revista da consultoria -geral

estado do rio grande do sul

REVISTA DA

CONSULTORIA - GERAL

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Coordenador
Valdacir S. Scamazzon

Assistente
Ellen Gracie Northfleet

Av. Borges de Medeiros
n.º 328 — 12.º andar

Pôrto Alegre — R.G.S.

RCGERS	Pôrto Alegre	v. 1	n. 1	p. 1 a 338	1971

EUCLIDES TRICHES — Governador do Estado

Orlando Giraldi Vanin — Consultor-Geral

SUMÁRIO

Apresentação

Composição da Consultoria-Geral

Discurso de Posse do Consultor-Geral do Estado

DOUTRINA

Cirne Lima, Ruy	Atos Jurídicos Normativos
Meirelles, Hely Lopes	Taxa de Iluminação Pública
Silveira, José Néri da	Regime de Aposentadoria, previsto no art. 177, § 1.º da Constituição de 1967, em face da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.
Tesheiner, José Maria Rosa	O ICM e a Importação para o Ativo Fixo

PARECERES

Cabral, Armando Henrique Dias	Licitação
Couto e Silva, Almiro do	Interpretação do Ato Complementar n.º 52 Proventos e Direito Adquirido
Filippi, Adaury Pinto	Impedimento do Prefeito Presidência da Câmara de Vereadores — Infidelidade Partidária Vereador

João, Paulo Germano	Brigada Militar Aplicação da Lei Peracchi aos Servidores da Secretaria da Assembléia Legislativa
Leal, Caio Martins	Escola de Polícia
Lima, Cyl Paranhos de	Aposentadoria do Ex-Combatente
Machado, Dilma Macêdo	Limite de Idade
Miller, José Carlos Torres	Licença-Prêmio Desmembramento de Município
Monteiro, José Joaquim	Convênio
Pagano, Adyles Duarte	Aforamento
Pilla Ribeiro, Elmo	Funcionário de Fato Renda Constituída sôbre Imóvel
Pires, Jorge Alberto Diehl	Pensão Especial
Ramos, José Hugo V. Castro	Incorporação de Função Gratificada aos Proventos da Inatividade
Sá, Ney	Brigada Militar
Soares, Mário Nunes	Taxa Rodoviária Única — Isenção Taxa de Água
Vanin, Orlando Giraldi Guimarães, L. P. & Sesta, M. B.	Governador do Estado — Impedimentos
Vanin, Orlando Giraldi	Lei e Regulamento
Zacchia, José	Inscrição no IPERGS

TRABALHOS FORENSES

Lustosa, Caio	Contestação
Vanin, Orlando Giraldi & Tesheiner, José Maria Rosa	Memorial

JURISPRUDÊNCIA

Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias	Recurso Extraordinário n.º 70.398
Inversão Tumultuária das Formas Processuais	Correição Parcial n.º 16.509
Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias	Agravo de Petição n.º 16.082 — 3.ª Câmara Cível — T. J. R. G. S. Agravo de Petição n.º 16.081 — 1.ª Câmara Cível — T. J. R. G. S.
Apreciação pelo Judiciário dos resultados dos concursos para provimento de Cargos Públicos	Apelação n.º 15.927 — 4.ª Câmara Cível — T.J.R.G.S.

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO

Em março de 1965, quando se reinstalava, no Rio Grande do Sul, a Consultoria-Geral do Estado, tendo à frente aquela figura ímpar de José Néri da Silveira, quantas vêzes dialogamos não só sôbre a conveniência como especialmente sôbre a necessidade de divulgar os estudos jurídicos da Casa, tanto para torná-los mais conhecidos, quer de tôda a Administração do Estado, quer dos demais estudiosos do assunto, quanto para aperfeiçoá-los.

