulação de mercadorias, diante dos convênios celebrados entre os Secretários das Fazendas dos Estados da Região Centro-Sul, nas reuniões de Cuiabá, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, e que têm força de norma complementar das Leis e Decretos, continua sendo o de 15%, sem qualquer destinação entre destinatários contribuintes ou não contribuintes, nas operações interestaduais.

Mas tais reuniões pressupõem interesse fiscal de dois ou mais Estados, nas operações chamadas interestaduais, assim consideradas quando envolvam mais de um interesse fiscal.

Nem precisavam tais convênios explicitar que as vendas de um Estado a um não contribuinte, mero consumidor em outro Estado, estavam fora do interesse das soluções procuradas nas reuniões dos Secretários de Fazenda.

E então, a distinção nunca foi feita, porque não precisava ser feita.

Demais disso, na legislação federal prevalente se contém por operações interestaduais aquelas em que o remetente e o destinatário da mercadoria são contribuintes do imposto. (V. Código Tributário Nacional, que manteve a diretriz consubstanciada no Decreto-lei n.º 915/1938 e Leis n.ºs 4.299/64 e 4.784/1965), e se contrapõem às chamadas “operações internas” de interesse fiscal de uma única unidade federativa.

Aliás, a própria agravante reconhece, em sua minuta, que a legislação federal distingue contribuinte de não contribuinte, nas operações interestaduais.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 283-290, 1972

Mas a extensão de tal reconhecimento, pela Fazenda Estadual, não depende de Novo convênio dos Estados integrantes de seu bloco, as de bem interpretar e cumprir a lei reguladora do imposto em causa.

E independe, pela razão principal, acentuada pelo ilustre prolator da decisão agravada, de que "inexiste qualquer razão social, econômica e tributária para beneficiar o consumidor de outro Estado com alíquota menor, em detrimento daquele de nosso Estado."

E a prevalecer o entendimento da impetrante, o princípio da isonomia seria afrontado "porque nada justificaria que houvesse diferenciação entre consumidores ou contribuintes do imposto, para que os do Estado produtor (São Paulo, por exemplo) pagassem maior I.C.M. do que os do Estado consumidor."

Daí o recurso extraordinário da impetrante (f. 56)), com amparo nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando que a decisão recorrida julgou válido ato do Governo do Estado, contestado em face da Constituição e da lei federal.

O recurso foi indeferido pelo despacho de f. 69, tendo subido, para melhor exame, pelo provimento dado ao Agravo 49.205, em apenso.

O parecer da douta Procuradoria Geral da República (f. 90) é o do seguinte teor:

"Entendeu, em última análise, o v. acórdão recorrido que, nos casos de venda para fora do Estado, se se tratar de quem não é contribuinte, não há obrigação de obedecer à alíquota fixada pelo Senado Federal.

Através de estudo que se faça da matéria, verifica-se que o Ato Complementar n.º 27, de 8 de dezembro de 1966, em seu art. 1.º, inciso 2.º, mandou que se substituísse a expressão "que se destinem a outro Estado", contida no art. 57 do Código Tributário Nacional, pela "que se destinem a contribuinte localizado em outro Estado".

Verifica-se, ainda, que o art. 24, § 4.º, da Constituição Federal de 1967, adotou a expressão contida no art. 57, do Código Tributário Nacional, em sua forma primitiva, ao consignar, *verbis*:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 283-290, 1972

"Art. 24

§ 4.º. A alíquota do imposto a que se refere o n.º II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, e não excederá, naquelas que se destinem a outro Estado e ao exterior, os limites fixados em resolução do Senado, nos termos do disposto e lei complementar."

Mantendo a disposição acima transcrita, estabeleceu o art. 23, § 5.º, da Emenda Constitucional n.º 1, *verbis*:

"Art. 23

§ 5.º — A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, interestaduais e as de exportação."

Desapareceu, como se verifica, na redação constitucional, desde 24 de janeiro de 1967, data da Lei Maior vigente, a figura do **não contribuinte localizado em outro Estado**, a que se referia o Código Tributário Nacional que, com data de 25 de outubro de 1966, é anterior à Constituição de 1967.

Não resta a menor dúvida sobre que, nas vendas para fora do Estado, a alíquota não pode ser aumentada, mesmo que se destinem a não contribuintes, senão através de Resolução do Senado Federal, tomada por iniciativa do Presidente da República.

Em face do exposto, somos pelo conhecimento e pelo provimento do presente recurso."

VOTO

O SR. MINISTRO OSWALDO TRIGUEIRO (Relator) — O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25/10/66), em seu texto original, prescrevia o seguinte:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 283-290, 1972

Art. 57. A alíquota do imposto é uniforme para todas as mercadorias, não excedendo, nas saídas decorrentes de operações que as destinem a outro Estado, o limite fixado em resolução do Senado Federal.

O Ato Complementar 27, de 8/12/66, em seu art. 1.º, n.º 2, determinou que, no art. 57 acima transcrito, fosse substituída a expressão "que as destinem a outro Estado" por esta outra: "que as destinem a contribuinte localizado em outro Estado."

Disciplinando a matéria, em seu capítulo sobre o sistema tributário nacional, a Constituição de 1967 restabeleceu, quanto ao ponto em discussão, o princípio do primitivo Código Tributário, prescrevendo em seu art. 24:

§ 4.º. A alíquota do imposto a que se refere o n.º II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, e não excederá, naquelas que se destinem a outro Estado e ao exterior, os limites fixados em resolução do Senado, nos termos do disposto em lei complementar.

O princípio foi mantido, sem alteração, quanto ao tema em debate, pela Emenda Constitucional n.º 1, art. 23:

§ 5.º. A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

Dissipando toda a dúvida que ainda se pudesse suscitar quanto ao art. 57 do Código Tributário, o Decreto-lei 406/68 revogou-o por este preceito:

Art. 5.º A alíquota do imposto de circulação de mercadoria será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, e não excederá, naquelas que se destinem a outro Estado e ao exterior, os limites fixados em resolução do Senado.

É, assim, de toda a evidência, como ressaltou o parecer da douta Procuradoria-Geral, que, a partir da Constituição de 1967,

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 283-290, 1972

desapareceu, para os efeitos do ICM, a figura do não-contribuinte localizado em outro Estado. Desde então, o ICM, nas operações interestaduais, somente podia ser cobrado com base em alíquota uniforme, respeitado o limite previsto nas normas constitucionais.

Na vigência das Constituições de 1967 e 1969, esse entendimento vinha sendo adotado pacificamente, como se verifica dos Convênios firmados, nos termos do Ato Complementar 35, art. 6, pelos Estados da Região Centro-Sul, de que o de São Paulo é participante.

O Convênio de Cuiabá (7/6/67), o do Rio de Janeiro (20/6/67) e o de Belo Horizonte (27/12/67) elevaram progressivamente, de 15 para 18%, a alíquota do ICM para as operações internas, ressaltando, todos, expressamente, que ficava mantida a alíquota de 15% nas operações interestaduais.

O último desses convênios foi ainda aprovado pelo Dec. ... 49.151, de 28/12/67, do Estado de São Paulo, nele se declarando literalmente que o aumento da alíquota é incidente sobre as operações internas do Estado.

Esse era, de resto, o entendimento inicial da própria administração do Estado de São Paulo, como se verifica de pronunciamento do Gabinete Técnico de Estudos e Orientação Fiscal, em resposta à consulta n.º 2959, que a recorrente indica como publicada no Diário Oficial do Estado, de 25/4/68:

"De acordo com o disposto no art. 3.º do Decreto 49.151, de 29/12/67, a elevação da alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias atinge somente as operações internas do Estado. Nas operações interestaduais a alíquota continua sendo de 15%".

Nestas condições, não têm amparo constitucional, nem legal, as Instruções do Diretor da Receita do Estado de São Paulo, baixadas em 25/4/68, e nas quais se manda aplicar a majoração prevista nos convênios citados quando o destinatário da mercadoria, residente ou domiciliado em outra unidade da Federação, for pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte.

A autoridade impetrada apóia seu ato no art. 57 do Código Tributário, na redação que ao preceito deu o Ato Complementar 27, quer dizer, em preceito incompatível com a ordem constitucional superveniente e, de resto, expressamente revogado pelo Decreto-lei n.º 406.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 283-290, 1972

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, declarando a inconstitucionalidade das Instruções GR 5/68, de 25/4/68, do Departamento da Receita da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 73.357 — SÃO PAULO

FUNCIONÁRIO PÚBLICO:

Procurador Seccional do Estado. Opção pelo regime de dedicação exclusiva. Gratificação correspondente. Direito à sua incorporação. Quando ocorre.

II. A opção exercida pelo funcionário pelo regime de trabalho — dedicação exclusiva — não altera sua relação estatutária, de molde a converter-se em contratual. Motivação.

III. Se na vigência da lei em que se operou a opção, a qual autorizava a incorporação da gratificação, não completou o servidor o prazo por ela exigido, não pode ele invocar **direito adquirido** contra a lei nova que o dilatou.

IV. Exegese dos arts. 6.º, § 2.º, da L.I.C.C. e 153, § 3.º, da Constituição.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 24 de abril de 1972.

Eloy da Rocha
Presidente

Carlos Thompson Flores
Relator

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES — O despacho do ilustre Desembargador Dimas Rodrigues de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, bem esclarece a controvérsia.

Ei-lo, fls. 156/9:

“1. O v. acórdão recorrido assim relata a espécie:

“A Lei Estadual 2.829, de 1.º de dezembro de 1954 — que reorganizou o Departamento Jurídico do Estado e deu outras providências —, proibiu ao Procurador-Geral do Estado, aos Procuradores-Chefes, ao Assessor-Chefe, da Assessoria Técnico-Legislativa, e aos ocupantes dos cargos da carreira de advogado de exercer a advocacia, “em qualquer modalidade de trabalho próprio da profissão, em juízo ou fora dele, a não ser no desempenho das funções de seus cargos” (artigo 3.º).

Para compensá-los, instituiu “o adicional correspondente a um terço dos vencimentos que perceberem, atuais ou futuros, adicional que a esses vencimentos é incorporado, para todos os efeitos” (artigo 4.º).

E assegurou-lhes “o direito de opção pelo regime estabelecido nos artigos 3.º e 4.º ou pela liberdade do exercício da advocacia” (artigo 5.º).

O doutor T. F. de M. P. F.º — que é Procurador Seccional, lotado na Procuradoria-Geral do Estado, do quadro da Justiça — optou, em 5 de abril de 1955, pelo regime da liberdade de advogar; em 17 de dezembro de 1968, resolveu exercitar esse apontado direito de retratação, no que foi atendido; e, após um ano no exercício da dedicação exclusiva (que a Lei 10.059, de 08 de fevereiro de 1968, estabeleceu como requisito para a incorporação, afora outras condições por ele satisfeitas), requereu ao Senhor Secretário da Justiça a apostila de seu título de nomeação, para que dele constasse a incorporação da gratificação da dedicação exclusiva a seus vencimentos, para fins de adicionais, sexta-parte e aposentadoria.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972

O senhor Secretário, entretanto, indeferiu essa pretensão sua, sob o pretexto de que, sobrevindo o Decreto-lei n.º 13, de 21 de março de 1969, a norma nele inserta elevou de um para dez anos o prazo para a incorporação da gratificação em apreço, de forma que ele não se apresentaria com esse requisito, do prazo já completo de um ano ou de dez, a ser completado, na data da promulgação desse diploma.