Era o pensamento inicial, que não chegou a sair do terreno das cogitações. Depois, José Néri da Silveira — todos sabem — Juiz Federal e, em seguida, Ministro do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, enquanto nós, sempre no quadro da Consultoria-Geral do Estado, fomos destacados para outros setores, até que, em março dêste ano, honrados por Sua Excelência, o Sr. Governador do Estado, com o desvanecedor consentimento do Egrégio Poder Legislativo, voltamos para o serviço interno da Consultoria-Geral, com a função de exercer o cargo de Consultor-Geral, quando, outra vez, aquela idéia que, no início das atividades do órgão, tantas vêzes fôra objeto de conversações com o então Consultor-Geral, voltou com todo o vigor e já agora com pretensões maiores, eis que, além de veículo de divulgação dos estudos da Casa — Pareceres — entendemos que deveria ter uma secção de doutrina, aberta a tôdas as autoridades e estudiosos do direito e, ainda, outra secção para agasalhar os trabalhos forenses e jurisprudência, pois pretendemos, através dêsse periódico, obter permanente diálogo e colaboração não só com os demais órgãos da administração rio-grandense, mas também com os das demais entidades coirmãs dos outros Estados brasileiros e o próprio Poder Judiciário, a par de servir de expressão e afirmação dos colegas da Casa, ao lado de todos quantos, juristas consagrados ou representantes da nova geração, tal como dos ilustres magistrados, êsses que tornam dinâmico e sempre atual

o que por sua natureza parece estático e, por vêzes, poderia ter o apôdo de antiquado, se dedicam ao direito.

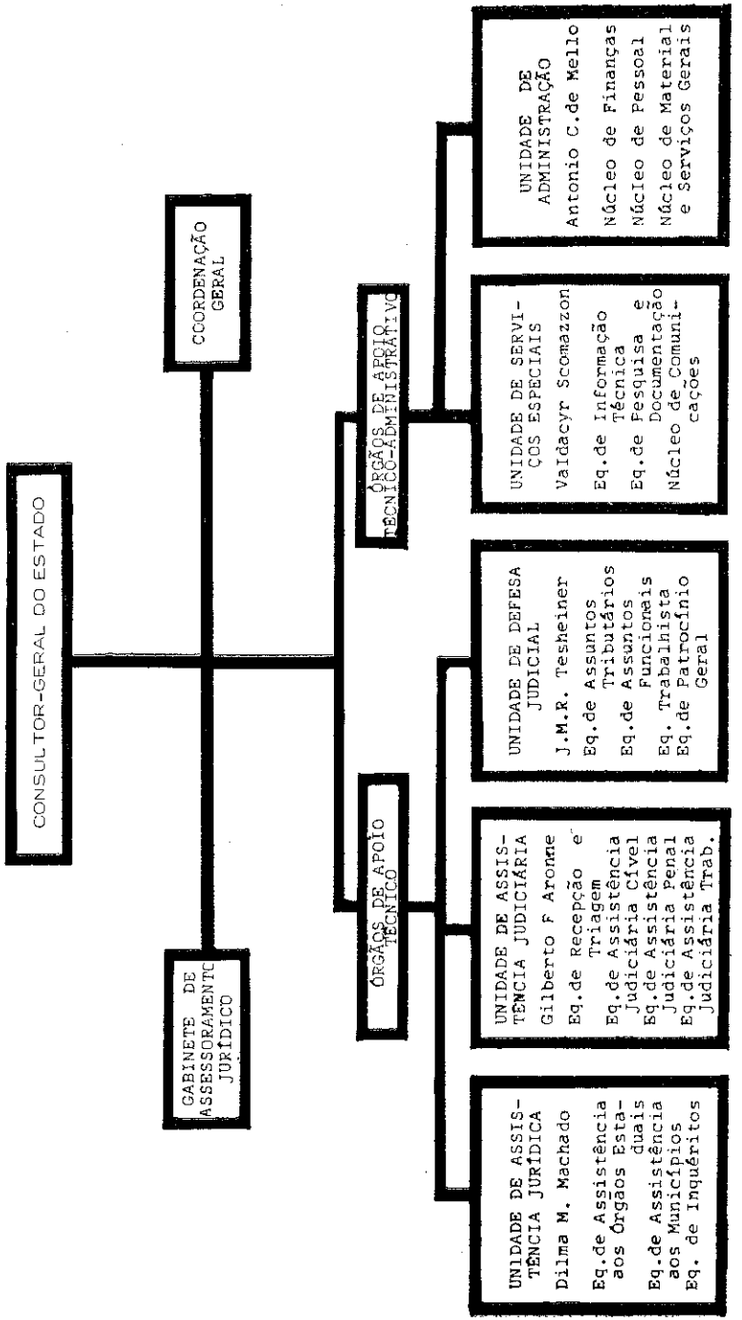
Assim a Revista da Consultoria-Geral, que é entregue e aberta a todos os cultores da Ciência Jurídica, modesta hoje, surge sem dúvida com grandes pretensões nos seus objetivos, já fadada ao sucesso pela acolhida, que neste seu primeiro número, mereceu tanto dos homens consagrados no direito quanto dos que se estão impondo. Sirva de estímulo aos mais jovens e propósito aos mais antigos, de nunca deixá-la ao desamparo.

E, na economia interna, representa a consecução de mais um dos objetivos e propósitos da Casa: Servir sempre e melhor com a cooperação de todos.

Não pretendemos, é certo, estar fazendo nada de excepcional, temos consciência de que é simples, mas queremos melhorar sempre, e, para isso, contamos com o concurso de todos. Nesse primeiro número queremos agradecer a colaboração de todos quantos — de alguma forma — trouxeram a sua contribuição, mas, em particular, não podemos deixar de destacar o esfôrço especial e decisivo da Dra. Ellen Gracie Northfleet, cuja atuação permitiu que se editasse ainda neste ano.

Pôrto Alegre, novembro de 1971.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado



DISCURSO DE POSSE DO CONSULTOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, PROF. ORLANDO G. VANIN

Excelentíssimas Autoridades, presentes ou representadas:

Jamais estêve nos desígnios e mais justas aspirações — quer do filho de modestos agricultores de Três de Maio (órfão de pai desde os primeiros dias de sua existência), que a 3 de janeiro de 1946, chegava à Capital do Estado, para, às expensas próprias, conseguir sua formação, quer do bacharelando da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, turma de 1960 —, de um dia vir a ser o Consultor-Geral do Estado, cargo que, neste momento, recebo das mãos de tão ilustre colega, o Dr. ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER.

Com tôda lisura e maior honestidade registro que, ainda em momento bem próximo, não alimentava pretensões de ascender ao pôsto e tanto mais o fazia quanto mais analisava e pensava nas elevadas virtudes cívico-morais e complexas atribuições constitucionais e legais cometidas ao Órgão, a par das invejáveis e notórias qualidades e experiências intelectuais exigidas para o seu exercício, que abundantemente exornavam as personalidades de quantos por aqui já passaram, lembrando apenas o nome do hoje eminente Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Dr. JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, para evitar enumerações fastidiosas. E, no plano federal, o festejado Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, verdadeiro monumento nacional.

Servidor do Estado há quase vinte anos, percorri as diversas escalas funcionais, conquistando as posições — desde Oficial Datilógrafo até Consultor Jurídico — sempre através de concursos ou, como no caso, escôlha espontânea e incondicionada. Daí porque, quando se me ensejara a oportunidade de manifestar minha preferência entre a Consultoria-Geral e outro não menos insigne

e honroso cargo na alta administração rio-grandense, recusei-me a fazê-lo, pois sempre entendi que a opção pertence ao titular do poder, que deverá exercê-la em só têrmos de conveniência de Estado e confiança pessoal, embora manifestasse minha absoluta disponibilidade e disposição de colaborar com o Govêrno, onde êste melhor entendesse, como, de resto, sempre o fiz, porque funcionário.