E daí por que impetrou o presente mandado de segurança, para aquele fim da incorporação a seus vencimentos, para efeito de adicionais, sexta-parte e aposentadoria, da gratificação correspondente ao regime de dedicação exclusiva, e isto desde 17 de dezembro de 1969, isto é, um ano após sua retratação”.

Foi a segurança concedida, à unanimidade pelo entendimento final de que

“no caso dos autos, a situação do impetrante, no que se refere à incorporação da gratificação aos vencimentos, no prazo de um ano do exercício da dedicação exclusiva, se apresenta como verdadeiro **direito a termo**, de que trata o artigo 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e elevado à categoria de imperativo constitucional, como **direito adquirido**”.

2. Neste extraordinário, fundado no art. 119, n.º III, “a” e “d”, da Constituição Federal, a Fazenda aponta como vulnerados os arts. 153, § 3.º, da Constituição Federal, e 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução do C. Civil; bem como divergente, o aresto recorrido, na conceituação de direito adquirido em casos que tais, dos julgados insertos na Rev. Trib., vol. 149/349, na Rev. Dir. Ad., vols. 40/93, 91/88, 93/108-115, 103/281, Rev. de Direito, vol. 111/282 e da Súmula 27.

Recebeu o recurso impugnação, e a P.-Geral opinou pelo deferimento pela letra “d”.

3. Defiro o recurso em ambos os fundamentos.

Questionou o v. acórdão recorrido a matéria referente ao direito adquirido, em se tratando de proventos ou vencimentos de servidor público submetido ao regime estatutário. Em tais condições, a interpretação

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972

tação dada, não tanto ao art. 153, § 3.º, da Constituição, mas ao art. 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao C. Civil, envolve aplicação de direito Federal; o que justifica o apelo maior pela letra “a”.

Outrossim, os julgados insertos na Rev. Dir. Adm., vols. 93/115 e 91/88, também relacionados à Súmula 27, apontam a divergência na interpretação do texto Federal relativo ao direito adquirido; pois ao contrário do aresto recorrido, porque consideram estatutária a relação entre o servidor e o Estado, negam a ocorrência de direito adquirido no tocante à imutabilidade dos vencimentos. Aliás, a divergência também se acentua com a invocação, pelo julgado recorrido, do aresto in Rev. Trib., vol. 410/450.

Em tais condições, por ambos os fundamentos, admito o recurso e determino o seu processamento.”

2. As partes ofereceram longas razões, fls. 161/6 e 168/84.

3. Parecer da d. Procuradoria-Geral da República, nos termos seguintes, fls. 190/91:

“O presente recurso tem origem em um pedido de segurança, formalizado por servidor público, advogado do Estado de São Paulo, que pretendia incorporação a seus vencimentos, para efeito de adicionais, sexta-parte e aposentadoria, da gratificação pertinente ao regime de dedicação exclusiva, um ano após a sua retratação ou desistência da renúncia à prestação plena.

A segurança lhe foi concedida ao fundamento de que

“no caso dos autos, a situação do impetrante, no que se refere à incorporação da gratificação aos vencimentos, no prazo de um ano de exercício da dedicação exclusiva, se apresenta como verdadeiro **direito a termo**, de que trata o artigo 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e elevado à categoria de imperativo constitucional, como **direito adquirido**;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972

Decorreu o apelo extremo em que o Estado procura desconstituir a decisão, ao argumento maior de que as relações entre funcionário e o Estado são de tipicidade estatutária e não contratual, razão bastante para que possa o legislador alterar o sistema de remuneração do servidor, sem jamais incorrer em violação de direito adquirido.

As razões da Fazenda de São Paulo, a fls. 161, se afinam, em tudo, com o entendimento da Corte Suprema sobre a espécie *sub judice*, motivo bastante para esta Procuradoria-Geral a elas se reporte, opinando pelo conhecimento e provimento da súplica extraordinária.

Brasília, 29 de dezembro de 1971.

Olavo Drummond
Procurador da República

Aprovado

F. M. Xavier de Albuquerque
Procurador-Geral da República

4. Declarado impedimento pelo eminente Ministro Barros Monteiro, fls. 192, procedeu-se à redistribuição do feito.

É o relatório.

V O T O

O SR. MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES (Relator):
— Conheço do recurso e dou-lhe provimento, para cassar a segurança.

2. Fundou-se ele, como acentuou o relatório, no art. 119, III, a e d, da Constituição.

Inculca haver o aresto recorrido contrariado o seu art. 153, § 3.º — direito adquirido —, denegando, por isso mesmo, aplicação ao art. 6.º, § 2.º, da L.I.C.C., bem como discrepado dos enunciados n.ºs 27 e 359 da Súmula e julgados vários desta Corte, indicados todos na petição recursal de fls. 133/8, transcrevendo, parcialmente, os que considerou mais expressivos.

3. Tenho que ocorreram ambos os pressupostos da irresignação, justificando o conhecimento e o seu provimento.

De fato.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972

Para reconhecer a existência do direito adquirido em prol do recorrido, e, em consequência, conceder-lhe o *mandamus*, o Eg. Tribunal de Justiça, através de sua 6.ª Câmara Civil, e por maioria de votos, após afirmar que não completara ele o prazo de (1) um ano para a incorporação propugnada, antes de advir o Decreto-Lei Estadual n.º 13/1969, que o ampliara para (10) dez, assim fundamentou seu acórdão, fls. 123/4:

“É exato serem de natureza estatutária as relações entre o funcionário e a Administração Pública, como se tem afirmado reiteradamente e admite a jurisprudência predominante; entretanto, não se pode ignorar a existência de situações particulares, autônomas ou a latere, de características nitidamente contratuais, como, por exemplo, no caso de opção dada pela Administração ao funcionário, hipóteses em que a modificação só será possível diante do acordo de vontades, vedada a alteração unilateral gravosa.

No caso dos autos, a situação do impetrante, no que se refere à incorporação da gratificação aos vencimentos, no prazo de um ano do exercício da dedicação exclusiva, se apresenta como verdadeiro direito a termo, de que trata o artigo 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e elevado à categoria de imperativo constitucional, como **direito adquirido**.

Assim é porque o prazo de um ano não configura condição do indigitado direito, mas apenas prazo ou simples termo preestabelecido.

E não se trata de condição porque, se assim fosse admitido, então sequer se poderia falar em opção, mesmo porque sempre teria a Administração a oportunidade de, quando quisesse, dilatar o prazo — e isso uma, duas ou mais vezes, sem limitação alguma, desde que ainda não completo o estabelecido.

Tem o impetrante, pois, direito à reclamada segurança, para o fim de constar de seu título a apostila da incorporação da gratificação (correspondente ao regime de dedicação exclusiva) a seus vencimentos, para efeito de adicionais, sexta-parte e aposentadoria, e isto desde o dia 17 de dezembro de 1969.”

4. Verifica-se, pois, que não acolheu, por inteiro, o decisório impugnado, a tese do impetrante, pura relação contratual, vi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972

culando-a ao recorrente; todavia, sob pretexto de situação particular, originada com a opção, aplicou os princípios da relação que negou — contratual.

Penso que não poderia fazê-lo, confundindo situações, *data venia*, inconfundíveis, embora julgados outros na mesma falta tenham incorrido.

Com propriedade, inspirando-se na melhor doutrina, assinala o eminente Ministro Carlos Medeiros da Silva:

“A faculdade de optar resulta da lei e o campo em que ela se exerce é do domínio público, do interesse do serviço que não admite composição, transação, disponibilidade ou renúncia, mediante acordo de vontades.

Não se trata de exercício de uma atividade privada, ou de manifestação restrita à órbita dos direitos individuais, de conseqüências limitadas ao patrimônio das pessoas interessadas.

O funcionário que opta e o agente da administração que aceita a opção não estão em posição de pessoas de direito privado, capazes de transigir e de contratar.

Exercem, como titulares de cargos públicos, faculdade ou função prevista em lei, no interesse do serviço. Não lhes é permitido criar situações imutáveis em benefício de uma das partes, nem tornar bilateral, nem contratual uma situação jurídica que não se rege pelo direito privado, porque pertencente à esfera do direito público.

Assim a opção por um regime de trabalho, autorizada na lei, não se pode tornar contratual, por vontade das partes, como se estivessem estas agindo em campo jurídico em que fossem lícitas as transações e renúncias.

A manifestação da vontade, ou opção, era um pressuposto legal para o gozo do regime, uma condição para a eficácia do ato, ao qual não se pode atribuir força capaz de modificar a relação jurídica decorrente do sistema legislativo (ver, a propósito, as observações de SANDULI, Aldo M. — LANDI, Guido & POTENZA, Giusepp. ob. e loc. citados).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972.

Nem o optante, nem o aceitante da opção tinham capacidade jurídica para impedir a ação do legislador, no sentido de modificar, para o futuro, a situação por eles criadas.”

(R.D.A., 103, ps. 287/8)

5. A opção, pois, não poderia ter o condão de alterar a relação jurídica preexistente, vinculando os litigantes.

Estatutária que era, assim se conservou.

A ela aplicando, pois, o regime contratual, dissentiu, pelo menos, dos julgados desta Corte, indicados na petição recursal (RE n.º 62.262, de 22/5/67; e RMS n.º 18.188, de 1.º/12/67, respectivamente, in R.D.A., v. 91, ps. 88/9 e 93, 115/19); e, reconhecendo a existência de direito adquirido, inspirado naquele regime, denegou aplicação ao art. 6.º, § 2.º, da L.I.C.C., afrontando, por isso mesmo, o art. 153, § 3.º, da Carta Maior.

Realmente.

No campo das relações privadas, jungidas as partes às linhas contratuais, é possível que incidisse à espécie o precitado art. 6.º, § 2.º.

O liame, como ficou revelado, é estatutário. E assim sendo, sem ferir direito adquirido, poderia a Administração alterar as condições preestabelecidas da lei anterior, ao sabor do qual se iniciara o interessado na busca do benefício.

Apenas um requisito se impunha, não tivesse ele satisfeito todas as exigências impostas pela lei anterior.

Foi o que ocorreu, como o reconheceu o próprio acórdão atacado. Antes de advir o Decreto-Lei n.º 13, de 21/3/1969, não havia o recorrido completado o prazo de (1) um ano estatuído pela lei anterior, após a retratação (opção), operada que fora em 19/12/1968.

A incorporação da gratificação pleiteada ao tempo em que a condição se alterou ainda não poderia ser exercida. É que a ela não tinha *direito*, mas mera expectativa. Não integrava até então o rol dos direitos adquiridos. Podia ser alterada sem comprometê-los, com base na vinculação existente.

É a lição dos doutrinadores, aplicada reiteradamente nos tribunais, como o foi pela própria Câmara que proferiu o presente julgamento, ao apreciar a apelação n.º 194.177, em 11/12/70 (fls. 139/41), julgado que originou o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, por sua Eg. Primeira Turma, no RE n.º ...

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972.

72.005, em 18/6/71, e do qual foi Relator o eminente Ministro Luiz Gallotti (Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 845, 2).

Reafirma-se, dessarte, a orientação desta Corte desde os mais remotos (Arquivo Judiciário, 19, 177; Rev. For. 115, 425/28) até os mais recentes, já referidos.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Neder: O respeitável acórdão recorrido não reconheceu, no presente caso, - que a norma posterior na verdade revogou a anterior, e, julgando por esse modo, esse acórdão negou vigência ao princípio que expressa o art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil; e ao negar a vigência desta norma federal, certo me parece que o referido acórdão se inclui entre os que autorizam o conhecimento do recurso extraordinário, isto por força do que dispõe o art. 119, III, "a", da Constituição, texto da Emenda n.º 1.

Portanto, conheço do recurso, tal como prevê esta regra constitucional (letra "a").

Quanto ao mérito, estou em que o recorrido não havia ainda completado um ano para, de acordo com a norma anterior, adquirir o direito que agora postula.

É que, ao fluir dito prazo, sobreveio a regra nova que o aumentou para dez anos, alterando, assim, um dos elementos necessários à constituição do direito postulado pelo recorrido.

É de se reconhecer que o Estado de São Paulo podia legislar, como legislou, sobre a matéria, para aumentar o prazo, sem ferir direito do recorrido, tanto porque este não chegou a adquirir o direito que a norma revogada previra (eis que a condição essencial para adquiri-lo, qual seja o vencimento do prazo de um ano, não se implementara ainda quando foi editada a regra nova), quanto porque o regime estatutário que regula as relações do Estado com seus funcionários confere àquele o direito de alterar, de acordo com os seus critérios de conveniência e oportunidade, a regulamentação de tais relações.

O caso noticiado neste processo é o de uma situação jurídica que se achava em curso de constituição.

O princípio que domina a matéria neste ponto, segundo a teoria objetiva adotada por nosso legislador (art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil), é o de que, enquanto não se consti-

tuir a situação jurídica, a lei nova pode modificar as condições de sua constituição sem que se verifique a retroatividade, porque, no caso, há tão-somente efeito imediato de tal lei.

O prazo de um ano fixado na norma anterior é elemento necessário para se constituir a situação jurídica nela prevista; mas esse prazo não havia ainda terminado quando se editou a nova regra; conseqüentemente, esse elemento, que na verdade tem valor jurídico particular para a formação do direito que o recorrido postula, não se tornou perfeito ou completo, senão que se achava a caminho do seu aperfeiçoamento, quando foi atingido pela nova regra, que nele incidiu, sem retroação, porque, na verdade, o que se deu, repito, foi a incidência imediata da norma posterior, que definiu aquele requisito em termos diversos ou diferentes dos constantes da norma anterior.

Não se tem, pois, como cogitar, no presente recurso, de direito adquirido.

De acordo com o eminente Relator, conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a segurança.

É o que voto.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 17.371 — 2.ª CAMARA CÍVEL ESPECIAL — PORTO ALEGRE

CRÉDITO DE ICM, recolhido em um Estado, não pode subsistir contra outro, por onde se opera a exportação e que nada recebe, em face da imunidade tributária dos produtos destinados a exportação. Interpretação de unidade fiscal do território nacional e de operações integradas de exportação. Incidindo o tributo, antes de conhecido o destino ao exterior, da mercadoria, o Estado por onde se realiza a exportação, imune, não pode admitir a permanência do crédito fiscal respectivo, porque isso implicaria em pagar ele próprio o imposto pelo comerciante. Decorrente legitimidade do estorno. Apelações providas.

Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública, 1.º apelante; Estado do Rio Grande do Sul, 2.º apelante; o 2.º apelante e F. P. & Cia. Ltda., apelados.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 290-299, 1972

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam, sem divergência, em 2.^a Câmara Cível Especial, neste integradas as notas taquigráficas anexas, dar provimento a ambas as apelações e julgar improcedente a ação, pagas as custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Dr. José Barison.

Porto Alegre, 23 de dezembro de 1971.

Des. Manoel Brustoloni Martins — Presidente

Dr. Edson Alves de Souza — Relator

RELATÓRIO

O Dr. Edson Alves de Souza — Consta da respeitável sentença recorrida, de fls. 80 a 82 verso: — “A firma F. P. & CIA. LTDA., com sede em Carazinho, neste Estado, promove contra o Estado do Rio Grande do Sul esta ação ordinária para haver a restituição, mediante crédito de I.C.M. a ser oportunamente utilizado ou mediante pagamento em moeda corrente, da importância total de Cr\$ 23.021,76, correspondente a imposto indevidamente cobrado à autora. Esclarece que a parcela de Cr\$ 2.927,41 resultou do recolhimento de I.C.M. e multa ante notificação fiscal, e que a de Cr\$ 20.094,35 resultou de destaque de I.C.M. em notas fiscais que junta. Argumenta que os recolhimentos e destaques correspondem a vendas de madeiras efetuadas pela autora diretamente a firma exclusivamente exportadora e portanto tais vendas estariam imunes segundo o art. 24, § 5.^o, da Const. de 1967, e art. 23, II, § 7.^o, da atual Carta (Emenda n.^o 1); história que havia comprado as ditas madeiras diretamente de produtores de Santa Catarina e Paraná, pagando I.C.M. de que se quer creditar, em virtude da dita imunidade fiscal constitucional; narra que a matéria foi objeto de mandado de segurança anteriormente impetrado, em que a autora teve ganho de causa nas duas instâncias, tão-somente o Tribunal de Justiça não lhe reconhecendo o direito de devoluções, em face da natureza sumária especial do *mandamus*; finalmente define como legalmente possível o direito à restituição de impostos indevidamente pagos, mesmo de caráter indireto, diante da atual estrutura tributária do País.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

Logo adiante, prossegue o relatório da douta sentença:

“O Estado contesta a ação, alegando a impossibilidade da restituição pretendida, como consequência do sistema não-cumulativo dos impostos, sob pena de o contestante estar em última análise pagando o I.C.M. pela autora aos outros Estados; argumenta que a imunidade dos produtos industrializados destinados à exportação não pode prejudicar os Estados por onde eles saem; e por fim sustenta que a autora não provou a natureza exclusivamente exportadora da firma a que vendeu as madeiras.”

Houve réplica, o processo foi saneado, sem recurso, e realizou-se a audiência, apenas com os debates, sobrevivendo finalmente a sentença de fls. 80 a 82 verso, que acolheu a inicial, estabelecendo, na parte dispositiva: — “Julgo, pois, procedente esta ação ordinária e condeno o Estado do Rio Grande do Sul a restituir, preferentemente admitindo a utilização de crédito fiscal de I.C.M., à autora, a importância de Cr\$ 23.021,76; condeno-o, também, a pagar os juros legais de 6% ao ano, desde as datas dos recolhimentos (parcelas relativas à notificação fiscal) e as datas em que poderiam ter sido utilizados os créditos (os destaques constantes das notas fiscais); bem como as custas do processo e os honorários advocatícios da autora, fixados estes em 10% sobre o principal.”

Os fundamentos dessa respeitável decisão foram, resumidamente, os seguintes: a autora pagou I.C.M. sobre as madeiras compradas, não prevendo sua revenda a uma firma exportadora; vendendo-as, depois, à firma Cademartori, exportadora, entende poder creditar-se do I.C.M. que pagou, escudando-se na imunidade constitucional, ao passo que o Estado entende que ela só pode reclamar a restituição do imposto junto ao Estado onde efetuou o recolhimento; como o pagamento se efetuou diante da imprevisibilidade da futura exportação, assiste-lhe o direito de recuperar o imposto pago, servindo-se do método do crédito fiscal, que é o adotado no sistema tributário brasileiro; seria ilógico e antieconômico obrigar a firma intermediária a pleitear junto ao Estado de origem, pois isso desencorajaria as exportações, com resultados catastróficos e contrários ao objetivo da norma constitucional mencionada. Ainda admite o julgado que essa orientação pode causar danos a alguns Estados, em favor de outros, mas a orientação contrária também os causaria, invertendo apenas prejudicados e favorecidos. Isso, no entanto, não encontra remédio na competência do Poder Judiciário, podendo ser sanado apenas através dos convênios previstos na Constituição.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

Recorreu de ofício o nobre magistrado, ao mesmo tempo em que voluntariamente também recorria o Estado, pretendendo a reforma integral da sentença. Argumenta que o decisório apelado não distinguiu entre os produtos tipo exportação, desde o início destinados ao mercado externo, e os que podem eventualmente ser exportados. Na primeira hipótese, todas as operações de circulação, no território nacional, seriam operações de exportação ou ainda operações de trânsito e gozariam de imunidade tributária. Na segunda hipótese, apenas no momento da destinação ao exterior é que incidiria a imunidade, segundo o art. 23, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1. As operações anteriores à destinação ao exterior seriam tributáveis legitimamente, mesmo porque jamais se poderia sustentar que a imunidade de hoje desconstitua a incidência de ontem. De outra parte, como o I.C.M. incide sobre operações de circulação e não sobre produtos, tem-se de entender que a imunidade diz respeito às operações de exportação. Cita a lição de Pontes de Miranda, para quem a imunidade objetiva supõe que a destinação ao exterior já exista no momento em que se verifica se há de incidir ou não o imposto sobre circulação de mercadorias. Se ainda não se caracterizou a destinação, não há imunidade. Se a operação não é para remessa ao exterior, a destinação não se perfaz. Portanto, a autora não tem direito à restituição que pretende. Adquiria madeiras em Santa Catarina e Paraná, as quais tanto poderiam ser vendidas no mercado interno, como no externo, sendo legítimo, pois, o pagamento do I.C.M. naqueles Estados, eis que ainda não havia destinação das mercadorias ao exterior. A pretensão da inicial outra coisa não visaria, dessarte, senão estender a imunidade a operações que não estavam imunes e a exigir restituição de um Estado que nenhum proveito obteve com as operações, visto que nada cobrou. Contrarrazou a autora, subiram os autos a esta instância e se manifestou, em parecer, a ilustrada Procuradoria da Justiça, pelo provimento do apelo.

A revisão do eminente dr. José Barison.

VOTO

O DR. EDSON A. DE SOUZA — Sr. Presidente, a autora apelada, que não é exportadora, adquiriu madeiras a produtores do Paraná e Santa Catarina, sendo lá recolhido o ICM respectivo.

De acordo com a mecânica tributária vigente, recebeu das firmas que lhe venderam as madeiras os destaques referentes ao ICM recolhido e cujo total devia ser lançado na escrita da

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

autora, na coluna correspondente a crédito fiscal, para o cálculo do mesmo imposto que viesse a incidir na operação subsequente. Assim, aproveitando-se o exemplo contido no memorial apresentado pelo segundo recorrente, admitindo-se que as madeiras compradas naqueles Estados tivessem o valor de Cr\$ 100,00 e que a alíquota do imposto fosse de Cr\$ 10,00, faria a autora o lançamento em sua escrita fiscal do crédito de Cr\$ 10,00, significando que por aquela mercadoria já fora recolhida dita importância a título de ICM.