Assim, titular do cargo de Advogado de Ofício do Estado, com prerrogativa, a todo tempo, de Consultor Jurídico, na forma da Lei 5161/65, integrante do Quadro dos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício da Consultoria-Geral do Estado, recebi a escôlha menos como deferência pessoal a mim do que à própria classe, eis porque inclusive assumi, de pronto, o compromisso de servir ao Govêrno onde o desejasse, já que, entendo, aos servidores não se dá outra opção que não seja a de servir e servir bem, dentro das limitações pessoais de cada um. E nessa assertiva estava certo de que interpretava o pensamento consciente de todos os servidores da Casa, o que sem titubeios e desvanecido me levou a aceitar a altíssima distinção com que me cumulou e honrou S. Exa., o eminente Governador do Estado, Coronel Engenheiro EUCLIDES TRICHES e a Colenda Assembléia Legislativa do Estado, através da sua aprovação ao meu nome. Sinto-me, também, agora desvanecido pelo efusivo acolhimento dos meus colegas, onde já não sei distinguir os advogados de ofício dos consultores jurídicos, quanto dos demais servidores desta Casa, que tão calorosamente me receberam e agora mais uma vez o fazem, através das bondosas palavras dêste aureolado colega. DR. ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER.

Meus Senhores, meus amigos e meus colegas, a Consultoria-Geral do Estado há de ser, cada vez mais, nos seus diversos setores uma só equipe de trabalho e, para isso, conto com o indefectível e indispensável apoio de todos, independentemente da eventual lotação nominal. Dêsse trabalho conjunto, quero que o Estado possa ter nos componentes da Defesa Judicial autênticos paladinos dos seus interêsses e direitos e, a seu tempo, os integrantes dêsse setor tenham no Estado o seu principal e mais importante cliente; assim, também, os administradores do Estado e dos Municípios tenham no Serviço de Assessoramento Jurídico pronta e eficaz resposta a tôdas as solicitações, a fim de que seguros e tranqüilos possam decidir isentos de surpresas ou embaraços futuros, certos de que seus atos estarão conformes com a melhor ortodoxia legal; e os assistidos no Serviço de Assistência

Judiciária, por intermédio dos advogados de ofício, recebam um tratamento tal que êles, assistidos, tenham a sensação e segurança de que seus direitos e interêsses estão sendo atendidos com o desvêlo próprio de patronos!

Senhores, longe vão os tempos em que a certas autoridades eminentes se conferia o supremo privilégio de decidir ou julgar, sem nem uma possibilidade de apêlo ou recurso contra as decisões dessas autoridades, eis que, em prol delas, militava a presunção da verdade absoluta e da justiça inquestionável.

Tais práticas, porque contrárias ao sentimento de justiça — inerente ao homem, que vive em contínuo processo de aperfeiçoamento —, não poderiam prosperar no mundo do direito. Segundo os doutos, "Não existe um só direito que não encontre seu nascimento em um fato, trazido pelo império da vontade à esfera jurídica".

A vida do direito, segundo o preconizado pelos estudiosos, não é a lógica, mas a experiência, as necessidades de cada época, as respectivas teorias morais e políticas e os respectivos sentimentos de ordem pública, conscientes ou não. Assim, não se concebia e não se concebe o direito sem o fato que o gere, o modifique, o transforme ou até o extinga. O preceito e o fato são inseparáveis e tôda situação jurídica se origina de um fato possível, embora não comprovado e, tantas vêzes, incomprovável, até. O direito, porém, o presume, o tipifica e o sujeita a suas normas dispensando-lhe adequado tratamento segundo o instante de sua realização.

Fiéis a tais princípios os filósofos do direito estabeleceram:

> "Nenhum código, nenhuma compilação, nem Lei alguma, de uma época ou de um povo qualquer, podem ser suficientemente compreendidos sem o conhecimento das condições sociais efetivas dêsse povo e dessa época.
>
> Sòmente em virtude dêsse conhecimento podemos explicar a existência dessas normas de direito e compreender sua significação".
> (**APUD** Luiz Recasens Siches, in Nova Filosofia da Interpretação do Direito, 1956, pág. 45).