Ao vender a mesma mercadoria, supondo-se que o fizesse sujeita à tributação a ao preço de Cr\$ 120,00, debitar-se-ia pelo valor de Cr\$ 12,00. Como não há cumulatividade do imposto, o valor seria de Cr\$ 2,00, correspondente à diferença entre o crédito e o débito, isto é, entre o imposto já recolhido e o a recolher.

Ora, como bem acentuou o segundo recorrente na contestação e no memorial, é preciso fixar-se desde logo a idéia de que o crédito fiscal, nos termos expostos, não significa que a firma que o registra em sua escrita seja credora do Estado por tal quantia. Todavia, esse é o erro em que, consciente ou inconscientemente, parece incorrer a autora com a ação de restituição ora "sub judice". Tal crédito representa apenas um elemento para o cálculo do tributo devido pela operação subsequente e visa a evitar a cumulatividade do mesmo. Desse modo, se a seguinte operação realizada pela autora, com a dita mercadoria, estivesse sujeita ao imposto, apenas seria paga a diferença entre o valor correspondente ao preço da venda e o referente ao preço da compra, para evitar-se a cumulatividade.

Se, ao contrário, a seguinte operação, como foi o caso dos autos, estivesse imune ao imposto, impunha-se o estorno do crédito lançado quando da compra, pois que então não haveria compensação nenhuma a fazer e o tal crédito não representava, como se viu, valor a receber do Estado, de modo que devesse subsistir independentemente de ser tributável ou não a operação seguinte.

Como a autora não realizou o estorno mencionado e se utilizou indevidamente daquele crédito fiscal, o segundo recorrente a obrigou a recolher a respectiva importância, a qual agora ela pretende receber de volta.

Se assim não ocorresse, como muito bem advertiu o segundo apelante, quem estaria pagando o ICM para a autora seria ele, Estado do Rio Grande do Sul.

Ora, assim equacionada a controvérsia, percebe-se que nem aproveita à autora a tese de que, tendo sido a mercadoria destinada à exportação, a imunidade fiscal abrangeria todas as ope-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

rações anteriores e conseqüentemente seria legítima a permanência do crédito do ICM recolhido em Santa Catarina e Paraná. E não lhe aproveitaria a tese porque, se todas as operações estavam sob o pálio da imunidade fiscal, o recolhimento efetuado naqueles Estados fora indevido, e, portanto, passível de restituição, mas restituição a ser efetuada por quem indevidamente recebera, como é palmar.

De outra parte, como a autora vendeu a madeira a uma firma exportadora e por isto o Rio Grande do Sul nada recebeu de ICM em tal operação, a tese da apelada envolve este absurdo: além de nada haver recebido a título de tributo, o 2.º recorrente ainda deveria pagar à autora o que ela recolhera aos erários de Santa Catarina e Paraná.

Quanto ao argumento da apelada de que a presente demanda envolve coisa julgada em seu favor, é inexato. O venerando acórdão de fls. 51 a 56, desta mesma egrégia Câmara, mas com composição totalmente diversa da atual, ao se manifestar em grau de recurso sobre o mandado de segurança impetrado pela ora autora, apenas decidiu ser indevido o recolhimento pretendido pelo Estado, abstendo-se, entretanto, de entrar no mérito da restituição que a impetrante pretendia. É o que consta da passagem seguinte: "De forma que eu daria provimento em parte, acolhendo a preliminar, no sentido de manter a segurança a partir de 20 de agosto de 1969, determinando que nos termos da liminar e da sentença o imposto não era devido a partir da data em que autoridade coatora recebeu a comunicação do juiz da concessão da liminar. As quantias anteriores, já pagas, não poderiam ser havidas por via do mandado de segurança. A sentença é mandamental e não condenatória" (fls. 55).

Juntou a apelada, às fls. 102 a 106, fotocópia do venerando despacho da egrégia Presidência deste Tribunal, inadmitindo o recurso extraordinário pretendido pelo 2.º apelante, referente ao mandado de segurança por ela impetrado e concedido nas duas instâncias locais, a respeito da matéria ora controvertida. No mencionado despacho, se faz referência a julgados do colendo Tribunal Pleno sobre questões análogas à ora "sub judice". Todavia, na passagem de um de tais acórdãos, mencionada no respeitável despacho, não se abordou o caso específico de utilização de crédito de ICM recolhido em outro Estado em operação antecedente à destinada à exportação. Somente o venerando despacho foi quem enfrentou a questão e concluiu pela legitimidade de tal utilização, sob os fundamentos de que a imunidade abrange a operação de exportação de modo integrado e de que

tudo o território nacional, para efeito de incidência de ICM, constitui uma unidade fiscal. Vê-se, então, antes de mais nada, que esta respeitável interpretação é da egrégia Presidência do Tribunal e não deste, e quanto aos argumentos que levaram àquela conclusão, não se afiguram, "data venia", tão convicentes. No que diz com o primeiro, de que a imunidade fiscal abrange as operações de exportação de modo integrado, não leva necessariamente à procedência da pretensão da autora, posto que é preciso distinguir entre as operações praticadas no âmbito territorial de um mesmo Estado e as ocorridas entre Estados diversos. Da primeira hipótese foi que cuidou o venerando acórdão citado no respeitável despacho; quanto à segunda, de operações realizadas em Estados diversos, a decisão plenária chegou a referir que as normas invocáveis seriam outras (fls. 105) e até expendeu argumento contrário à tese do venerando despacho quando, interpretando o art. 7, § 2.º, do Ato Complementar n.º 35, assentou: "Apenas duas são as condições que limitam a cobertura da imunidade assinada para os produtos industrializados destinados à exportação: que a remessa seja entre estabelecimentos pertencentes à mesma pessoa jurídica, pois a circulação aí não tem sentido fiscal, e que estes estabelecimentos estejam situados dentro do Estado, pois se algum deles se localizar em Estado diverso, outras serão as normas invocáveis."

Essa foi a decisão do egrégio Tribunal Pleno.

No que concerne à tão invocada unidade fiscal em que se constitui o território nacional, também não parece favorecer o entendimento da decisão recorrida, ou pelo menos não leva obrigatoriamente ao deferimento da restituição pretendida pela autora.

Realmente, se se conclui da unidade fiscal que mesmo as operações realizadas entre Estados diversos estão todas abrangidas pela imunidade, o ICM recolhido pela autora aos cofres paranaenses e catarinenses era indevido e comporta restituição, mas lá, evidentemente.

Em outros termos, pode-se resumir a controvérsia na seguinte alternativa: ou o ICM recolhido no Paraná e Santa Catarina era devido, ou não era.

Se era devido, cai por terra o argumento da imunidade das operações de exportação de modo integrado.

Se não era devido, então caberia restituição, mas de parte de quem irregularmente recebeu, além de que não haveria lugar para o crédito fiscal.

No entanto, a pretensão da autora objetiva receber do Rio Grande do Sul aquele valor, sob os argumentos já vistos de que o território nacional constitui unidade fiscal e que todas as operações de circulação de mercadorias destinadas à exportação gozam de imunidade fiscal.

A douda sentença apelada reconheceu que a interpretação nela acolhida pode acarretar prejuízos a alguns Estados, em proveito de outros, mas acrescentou estar fora da competência do judiciário sanar tais inconvenientes.

"Data venia", podem ser evitados tais prejuízos se se admite o estorno do crédito fiscal, conforme entende o segundo apelante todas as vezes em que o produto venha a ser exportado. Nessa hipótese, o Estado por onde se realiza a exportação nada perde efetivamente, senão que apenas deixa de arrecadar, pela imunidade fiscal da operação de exportação.

Também parece incensurável o entendimento do segundo apelante, no sentido de que o sistema de crédito fiscal objetiva evitar a cumulatividade do imposto que se trata e assim deve ser considerado, pois, lançado o crédito do primeiro pagamento, será ele deduzido da segunda incidência, que terá por base o novo preço de venda, e, assim, sucessivamente.

Destina-se, em outros termos, a ser recompensado na subsequente operação.

Portanto, se a subsequente operação estiver imune do tributo, não haverá lugar para compensação nenhuma, devendo então estornar-se o crédito fiscal respectivo, que ficou simplesmente prejudicado.

Se, ao contrário, realizada a exportação sobre a qual não incidu o tributo, subsistir o crédito fiscal pelo pagamento anterior, como pretende a autora, então estará ocorrendo o que advertiu o contestante, isto é, estará ele pagando o ICM pela autora.

A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 10, § 1.º, I, e 25, IX, da Lei Estadual n.º 5373, de 27/12/66, e do art. 30 do Decreto Estadual n.º 18.389, de 20/1/67, não tem nenhuma implicação com a presente controvérsia, uma vez que os 3 dispositivos fulminados pelo colendo Tribunal Pleno com o estigma de afronta à Lei Maior, procuravam restringir a imunidade tributária dos produtos destinados à exportação apenas à última operação, isto é, de embarque para o exterior, dispondo, ainda, pela exigibilidade do ICM quanto as operações anteriores. Um dos casos, aliás, ainda apresentava a peculiaridade de envolver operações de uma firma local entre seus próprios estabelecimentos

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

situados em pontos diversos do Estado. (Acórdão de 17/3/69, na arguição de inconstitucionalidade no Agravo de Petição n.º ... 5.450).

Quanto ao outro venerando aresto, também não oferece embaraço à orientação que ora se adota, porque, obviamente, não apreciou o mérito da pretensão envolvida no recurso em que se suscitou a inconstitucionalidade.

Finalmente, a conclusão adotada neste julgamento não se arrima em qualquer dos dispositivos tidos como infringentes da Carta Magna.

Outro aspecto do problema que merece ser redundantemente esclarecido é o de que o crédito fiscal não foi instituído apenas visando às operações dos produtos destinados à exportação.

Embora pareça acaciana essa advertência, ela se impõe pela confusão que parece existir em torno do assunto. O instituto do crédito fiscal tem o escopo fundamental de evitar a cumulatividade do tributo, posto que mantém o histórico dos gravames sucessivos e permite em cada operação de circulação da mercadoria a dedução da quantia paga na operação anterior, sob o mesmo título. E aqui se atinge a medula do problema: sendo certa a tese da autora, como realmente o é, de que todas as operações dos produtos destinados à exportação estão sob o pálio da imunidade fiscal, obviamente nenhuma delas pode sofrer tributação e consequentemente não pode haver lugar para recolhimento nem crédito fiscal.

Então, a conclusão a tirar-se das premissas da imunidade integral e da unidade fiscal do território nacional não é a que a autora persegue, mas a defendida pelo 2.º recorrente. Se todas as operações em tal hipótese gozam de imunidade, não cabia o pagamento efetuado no Paraná e em Santa Catarina. E, se não cabia, foi indevido. Sendo indevido, comporta restituição, mas por quem recebeu sem ter direito a receber.

Não se confunda, portanto, o eventual direito à repetição do indébito, com crédito fiscal no sentido correto. Só pode haver crédito fiscal em se tratando de pagamento regular, o que também poderá parecer acaciano. E aqui transparece contradição manifesta na argumentação da autora, pois, ao mesmo tempo em que sustenta gozarem de imunidade fiscal todas as operações de produtos destinados à exportação, subentende legítimos os pagamentos efetuados naqueles Estados e pelos mesmos pretende creditar-se para compensação em futuras operações. Se ela pagou quando não deveria pagar, porque nada devia, então pagou mal e vá cobrar de quem indevidamente recebeu.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

Com tais fundamentos, dou provimento a ambos os recursos para, reformando a respeitável sentença, apelada, julgar improcedente a ação e condenar a autora ao pagamento das custas e 10% de honorários advocatícios, a serem recolhidos ao Tesouro Estadual, conforme orientação dominante nas egrégias Câmaras Reunidas deste Tribunal.