Com tais propósitos e preocupações, mediante o trabalho de equipe no aspecto da economia interna, a Consultoria-Geral há

de ser, com efeito, para os demais órgãos da Administração Pública do Estado e Municípios Rio-grandenses, refúgio certo de apoio técnico, e, em nível de cooperação mútua, harmonioso diálogo e permanente troca de idéias, núcleo de proveitoso trabalho com a Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos e a Procuradoria-Geral da Justiça, estabelecendo, por igual, com o Egrégio Poder Judiciário respeitoso e benévolo entendimento, propiciando de um lado e recebendo de outro os elementos disponíveis, com vistas a um mais completo desempenho de suas atribuições.

Ao Senhor Governador do Estado, homem sábio e decidido, a certeza de que sua confiança não será fraudada! Empenho-lhe minha palavra de integral dedicação, com o melhor de minha inteligência e esforços pessoais. E saiba, também, que guardarei sua distinção sobremodo honrado e agradecido.

Rogo, finalmente, a Deus que me dê a inspiração e um pouco do muito saber jurídico de JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, um pouco da objetividade que caracterizava DANTE GABRIEL GUIMARÃENS, cuja memória reverencio; um pouco da presteza com que despachava o serviço PAULO GERMANO JOÃO e um pouco da bondade que transborda de ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER.

Muito obrigado

DOUTRINA

ATOS JURÍDICOS NORMATIVOS

Ruy Cirne Lima (*)

1. Atos jurídicos bilaterais ou plurilaterais existem, de que não se geram, sempre, imediatamente obrigações. Chamavam-lhes, o Direito Romano "pacta" (Dig., lib. II, tit. XIV, fr. 7, § 4). Chama-lhes, o nosso PONTES DE MIRANDA, acordos (TRATADO DE DIREITO PRIVADO, t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 300, n.º 1, p. 198). Não se classificam, êles, por isso mesmo, incontroversamente, entre os contratos. Depende, fora de dúvida, essa classificação do conceito que se forme, do contrato em si próprio. Não há, segundo os juristas romanos, contrato e obrigação, que não suponha uma convenção, — "ut dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem" (Dig., lib. II, tit. XIV, fr. 1, § 3). Mas pode haver convenção, sem contrato (Dig., lib. L, tit. XVI, fr. 19) e, em conseqüência, do "pactum" romano, mera convenção, "verbum generale" (Dig., lib. II, tit. XIV, fr. 1, § 3), resulta, necessàriamente, sempre, uma obrigação: "nuda pactio obligationem non parit" (Dig., lib. II, tit. XIV, fr. 7, § 4).

2. Acêrca da "nuda pactio" ou "nudum pactum", a Glosa refere que ocorrem e surgem, porque os pactuantes assim quiseram, — "quoniam hoc contrahentes voluerunt ut esset nudum" (Glosa "igitur", ad Dig., lib. II, tit. XIV, fr. 7, § 4, DIGESTUM VETUS, Lugduni, 1600, col. 187).

De modo semelhante, observa PEREZ, quanto ao "nudum pactum", que preferiu, o direito, deixar-lhe a execução ao consentimento dos pactuantes, — "maluit ius implementum eiusmodi pacti relinquere placito pascicentium" (COMMENTARIUS IN DIGESTORUM LIBROS, ad lib. II, tit. XIV, OPERA VARIA, Venetiis, 1738, T. III, p. 18).