É o meu voto.

O DR. JOSÉ BARISON — A espécie em debate assenta em decisões do egrégio Tribunal Pleno que declararam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Estadual n.º 5.373, de 1966, e do Decreto-Lei n.º 18.389, de 1967.

Admito e concordo com a inconstitucionalidade declarada e assim evita-se que seja suscitado novo incidente, a fim de apreciar o mérito da questão, e mesmo porque na espécie inexistem outros argumentos ou argumentos diversos dos que foram analisados pelo Pleno. A inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados da legislação estadual importa em considerá-los inaplicáveis e mesmo inexistentes, pois ato contrário à Constituição nada tem de Lei, porque feriam e frustravam a imunidade objetiva referente aos produtos industrializados destinados ao Exterior ou a situações assemelhadas, mas a inconstitucionalidade declarada não se converteu em outro dispositivo legal determinante da permanência do crédito fiscal em todas as hipóteses; mas, afastada a proibição de ser deduzido ao imposto pago como regra geral, permite o exame de cada caso concreto.

Feita esta ressalva, acompanho integralmente o voto do eminente Relator, porquanto o imposto cobrado pela entrada da mercadoria no estabelecimento da autora foi recolhido no Estado do Paraná e atribuído por seu crédito no Estado do Rio Grande do Sul com a finalidade específica de atender à disposição constitucional que caracterizou o ICM como não cumulativo. A finalidade, portanto, do crédito seria a sua dedução na saída posterior. Verificada essa saída sob o abrigo da imunidade fiscal, surge a questão: permanece o crédito ou foi justa a exigência do fisco estadual?

Cumpré, portanto, distinguir: se o imposto houvesse sido recolhido pelo Estado do Rio Grande do Sul e admitida a inconstitucionalidade da restrição que havia na legislação estadual, porquanto se considera objetivamente imunes ao tributo os produtos industrializados quando destinados ao Exterior, então, sim, haveria procedência no pedido. Mas a espécie revela a particularidade de que o imposto foi recolhido no Estado do Paraná e aqui

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 299-309, 1972

lançado a crédito da autora com a finalidade de evitar a cumulatividade do tributo. Portanto, a operação de saída sob o pálio da imunidade do tributo faz com que desapareça o crédito e mesmo essa mercadoria foi vendida a firma exclusivamente exportadora, operação equiparada à remessa da mercadoria ao Exterior e, portanto, imune do tributo. O objetivo dessa imunidade está no incentivo, na facilidade, na permissão de que possa haver concorrência dos produtores brasileiros no mercado internacional. E se mesmo gravada com esse imposto essa mercadoria foi vendida no estrangeiro? E não há prova no sentido de que do preço foi deduzido o valor do imposto. Haveria ainda a necessidade de que a autora comprovasse que esse imposto não foi acrescido ao preço da mercadoria porque então teria incidência a disposição da Súmula n.º 546 do Supremo Tribunal Federal, que permite a restituição do imposto quando comprovado por decisão que o contribuinte de direito não recuperou do contribuinte de fato. Ainda a restituição do imposto é prevista no Código Tributário Nacional, art. 166, como também é disposição do Código Civil, que permite a repetição do indébito, mas sempre com o caráterístico fundamental: "Só pode devolver quem recebeu". Na espécie o Estado, nada tendo recebido, nada deve devolver.

É o meu voto.

O SR. PRESIDENTE (DES. MANOEL BRUSTOLONI MARTINS) Estou de acordo com o voto do eminente Relator. Para mim basta este argumento fundamental de que se o Estado não recebeu não pode devolver.

DECISÃO DO TRT DA 4.^a REGIÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O M. M. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE CAMAQUÁ — RS.

O Estado do Rio Grande do Sul pode-se fazer representar por representante do Ministério Público, mesmo quando consta como reclamado, nas comarcas em que não exista Advogado de Ofício.

ACÓRDÃO

ACÓRDAM, por unanimidade de votos, os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região, em sessão plena:

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 309-312, 1972

Em conceder a segurança impetrada.

Custas na forma da lei. Intime-se.

Porto Alegre, 6 de outubro de 1971.

Pajehú Macedo Silva
Vice-presidente no exerc. da Presidência

Justo Guaranha
Relator

Vistos e relatados estes autos de Mandado de Segurança, em que é impetrante Promotor Público da Comarca de Camaquã.

O Exmo. Promotor Público da Comarca de Camaquã impetrou o presente mandado de segurança contra decisão do MM. Juiz de Direito da mesma Comarca que, acolhendo impugnação do patrono da empregada em reclamatória contra o Instituto Gaúcho de Reforma Agrária, órgão do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu, com base na Lei Estadual 5256/66, art. 99, III — Estatuto do Ministério Público e no art. 17 da Lei 5584/70, que o Ministério Público é assistente judiciário obrigatório dos reclamantes e, como tal, ilegítimo defensor do Estado em processos trabalhistas, cuja defesa incumbe, por força da Lei Estadual 5898/69, aos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício.

O impetrante, na inicial, fez pormenorizado estudo da legislação invocada, que entendeu ilegítima a representação do Estado em processo trabalhista, e trouxe aos autos o texto da Lei Estadual 5898/69, que atribuiu as funções de defesa dos interesses do Estado em juízo aos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício, e estabelece, também, que nas comarcas em que não haja Advogado de Ofício incumbe aos Promotores Públicos idênticas atribuições.

Recebido o mandado de segurança e notificada a autoridade dita coatora, a mesma não se manifestou.

Ouvida, a douta Procuradoria do Trabalho manifestou-se favoravelmente à concessão do "writ".

É o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 309-312, 1972

Isso posto:

A matéria objeto do presente mandado de segurança, à vista da legislação invocada, ensejou interpretações contraditórias.

Efetivamente, a Lei 5584/70, em seu art. 17, atribuiu aos Promotores Públicos a prestação de assistência judiciária nas comarcas em que inexistam Juntas de Conciliação e Julgamento ou não haja sindicato da categoria profissional do trabalhador.

É público e notório que a Comarca de Camaquã não possui Junta de Conciliação e Julgamento; consta, também, que naquela comarca inexistente sindicato da categoria profissional da reclamante.

É de se notar, todavia, que a Lei 5584/70 não obriga o trabalhador a se socorrer da assistência judiciária gratuita, mesmo que tenha tal direito, podendo constituir defensor de livre escolha, e isto em consonância com o artigo 153 da Carta Magna.

A reclamante não procurou assistência judiciária, mas constituiu defensor de sua escolha, o que de per si desobriga e isenta o Promotor Público do que a Lei 5584/70 lhe atribuiu nos casos nela previstos.

Repare-se, contudo, que o Estatuto do Ministério Público, contido no Código de Organização Judiciária do Estado, Lei Estadual 5256/66, em seu art. 99, III, já continha disposição idêntica à Lei 5584/70, valendo, com relação àquela lei estadual, as considerações já feitas, apesar desta lei ter sido parcialmente revogada pelo atual Código de Organização Judiciária do Estado, pois a reclamante não procurou o representante do Ministério Público na Comarca de Camaquã para lhe prestar assistência na reclamação trabalhista que move contra o Estado do Rio Grande do Sul.

Cumpre, assim, examinar ainda a Lei Estadual 5898/69, que atribuiu à Consultoria-Geral do Estado a defesa deste em juízo.

O parágrafo 1.º do art. 3.º da referida lei estabelece que nas comarcas do interior em que não haja Advogado de Ofício incumbe aos Promotores de Justiça a defesa do Estado em juízo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 309-312, 1972

Na Comarca de Camaquã, como consta às fls. 19 dos autos, não há Advogado de Ofício, pelo que a defesa do Estado em juízo incumbe ao Promotor Público, especialmente designado, como o foi no caso.

Só existe uma conclusão a chegar: o Estado do Rio Grande do Sul está corretamente representado através do impetrante, e a decisão da autoridade coatora feriu direito líquido e certo do mesmo.

Desta forma, é de se conceder a segurança impetrada.

RECURSOS ORDINÁRIO E "EX OFFICIO" INTERPOSTOS DE DECISÃO DA MM. 3.^a JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO

ADVOGADOS DE OFÍCIO

Descabe a equiparação salarial entre os Advogados de Ofício do quadro e os Advogados extraquadro, por falta de amparo legal e contratual. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

ACÓRDAM, por unanimidade de votos, os Juízes da 1.^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região:

Em dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei — Intime-se.

Jorge Surreaux
Presidente

Nery Luz
Relator

VISTOS e relatados estes autos de Recursos Ordinários e de Recurso "Ex Officio", interpostos de decisão da MM. 3.^a Junta de Conciliação e Julgamento desta Capital, sendo recorrentes o Exmo. Juiz do Trabalho Presidente da mesma, S. M. da S. e o Estado do Rio Grande do Sul e recorridos os dois últimos.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 312-314, 1972

S. M. da S. ajuizou reclamatória contra a Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, alegando que foi admitido em 2/5/1962, exercendo as funções de Advogado de Ofício, sob o regime da CLT e que adquiriu o direito constitucional de perceber salário idêntico aos dos vencimentos dos Advogados de Ofício e Consultores do topo de carreira, atual classe D. Em face de divergências nos pagamentos, postulou diferenças salariais de janeiro de 1971 a agosto de 1971, na quantia de R\$ 8.140,00, diferenças salariais vincendas a apurar, juros e correção monetária.

A inicial foi instruída com três documentos. Antes de contestada a ação e realizada a audiência de instrução e julgamento, foi suspensa a instância pelo prazo de 30 dias, a requerimento do reclamante. Juntou, ainda, o postulante mais dez documentos.

O demandado contestou a ação por escrito (folhas 34) pedindo, em preliminar, a suspensão do feito para perícia psiquiátrica do reclamante, o que foi indeferido.

No mérito, alegou o descabimento da pretendida equiparação, por falta de amparo legal ou contratual, juntando documentos. Foram ouvidas duas testemunhas do reclamante. As propostas de conciliação não tiveram êxito.

As partes aduziram razões finais e a MM. Junta "a quo" prolatou sentença (fls. 46) julgando, por unanimidade de votos, procedente a reclamatória, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul a pagar a S. M. da S. vencimentos iguais ao do topo da carreira de Advogado de Ofício, classe D, desde 1.^o/1/1971, com a redução mensal de 1/12 avos, correção monetária e custas, recorrendo de ofício para a Instância Superior.

Inconformados, recorreram o reclamante e os reclamados. O recurso do demandado foi contra-arrazoado pelo reclamante.

Subiram os autos e a douta Procuradoria Regional do Trabalho preconizou o conhecimento dos recursos, o provimento do recurso do reclamante e o desprovimento do recurso do reclamado.

É o relatório.