(*) Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFRGS

3. Não admira, pois, se tenha constituído, em continuação, o desenho de um ato jurídico bilateral, do qual, ao invés de obrigação, resultaria, antes, simplesmente, uma regra permanente, entre as partes, ou, quiçá, uma situação jurídica objetiva, um "status" (DUGUIT, TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL, T. I, Paris, 1927, § 40, p. 409). Não se cuidaria de pré-contrato: nenhuma das partes se obrigaria a contratar, de futuro (DÉMOGUE, TRAITÉ DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL, t. II, Paris, 1923, n.º 891, p. 839). Tratar-se-ia, tão-só, de um acôrdo entre as partes, a respeito do comportamento recíproco, diante de uma situação futura, com enderêço, geralmente, a disciplinar o modo pelo qual as partes, mais tarde, celebrariam um contrato, se entendessem de celebrá-lo, — "la façon dont plus tard elles passeront un contrat si elles jugent à propos d'en passer un" (DÉMOGUE, TRAITÉ DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL, t. II, Paris, 1923, n.º 891, p. 839). Êsse é, de resto, o antigo sentido de "pactum", na tradição romana, designativo, e amplamente, de acordos, de qualquer natureza (SCHULZ CLASSICAL ROMAN LAW, Oxford, 1951, n.º 802, p. 470). "Pactio", escreveu BONFANTE, concisamente, "é o têrmo que significa, no direito clássico, os acordos entre as partes (SCRITTI GIURIDICI VARII, t. III, Milano, 1926, p. 149).

4. Não é, como não poderia ser, o ato jurídico dêsse tipo, estranho ao direito nacional. Faz-lhe espaço, sem incluí-lo entre os contratos, CLOVIS BEVILAQUA, reportando-se à definição do art. 1098 do antigo Código Civil Italiano (art. 1721 do nôvo Código), na qual se insere, entre as notas características do contrato, a de "regolare... un vincolo giuridico" (DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, Bahia, 1896, § 55, nota 1, p. 170). EDUARDO ESPINOLA abre-lhe lugar, em sua classificação dos contratos, como "contratos normativos ou regulamentares, também denominados acordos, que se destinam a fixar um regulamento uniforme, abstrato, de relações jurídicas" (DOS CONTRATOS NOMINADOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO, Rio de Janeiro, 1953, nota 16, p. 14). São, essas, expressões diversas de uma velha tradição, acêrca dos atos jurídicos, com êsse conteúdo. Lê-se já, no ESBOÇO, DE TEIXEIRA DE FREITAS: "Se (as partes) convencionarem relações não regidas por êste Código, ou obrigações que não podem ser judicialmente demandadas..., ou fatos que não produzem obrigações, haverá uma convenção; porém, convenção que não é também contrato". (CÓDIGO CIVIL, ESBÔÇO POR A. TEIXEIRA FREITAS, Rio de Janeiro, 1952, art. 1832, p. 634).

TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Hely Lopes Meirelles (*)

— **A iluminação pública como serviço municipal**
— **Legitimidade da taxa de iluminação pública**
— **Fato gerador e base de cálculo para essa taxa**
— **A instituição da taxa e sua arrecadação.**

A C.P.F.L. expõe que os Municípios da área de sua concessão se acham interessados na instituição de uma taxa para o custeio das despesas com iluminação pública em suas cidades e vilas e, havendo dúvidas sôbre os aspectos legais dessa taxa e de sua arrecadação, consulta-nos:

1.º) Podem os Municípios instituir a "Taxa de Iluminação Pública" para o custeio das despesas com iluminação pública?
2.º) Podem os Municípios cometer a arrecadação dessa taxa à Consulente, que é concessionária dos serviços de energia elétrica na área?
3.º) O produto dessa taxa pode ser aplicado no pagamento da iluminação pública e na ampliação da rêde urbana dêsse serviço público?
4.º) Qual seria a base de cálculo dessa taxa e como seria feito o seu lançamento?

Vejamos a natureza jurídica da imposição tributária pretendida pelos Municípios, o seu fato gerador, a forma de lançamento e arrecadação, para, a final, respondermos objetivamente às indagações da Consulente.

(*) Professor na Universidade de São Paulo.