Isso posto:

Como se verifica dos documentos constantes dos autos, o reclamante foi admitido para exercer as funções de Assistente Jurídico junto à Secretaria de Estado dos Negócios do Trabalho e Habitação (fls. 37), sob o regime da CLT (doc. de fls. 15 e 16). A sua remuneração, inicialmente fixada no ato de nomeação (doc. de fls. 37), sofreu alterações em virtude de leis estaduais

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 312-314, 1972

(doc. de fls. 38, 42 e 43). Por ter recebido tratamento pecuniário igual ao tratamento dispensado aos Advogados de Ofício do quadro, nas citadas leis estaduais, postulou o reclamante sua equiparação salarial, indicando por paradigmas aqueles Advogados. Como o reclamante recebe gratificação natalina e os paradigmas não a recebem, a MM. Junta concedeu-lhe os mesmos vencimentos dos Advogados de Ofício do quadro, com a redução de 1/12, deferindo, assim, apenas em parte a pretensão do autor.

Ora, segundo se vê dos autos, a remuneração do reclamante sempre foi estabelecida em ato expresso do Estado. Todavia, o fato de o Estado, por duas vezes, ter dado tratamento pecuniário aos seus Advogados extra-quadro igual ao dispensado aos Advogados do quadro, não constitui direito adquirido daqueles, como sustenta o autor, e nem passou a constituir cláusula do contrato de trabalho dos Advogados extra-quadro, como aludiu a sentença recorrida.

Com efeito, qualquer aumento nos vencimentos dos servidores públicos — como é o caso — importa em aumento da despesa pública e por isso depende sempre de expressa autorização legislativa.

De resto e como acentuou o Estado em seu recurso ordinário, por força de norma constitucional expressa (§ único do art. 98 da Constituição Federal e art. 95 da Constituição Estadual), está vedada a equiparação ou vinculação salarial do pessoal do serviço público. Aliás, as próprias testemunhas arroladas pelo reclamante mencionam que a eventual equiparação salarial ou tratamento pecuniário igual para uns e outros — os Advogados regidos pelo Estatuto e os Advogados regidos pela CLT — dependiam de expressa autorização legal e dotação orçamentária própria.

Assim sendo e como a Lei estadual n.º 6184, de 8 de janeiro de 1971 (fls. 40 e 41), não estabeleceu tratamento pecuniário para os Advogados extra-quadro igual ao que dispensou aos Advogados do quadro, não tem o reclamante direito de postular a questionada diferença salarial.

Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos de ofício e voluntário, para julgar improcedente a reclamação, ficando prejudicado o recurso do reclamante.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 312-314, 1972

SENTENÇA DO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA, DA COMARCA DE PORTO ALEGRE, EM MANDADO DE SEGURANÇA

Vistos, etc.

T. — I. e E. S/A. impetrou Mandado de Segurança, invocando a garantia do preceituado em o artigo 153, parag. 21, da Constituição Federal, objetivando a tutela da Lei n.º 1.533, de 31/12/1951, para pedir, como prestação jurisdicional, a declaração de inconstitucionalidade da exigência do estorno fiscal, imposta pelas autoridades fazendárias, com a autorização a não mais procedê-lo, anulando-se os anteriormente efetivados.

Opera, afirmou, no comércio interno, exportando produtos industrializados para o exterior. Pela aquisição e entrada de mercadoria, jus faz a crédito fiscal, em consonância com o disposto em a lei federal e estadual — L. Fed. n.º 5.172, de 26/10/1966 — art. 54 — L. Est. n.º 5.373, de 27/12/66 art. 10, e Dec. Est. n.º 20.148 de 2/1970. Todavia, a Fazenda Pública exige o estorno do crédito correspondente à mercadoria exportada, apesar das reiteradas manifestações jurisprudenciais, em contrário, emanadas do Colendo Tribunal de Justiça do Estado e do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sintetizada em a fórmula de serem objetivamente imunes os produtos industrializados em geral, destinados a exportação.

Ao informar, a autoridade coatora, como preliminares articulou. Pelo decurso do tempo, não interrompido pelo pedido de reconsideração, decaíra do direito à ação mandamental. Olvidando-se de declinar o montante do imposto, repercutiria na determinação do valor da causa, com reflexos no recolhimento da "Taxa Judiciária", e nos pressupostos ao apelo extremo. Em não detalhando a origem da mercadoria, prejudicara a apreensão e exposição da matéria.

E, no mérito, justificada pela doutrina, ao abrigo das normas legais, sua conduta ao querer o estorno de crédito fiscal, pela saída de mercadoria intributada, a fim de evitar a compensação de débitos fiscais originados por saída da mercadoria "B", com créditos fiscais que, supostamente, lhe atribuiu a mercadoria, ao arripio das normas legais.

Opinou, o ilustre representante do órgão do Ministério Público, em douto parecer, pela denegação. Preparados, vieram os autos conclusos.

Eis, sucintamente, o relatório.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 315-320, 1972

I) — Restringida fosse a “questão” à idéia e conceitualidade do vocábulo “estorno”, sem se atentar para a sua estrutura, dinâmica, destinação, função e entrelaçamentos, correlacionamentos, não se perspectivaria a integralidade do sistema, onde gravita.

O isolamento, destacando-o do contexto, não conduziria a um conseqüente lógico-legal. Geneticamente conexo, impedindo afastar-se da unidade, as noções de “não-cumulatividade”, operações, “creditar-se” e “debitar-se”, a real compreensão, para atingir os fins objetivados, demanda enfocá-lo através e com aqueles princípios.

A fim de resguardar o princípio constitucional da “não-cumulatividade do ICM”, cuja incidência pressupõe a existência ou a possibilidade de se materializar pluralidade de operações, explica o bel. Ernesto Lottermann, em obra a ser publicada, o cálculo do imposto devido resulta da dedução do crédito fiscal — imposto pago na operação anterior — do débito proveniente da saída posterior. Pela impossibilidade material, ou em razão da impraticabilidade, com reflexos administrativos econômicos e administrativos negativos, de processar-se, individual ou unitariamente, mercadoria por mercadoria, aquele cálculo, o contribuinte se credita pelo imposto pago na operação anterior — destacado no documento fiscal, por ocasião da entrada da mercadoria, debitando-se pelas saídas.

Existencialmente, o “crédito fiscal”, assim, é um simples elemento, um mero componente indissociável, um fator indispensável do cálculo do imposto devido, condicionado sempre à realidade do débito, e sem o viver deste, sem razão de ser, privado da própria “condição de ser”. Nasce, adquire viabilidade em função do débito, teleologicamente, com o objetivo, único e específico, de preservar a “não-cumulatividade”.

Lógica, racional e legalmente, se em determinada operação não houver débito pela saída da mercadoria, o contribuinte não pode creditar-se do imposto pela entrada. Como, p. exemplo, se o contribuinte adquire veículos para uso seu, aí, nessa situação jurídica, por inoportunidade a saída posterior da mercadoria, não haverá débito do imposto, nem a entrada poderá gerar crédito, sendo defeso àquele, ao receber o bem, abonar o crédito.

Desenhe-se agora outra “situação jurídica”, intuindo configurar o instituto do “estorno”, e sua aplicabilidade. Um comerciante de veículos, ao adquirir dez (10) unidades, mercadorias destinadas a revenda, credita-se do imposto, por ocasião da entrada. Ulteriormente, decide destinar dois deles para os serviços do seu

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 215-220, 1972

estabelecimento. Concretizada essa hipótese, como não haverá débito posterior, o crédito averbado, por ocasião da entrada, perdeu sua legitimidade e amparo legal para subsistir.

Ao contribuinte cumpre anular o crédito correspondente, por indevido, mas como o abatera do débito, em o momento da entrada e porque fizera uso efetivo desse crédito, deverá debitar-se pela importância, deduzindo-a dos créditos deste período ou acrescentando-a ao débito deste período. Ao deste modo agir praticará o “estorno de crédito”, compreendendo-se, como tal, o ato de anulação de um crédito utilizado indevidamente.

Inquire-se. Para o contribuinte persistirá o dever jurídico de estornar, quando a operação de saída da mercadoria estiver isenta ou imune?

É parcial o posicionamento jurídico da impetrante. Dedicando-se à indústria e comércio de madeiras, entre outras mercadorias, atua no comércio interno e opera, exportando, para o exterior, madeiras; operação qualificada e tipificada de imune à tributação, por considerada abranger produto industrializado, “ex vi” do artigo 23, parágrafo 7, da Constituição Federal.

Ao não discriminar o “fato” — artigo 158, III, do C.P.C. — da origem das mercadorias exportadas, se de produção própria ou adquiridas de terceiros, descumpriu o preceituado em o artigo 158, III, do C.P.C.. A “causa petendi”, ou título do pedido “não significa a norma de lei invocada em juízo” — Chiovenda. É um elemento complexo, porque concorrem, para a sua formação, elementos diversos, precisamente a afirmação e a eventual demonstração dos fatos concretos à cuja existência a norma objetiva subordina certos efeitos ... “in” “Estudo sobre a conexão de causas no processo civil”, Tomás Pará Filho — pág. 35. E sem a especificação dos fatos geradores — Zanzuchi — agravou as dificuldades de exarar-se um “julgado motivado, positivo, concreto e restrito aos pontos debatidos e verificados”. — in “Coisa Julgada”, Manuel Aureliano de Gusmão, pág. 51, 1.922, somando óbices a converter-se a pretensão em razão — Betti.

A indefinição, a imprecisão do conteúdo e a não-identificação, em a totalidade, dos atos e fatos correlacionados à própria existência da operação de entrada de mercadoria, com a constatação do pagamento do tributo, causa geradora do “crédito fiscal”, dilui, arrefece, desconstitui a certeza e liquidez do direito invocado. Se, eis uma das teses, a mercadoria exportada era a de sua produção, inexistiu a “operação de entrada”. Inocorrendo esta, não poderia creditar-se, uma vez que não houvera pagamento de imposto, pela ausência, absoluta, de operação anterior. Por oca-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 315-320, 1972

sião da saída, por estar imune à tributação — objetivamente, imune, segundo o S. T. F., não sofreria o ato a incidência do ICM. Mas, nem por isso, ser-lhe-ia facultado “não estornar” aquele crédito, por ventura lançado — considerando-se assegurado foralhe o não-satisfazer o tributo, sem se estender o incentivo à criação de crédito. É que o respeito ao princípio da não-cumulatividade pressupõe, sempre, no mínimo, a satisfação de pagamento de imposto pela operação anterior.

Não cessam, aí, as dificuldades. Ignora-se, ainda, se adquire a matéria-prima diretamente do produtor primário, sediado aqui no Rio Grande do Sul. Se o fez, levar em atenção dever-se-ia o instituto do diferimento do imposto. E cuja programática consiste em o produtor não pagar o I.C.M., pelas saídas, deferindo-se o pagamento para a etapa seguinte, a de circulação, como o atribuir-se a responsabilidade, pela satisfação do tributo, ao destinatário-comprador e exigível na próxima saída. E se esta for isenta ou imune? Permanecerá a responsabilidade pelo imposto relativo à operação do produtor, de vez que a transação assinalada por anterior, não estando ao abrigo e sob a tutela de isenção ou imunidade, o tributo é devido e é de responsabilidade do industrialista.

A imperante, como o disse, não opera, exclusivamente, no ramo de exportação. Se o fizesse, “*tollitur questio*”, por força do consignado em o Ato Complementar n.º 35, em o artigo 1.º, parágrafo 2.º, e do preceituado em o artigo 1.º, parágrafos 3.º, 1.º, e 5.º, I, do Dec-Lei 406, de 31/12/1968. Forças a converterem em despiências as discussões sobre o problema do diferimento, da compossibilidade jurídica do “estorno”, por convergentes com o sufragado pela jurisprudência, ao assentar: “A imunidade é de natureza objetiva e absoluta: recai na operação de exportação do produto industrializado, considerada esta como fato integrado, compreendendo as operações anteriores” — Rev. Jurisp. do T.J.R.S., — 25-134.

Promove a saída de seus produtos, quer para o mercado interno, sujeitas ao imposto, seja para o exterior, imunes. Por ocasião da entrada da matéria, credita-se pela totalidade dos ingressos, por deconbecer o destino ulterior.

Quer, como pretensão, não estornar o crédito, e a continuar a fazer uso efetivo do crédito, correspectivo, pela exportação de produto industrializado, sob o fundamento de a “imunidade abranger a operação de exportação de “modo integrado”, vulnerada com a exigência do estorno, por se transmutar, em realidade, em um método indireto de haver imposto.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 215-220, 1972

No setor do comércio externo, a lei, taxativa e meridianamente, admitiu não se exigira o estorno, do imposto relativo às mercadorias entradas” ..., em a relação jurídica descrita, em o artigo 3.º, parágrafo 3.º, do Dec-Lei n.º 406.

Por construção doutrinária, extensiva ou analógica, não; atividade vetada por preceito legal — art. 111 do C.T.C. e afastada pela doutrina, ao determinar e preconizar a interpretação literal — Rui Barbosa Nogueira — Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário — pág. 73 — Aliomar Baleeiro — D. T. B. — pág. 523.

A Lei, ao permitir-lhe “escriturar o crédito fiscal” — imposto pago na operação (supondo aconteceu, embora a impetrante não o comprovasse) valorou o fato da indeterminação da destinação da mercadoria. Efetivada a exportação, deverá estornar o crédito correspondente à entrada da matéria-prima ou mercadoria, por inexistir dispositivo legal autorizando-lhe a não estornar. E sob pena de imprimir-se ao “crédito fiscal” uma vida independente e autônoma, embora, juridicamente, inexistia desvinculada, dissociado do cálculo do imposto devido, conceitual e especificamente integrante e geminado ao débito. Atribuindo-lhe função outra, da constitucionalidade prevista, qual seja a de garantir a não-cumulatividade. Para conferir-lhe a da geratriz de crédito, sem os concorrentes necessários do “Cálculo” e “do Débito”, capaz e possível de ser utilizado, indiscriminadamente, para cobertura das operações internas.

Não seria essa resultante o acatamento ao princípio da integralidade, de vez que, de par com a imunidade, “asseguraria crédito fiscal”, nem o suporte legal concessivo, com implicações e ressonâncias, sequer “esboçadas” em o plano de expansão do comércio externo, por importar em sangria do erário público, beneficiando, “a latere”, — contribuintes, não inscritos na categoria, exclusiva, de exportadores — art. 1.º, parágrafo 5.º, I, do Dec-Lei n.º 406, de 31/12/1968.

Instituído o “crédito fiscal”, para assegurar a dinâmica do preceito da “não-cumulatividade”, como poderá ser mantido, se constitucionalmente impossível, a cumulatividade, mas apenas, por extensão, do critério da integralidade, apesar dos discríme dos suportes jurídicos, da origem e fins só conexos, singularmente, pelo denominador do ato final da “exportação”?

Não corresponderia a sua destinação específica, nem disporia de embasamento legal invocar-se o critério da integralidade para querer os efeitos, próprios ao “princípio da não-cumulativi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 315-320, 1972

dade", como se aquele fora substitutivo deste. Com um detalhe, de criar um crédito, ou direito subjetivo, sem que, o beneficiário satisfizesse a obrigação de pagar.

E, pela irrestrita aplicação do critério da integralidade, como apoio legístico à manutenção do "crédito fiscal", através do não-estorno — criaria condições para a materialização de uma situação, assim, bastaria uma exportação, com um valor elevadíssimo, para assegurar crédito todas as operações internas, ou, em outras palavras, garantir o não-recolhimento de tributos.

"EX POSITIS",

EM O USO E EXERCÍCIO DO PODER JURÍDICO DO ESTADO, ao rejeitar a pretensão, DECIDE-SE DENEGAR o PEDIDO DE SEGURANÇA, formulado por T. — I. e E. S/A., por julgá-lo improcedente, cessando a liminar e condenando-a a satisfazer o custo deste processo.

Comunique-se.

R. F. Int.

P. Alegre, 11 de janeiro de 1972.

Cristovam Daiello Moreira
Juiz de Direito

SENTENÇA DO EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.^a VARA PRIVATIVA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA.

Visto, etc.

1. O ex-funcionário policial J. S. M. promove esta ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul afim de obter a reintegração em seu cargo público estadual com a anulação do ato administrativo que o demitiu. Historia que foi demitido a bem do serviço público com fundamento no artigo 18, § 2.º, letra b, da Lei n.º 1.752, de 23 de fevereiro de 1952, e no artigo 218, alínea XI, da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, depois de haver sido condenado pelo Juízo do Tribunal do Júri a um ano e onze meses de reclusão, como incurso no artigo

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 320-323, 1972

129, § 1.º, inciso II, do Código Penal, pena de que foi indultado pelo Presidente da República; a condenação criminal e a demissão administrativa resultaram de haver o autor ferido a bala de revólver seu colega A. B. P., em fevereiro de 1962. O autor fundamenta seu pedido nos vícios do processo administrativo em que se fundou sua demissão, apontando diversas irregularidades que dificultaram sua defesa, inquinando o ato demissório de nulidade na forma do artigo 105, inciso II, da Constituição de 1969, norma que repetiu dispositivos similares das Constituições anteriores; dentre os dispositivos feridos aponta os artigos 263, alínea b; 233, § 3.º; 241; e 238, § único, da Lei n.º 1.751. Comenta a exigência da ampla defesa no processo administrativo, referindo decisões jurisprudenciais e administrativas e opiniões doutrinárias. Pretende obter, como decorrência da nulidade do ato demissório, sua reintegração no cargo em que deveria estar agora titulado, com todas as vantagens vencidas e vencendas, vencimentos, quinquênios, gratificações adicionais, promoções, etc.

O ESTADO contesta a ação alegando que o autor foi demitido em virtude de sentença judiciária, nos termos da primeira hipótese prevista no inciso II do artigo 105 da Constituição de 1969, em combinação com o artigo 218, inciso XI, da Lei n.º 1.751, e que o posterior indulto é irrelevante para uma eventual reintegração (fls. 31 a 34).

Após a réplica do autor (fls. 36 a 41) e uma suspensão da instância (fls. 44), o processo foi saneado (fls. 44v).

Na audiência foram juntados documentos (fls. 52 a 65) e ouvidas testemunhas (fls. 66 e v); realizaram-se os debates (fls. 64 e v).

Aos autos foram apensados o processo administrativo e expedientes posteriores na área administrativa.

2. O ato de demissão do autor foi publicado em 15 de janeiro de 1966 (fls. 14), ainda sob a vigência da Constituição Estadual promulgada em 1947. A norma aplicável ao caso é a que figura no artigo 206, inciso II, "verbis": "Os servidores civis perderão o cargo ou a função: II — quando estáveis, no caso do inciso anterior (ou seja: em virtude de sentença judiciária), no do se extinguir o cargo ou a função, ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que lhes seja assegurada ampla defesa, precedendo sempre à decisão final, neste proferida, parecer do órgão do pessoal do Estado." Três diferentes hipóteses ocorrem, portanto, para a perda do cargo por funcionário estável, a

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 320-323, 1972

primeira das quais é a que interessa no caso dos autos. O autor foi demitido em virtude de sentença judiciária, tal como afirma expressamente o ato demissório ao fazer remissão ao artigo 18, § 2.º, letra b, do Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei n.º 1.752) e ao artigo 218, alínea XI, do Estatuto do Funcionário Público Civil (Lei n.º 1.751). O primeiro de ambos os dispositivos considera falta grave, punível inclusive com demissão (artigo 21), a prática de atos delituosos dos quais possa resultar a condenação em processo regular; o segundo dispositivo, mais específico e cogente, pune com a demissão a bem do serviço público o funcionário que for condenado a pena de reclusão.

Não resta dúvida de que o autor perdeu seu cargo em virtude da sentença criminal condenatória. É certo que dita perda não foi pena acessória criminal, como o teria sido se a condenação alcançasse dois anos e um dia de reclusão (artigo 68, inciso II, do Código Penal); tratou-se de punição administrativa prevista no Estatuto e decorrente da sentença judiciária.

O funcionário policial está sujeito às sanções do Estatuto do Funcionalismo em geral, afora àquelas peculiares a sua própria função. Os artigos 17, "caput", primeira parte, e 24 da Lei n.º 1.752 (Estatuto do Policial) são claros e específicos a este respeito. Não houve, pois, qualquer equívoco da administração ao aplicar ao autor a punição definida no artigo 218, inciso XI, do Estatuto do Funcionalismo.

Existe no Estatuto um artigo que parece tornar obrigatório o processo administrativo sempre que possa resultar demissão: o artigo 226 da Lei n.º 1.751. Contudo, esta norma só pode ser interpretada à luz da Constituição: endereça-se tão-somente aos casos de perda de função por decisão administrativa e não poderia abranger, em sua obrigatoriedade aparente, aqueles resultantes de sentença judiciária. A compreensão do dispositivo é, ademais, bastante clara: o advérbio "sempre" está vinculado à alternativa que figura ao fim: "seja ele (funcionário) estável ou não". Se o artigo 226 estivesse redigido sem o condicionamento final aludido, então sim estaria consagrando a obrigatoriedade de processo administrativo para poder haver demissão; mas, seria nesta hipótese inconstitucional por ferir o artigo 206, inciso II, primeiro caso, da Carta de 1947.

O próprio advogado que defendeu o autor na esfera administrativa, demonstrou compreender a inocuidade do processo então em curso em face da existência de uma decisão judiciária com trânsito em julgado: "Restaurar não se diga, mas reiniciar procedimento administrativo partindo de fatos já passados em

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 320-323, 1972

julgado e que foram examinados pelo Judiciário na sua órbita de competência exclusiva, é exigir-se repetição de atos processuais idênticos e por isso mesmo evitados de improcedência porque atentatórios aos direitos individuais do cidadão na comunidade" (fls. 97 dos autos apensos). O mesmo bacharel acrescenta que o Conselho Superior de Polícia, do qual já fora membro, "em torrenciais decisões sempre aguardava, em casos análogos, a decisão do Poder Judiciário para depois decidir como de direito. E invariavelmente adotava no seu modo de decidir aquilo que o Poder maior houvera decidido." (mesma folha) Aliás, o defensor esclareceu que sua "propositada ausência dos atos processuais" fundamentara-se na intempestividade da instrução administrativa porquanto "o fato de que o mesmo trata já foi julgado definitivamente e a decisão é irreversível" (fls. 98 dos autos apensos).

Foi também com fundamento na existência de uma condenação judiciária transitada em julgado que o Conselho Superior de Polícia, por sua Resolução n.º 4.861, propôs a demissão do ora autor na forma como o foi demitido (fls. 121 e 122 dos autos apensos). Também o Parecer n.º 6.471, do Conselho do Serviço Público, teve igual fundamentação (fls. 126 a 128).

O autor foi demitido em virtude de sentença judiciária, portanto desnecessário o prévio processo administrativo senão para formalizar a constatação oriunda do Poder Judiciário. E se a Carta Estadual de 1947 não exigiu para tal hipótese a segurança da "ampla defesa" do funcionário a ser demitido, o foi porque a Carta Federal de 1946 lhe havia antes assegurado, como a todos, "plena defesa", de âmbito ainda mais largo, ao ser criminalmente processado: artigo 141, § 25.

3. Assim, com os pressupostos de direito e de fato antes discutidos, **JULGO IMPROCEDENTE** esta ação e **CONDENO** o autor J. S. M. a pagar as custas do feito e os honorários advocatícios do réu, fixados estes em 25% sobre o valor provisório que foi dado à causa.

Publique-se na audiência já designada. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 28 de dezembro de 1971.

Ruy Rubem Ruschel
Juiz de Direito da 2a. Vara da Fazenda

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 320-323, 1972

ÍNDICE

ABONO-FAMÍLIA (parecer 2067/CGE) Benefício devido a filho adotivo. Aplicação de legislação peculiar à Brigada Militar do Estado	pág. 189
ADVOCACIA DE OFÍCIO (parecer 2046/CGE) Restrição ao seu exercício. A restrição imposta pela Ordem dos Advogados do Brasil — Secção deste Estado — aos Advogados de Ofício, em decorrência do exercício de igual atividade, porém, particular e paralela, não deve subsistir. A Ordem em questão cabe, entretanto, por decisão soberana de seu Conselho, e se assim o entender, excepcionar da restrição legal (artigo 85, VI, do Estatuto do Advogado), os titulares da função pública de Advogado de Ofício, quando no desempenho específico desta	132
ADVOCACIA DE OFÍCIO — Equiparação Salarial Decisão do T.R.T. da 4.^a Região	312
AVANÇO — ver página	134
BEM PÚBLICO (parecer 2041/CGE) A cessão de direito de uso dos próprios do Estado, pode ser feita pelo Executivo, sem prévia autorização legislativa, respeitados os princípios dos arts. 125 e 126 do Decreto-lei federal n.º 9.760, de 5 de julho de 1946 e precedida de licitação	156
COHAB-RS (parecer 2047/CGE) Posse e Propriedade. Somente a ação de desapropriação em que o Poder Público alega urgência, deposita o preço e obtém a imissão provisória na posse libera o imóvel para fins públicos. Oportunidade de tal medida	148

CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO (Hely Lopes Meirelles)	pág. 15
CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Prazo. De- cadência (Nelson Monteiro Filho)	27
CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES (parecer 1198/UAJ) A inexistência de cargo público não autoriza o Município a contratar servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, para todas as funções administrativas, posto que se constituiria, tal providência, em quebra da simetria administrativa estabelecida pelo artigo 13, inciso V, da Constituição Federal. A contratação de servidores só pode ocorrer nos casos previstos no artigo 106, da Lei Maior e no Ato Complementar n.º 52, de 8 de maio de 1969	109
DA APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL PELOS TORREFADORES DE CAFÉ — Memorial	263
DA VALIDADE DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA COM PAR- TICULAR, sem Prévia Certidão da Quitação do INPS (Arnoldo Wald)	71
DESAPROPRIAÇÃO (José Néri da Silveira)	33
DESAPROPRIAÇÃO	148
EQUIPARAÇÃO SALARIAL — Decisão do TRT da 4.ª Região	312
ESCOLA DE POLÍCIA (parecer 2045/CGE) Remuneração de seus Professores. A nenhum funcionário público civil estadual é lícito, em condições ordinárias de serviço, prestar mais de 55 horas semanais de trabalho. Normas a serem seguidas pela Escola de Polícia na remu- neração de seus professores. II — Gratificações Adicionais. Servidor Policial. Funções Gratificadas. A partir da edi- ção do novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei n.º 6.194, de 15 de janeiro de 1971), não tem mais os servidores policiais direito a computarem as funções gra- tificadas, no cálculo das gratificações adicionais por tem- po de efetivo serviço público	163

ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL — Memorial	pág. 274
ESTORNO FISCAL — Sentença do juízo de 1.ª Vara Pri- vativa dos Feitos da Fazenda Pública	315
FUNCIONALISMO — ver páginas 109, 119, 134, 151, 185, 189, 192, 219, 226, 290 e	320
FUNCIONÁRIO PÚBLICO: Opção pelo Regime de Dedi- cação Exclusiva — Recurso Extraordinário n.º 73.357 S. P.	290
FUNÇÕES GRATIFICADAS	163
GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE PERMANÊNCIA (pa- recer 2065/CGE) Ao Poder Público compete decidir a conveniência de con- ceder ou negar a gratificação mencionada. Impossibilida- de atual de contemporizar expectativa de direito, face à revogação da Lei n.º 4.047, de 29 de dezembro de 1960, que estabelecia o direito. Responsabilidade administrati- va quanto à tramitação processual	219
GRATIFICAÇÕES ADICIONAIS	163
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — Apelação Cível n.º 17.371 T.J.R.G.S.	299
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — Recurso Extraordinário n.º 71.410-S.P.	283
ISENÇÃO FISCAL (parecer 2027/CGE) Compete isentar quem tem o poder de criar o tributo. Taxa Rodoviária Única e a obrigação fiscal da C.E.E.E.	255
LEI PRAIEIRA (parecer 2071/CGE) Lei n.º 2558/54. Promoção por via de avanço. Aos funcio- nários compreendidos no sistema de classificação de car- gos, do Quadro Geral dos Funcionários do Estado, outor- ga-se, como vantagem da aludida lei, simplesmente um avanço, que também é promoção no sentido horizontal ...	134

LICENÇA PRÊMIO (parecer 2105/CGE) Se a Lei Orgânica atribui essa vantagem a funcionário, não pode lei municipal estendê-la a servidor	pág. 119
LICITAÇÃO — ver páginas 141 e	156
LITISREGULAÇÃO (José Maria Rosa Tesheiner)	55
MUNICÍPIO — ver páginas 15, 128, 234 e	248
MUNICÍPIO (parecer 1886/CGE) Correção Monetária, Juros e Multas. Litude de sua co- brança pelo INPS, das Prefeituras em atraso no recolhi- mento das contribuições previdenciárias devidas	128
MUNICÍPIOS DAS ÁREAS DE SEGURANÇA NACIO- NAL	122
PREFEITO — ver página	112
PREFEITO MUNICIPAL (parecer 2029/CGE) Municípios das áreas de Segurança Nacional. Infrações político-administrativas — Inaplicabilidade das disposi- ções do Decreto-Lei n.º 201/67. Afastamento do municí- pio. Licença da Câmara de Vereadores, desnecessidade ..	122
PROCESSO LEGISLATIVO (parecer 2034/CGE) Uniformidade para as diferentes pessoas (ut arts. 13, III, da Constituição Federal, e 143, da Constituição Estadual). Veto — quorum qualificado e votação pública (art. 59, § 3.º, da Constituição Federal, e art. 37, § 3.º da Consti- tuição Estadual). Fidelidade partidária (art. 152, parágrafo único, da Constituição Federal, art. 72 da Lei n.º 5.682, de 21/7/1971 e art. 90 da Resolução n.º 9.058, de 3/9/71, do Tribunal Superior Eleitoral). Hierarquia das leis: Fe- deral, estadual e municipal — prevalência. Lei inconsti- tucional — Nulidade — Jurisprudência dominante. Lei Orgânica de Tramandaí, art. 30, § 3.º	234
RECESSO DAS CASAS LEGISLATIVAS (Ofício-parecer) Conseqüências a) Legislativa; b) Subsistência dos manda- tos e prorrogação de mandato da Mesa; c) Serviços inter-	

nos do Poder Legislativo e d) Relações com as demais instituições	pág. 248
RECLASSIFICAÇÃO — (parecer 2102/CGE) Inativos — Súmula. As reclassificações de cargos públicos efetuadas dentro da Reforma Administrativa Estadual, implicando em alteração de denominação e padrão remu- neratório funcionais, mas também do conteúdo ocupa- cional dos mesmos cargos, não aproveitam aos funcioná- rios aposentados anteriormente às mesmas, a não ser na ocorrência de norma expressa de extensão de seus bene- fícios aos inativos. Aplicação da Súmula n.º 38 do Su- premo Tribunal Federal	185
REENQUADRAMENTO (parecer 2049/CGE) Lei n.º 4.317, de 22 de junho de 1962. Pedido formulado a destempo: prescrição das prestações atingidas pela quinqüenária	192
REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. Sentença do juízo da 2.ª Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública	320
REPRESENTAÇÃO DO ESTADO POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, perante a Justiça do Trabalho. Decisão do TRT da 4.ª Região em mandado de segurança	309
REVISÃO DE PENSÃO (parecer 2039/CGE) Não cabe a inclusão no valor da pensão dos quinqüênios militares instituídos por lei posterior ao falecimento do servidor	153
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (parecer 2043/CGE) Não é destinatária das regras de licitação contidas no Decreto-lei 200/67. Compatibilidade da adoção do proce- dimento, por disposição estatutária expressa. Regra ge- ral de licitação e contratação na forma e por métodos mercantis	141
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (parecer 2045/CGE) Diretores. Os exercentes de cargo de direção de sociedade	

anônima se constituem em órgãos da pessoa jurídica, não se vinculando a ela por contrato de trabalho regido pela C.L.T. A Lei n.º 5.107/66, instituidora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não abrange os diretores estranhos aos quadros de pessoal da empresa	pág. 200
TAXA SOBRE SERVIÇO DE RETRANSMISSÃO DE T. V. (parecer 2028/CGE)	
É denominação imprópria, juridicamente, porque a remuneração de serviço público atipicamente estatal, isto é, não essencial em razão de saúde, ou de higiene etc., se opera somente quando há o uso efetivo desse serviço, que é "comprado" facultativamente, pelo usuário. Os serviços industriais e comerciais prestados pelo Poder Público não são retribuídos mediante taxas, mas através de preços públicos. Distinção entre taxa e preço público	114
TEMPO DE SERVIÇO (parecer 2054/CGE)	
Tiros de Guerra. Gratificação Adicional. É computável, até o limite posto no art. 110, § 2.º, da Lei n.º 1.751/52, para a concessão de gratificação adicional por tempo de serviço,, o período em que o servidor esteve matriculado em órgão de Formação de Reserva das Forças Armadas. Modo de calcular dito tempo	151
TRIBUTOS — ver páginas 27, 255, 263, 274, 283, 299 e	315
VENCIMENTOS (parecer 2072/CGE)	
Pedido de abono de faltas. Sua improcedência. Faltas sucessivas. Desconto de vencimentos correspondentes a sábado, domingo e feriados, quando intercalados às faltas	226