I — A ILUMINAÇÃO PÚBLICA COMO SERVIÇO MUNICIPAL

1. A Constituição da República, ao assegurar a autonomia municipal, deferiu ao Município a "organização dos serviços públicos locais" (art. 15, II, "b"). Nessa expressão se contêm não só os **serviços públicos pròpriamente ditos**, como também os **serviços de utilidade pública**, dentre os quais se inclui o de **iluminação pública**, assim entendida a iluminação das vias e logradouros urbanos

2. **Serviços públicos** pròpriamente ditos — já escrevemos em estudo anterior — são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer que a sua utilização é uma necessidade coletiva e perene. Por isso mesmo, tais serviços são considerados próprios do Estado (União — Estados-membros — Municípios), no sentido de que compete privativamente ao Poder Público prestá-los à coletividade, sem delegação a particulares, tais como os de polícia, os de saúde, os de justiça e outros que exijam medidas compulsórias em relação aos indivíduos.

Serviços de utilidade pública são os que o Poder Público, reconhecendo sua utilidade (não necessidade) para os indivíduos componentes da comunidade, presta diretamente ou por delegação a quem dêles quiser utilizar-se (serviços domiciliares — **uti singuli**), ou põe à disposição da coletividade (serviços nas vias e locais públicos — **uti universi**) para sua fruição comum, tais como o calçamento, os equipamentos contra incêndios, a iluminação pública (Cf. nosso **Direito Municipal Brasileiro**, 2.ª ed., 1964, vol. I, págs. 124 e segs.).

3. A iluminação das vias e locais públicos é, pois, um **serviço de utilidade pública**, a cargo das Prefeituras, como serviço local de peculiar interêsse do Município e de conveniência geral da comunidade. Êsse serviço pode e deve ser remunerado pelos que auferem efetivamente as suas vantagens ou os têm à sua disposição no local em que residem ou trabalham, para fruírem de sua utilidade no momento que lhes convier. A remuneração há que ser feita por meio de **taxa**, que é a imposição compulsória devida por todos aquêles que utilizam ou têm à sua disposição um serviço público ou de utilidade pública de seu interêsse, como membros da comunidade em que vivem.

II — LEGITIMIDADE DA TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

4. Taxa, na conceituação constitucional vigente, é o tributo arrecadado "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" (Const. Rep., art. 18, I). O mesmo conceito está repetido no Código Tributário Nacional (art. 77), que acrescentou: "A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a impôsto" (art. 77, parágrafo único).

5. No caso em exame, a **taxa de iluminação pública** terá como **fato gerador** o serviço municipal de iluminação pública em cada rua ou local, que beneficie imediata e diretamente os seus moradores. A razão ou fundamento jurídico dessa taxa é, precisamente, a "utilização efetiva ou potencial" da **iluminação pública**, como é a do calçamento ou da limpeza pública da localidade. A especificidade do serviço está na sua localização em cada rua, praça ou logradouro público, do qual se beneficiam, genèricamente, a comunidade e, especìficamente, os que residem, trabalham ou têm propriedade nesses locais iluminados pela Prefeitura. A divisibilidade está na possibilidade de se repartir a remuneração do serviço entre os que auferem diretamente suas vantagens, por localizados na área iluminada. A iluminação pública traz confôrto e segurança para os moradores dos locais dotados dêsse melhoramento e os seus beneficiários é que devem ser os contribuintes da mencionada taxa, como auferidores diretos e imediatos de tal serviço municipal.

6. Nem seria justo que um serviço que beneficia especìficamente determinada categoria de usuários, como, no caso, os moradores de um bairro iluminado, fôsse mantido e ampliado por impostos, que são contribuições gerais do povo e, por isso mesmo, o seu produto só deve ser gasto em obras, serviços e atividades de interêsse geral dos contribuintes. A ciência das finanças aconselha, sempre, a instituição e manutenção de serviços especiais por **taxas** e a de serviços gerais por **impostos**, para que o povo em geral não pague o que é de utilidade restrita de certas classes de contribuintes. Essa razão de justiça social é que levou os Estados modernos a diversificarem as imposições tributárias em **impostos, taxas e contribuições**, atentos à advertência de ADAM SMITH, de que "não é justo que tôda a sociedade contribua para despesas das quais só em pequena parte recolhe os frutos" (**Riqueza da Nações**, livro V, § 5.º). Essa orien-

tação é hoje dominante na doutrina estrangeira e pátria, convindo invocar-se a palavra de dois eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, ALIOMAR BALEEIRO e BILAC PINTO, coincidentes na afirmativa de que devem ser custeados por taxa os serviços que interessam particularmente a determinados cidadãos:

> "É característico da taxa a especialização do serviço em **proveito direto do contribuinte** (grifos do autor), ao passo que, na aplicação do impôsto, não se procura apurar se há qualquer interêsse direto e imediato por parte de quem o paga." (ALIOMAR BALEEIRO, **Taxa — Conceito na Doutrina Nacional e na Estrangeira, in** Rev. Dir. Adm., 34/415 e, também, em seu **Direito Tributário Brasileiro**, 3.ª ed., 1971, págs. 284 e segs.).

> "O característico fundamental da taxa, como estamos vendo da sua definição legal, é o de constituir contraprestação de serviços especiais prestados ou postos à disposição do contribuinte. O benefício especial objetivo, mensurável, é condição essencial para que o tributo seja conceituado como taxa." (BILAC PINTO, **Parecer in** Rev. For. 120/545).

7. O moderno e autorizado tributarista pátrio, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, em excelente monografia, fixa sintèticamente a conceituação de taxa no direito brasileiro, nestes têrmos:

> "Taxa é a prestação pecuniária compulsória que, no uso de seu poder fiscal e na forma da lei, o Poder Público exige em razão de atividade especial dirigida ao contribuinte." (**A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro**, 1968, pág. 50 — No mesmo sentido, confiram-se: RUBENS GOMES DE SOUSA, **Compêndio de Legislação Tributária**, 3.ª ed., 1960, pág. 138 e segs.; GERALDO ATALIBA, **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**, 1966, págs. 139; MANOEL LOURENÇO DOS SANTOS, **Direito Tributário**, 3.ª ed., 1970, pág. 55 e segs.; RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Direito Financeiro**, 3.ª ed., 1971, págs. 126 e segs.).

8. Consoante essa doutrina, verifica-se a legitimidade da cobrança de **taxa de iluminação pública,** como contraprestação

do **serviço de iluminação das vias e logradouros urbanos**, serviço êste **efetivamente** prestado a todos os moradores dos locais iluminados. Essa taxa terá a mesma natureza e caráter das taxas de pavimentação, de limpeza pública e outras cobradas pelos Municípios que realizam êsses serviços. Aliás, em magnífico parecer, a Consultoria Jurídica do Ministério do Interior já se pronunciou pela legitimidade da instituição e cobrança dessa **taxa de iluminação pública** criada pelas Prefeituras da área da SUDENE e arrecadadas pela "Companhia de Eletricidade do Cariri" (Cf. Parecer 128/69-CJ, do Ministério do Interior, de 10-6-1969). Além dêsse Município, outros já vêm cobrando a mesma taxa, sem impugnação alguma, tais como Vitória (Lei 1.666, de 20 de março de 1966, art. 254), Fortaleza (Lei 3.300, de 9 de novembro de 1966, art. 105), João Pessoa (Lei 772, de 29 de dezembro de 1966, art. 258), Jacareí (Lei 1.108, de 27 de dezembro de 1966, art. 249) e outros.

III — FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO

9. Já vimos que a **taxa de iluminação pública** terá por **fato gerador a utilização do serviço de iluminação pública** instalado nas vias e logradouros da cidade e que beneficie, especìficamente, os moradores dêsses locais iluminados. Essa taxa, conseqüentemente, deverá ser suportada por êsses beneficiários diretos e imediatos da iluminação em suas ruas e bairros. O fato gerador, pois, dessa taxa (fruição da iluminação de suas ruas e casas) não coincide com o de nenhum impôsto, conformando-se, portanto, com a primeira exigência do Código Tributário Nacional (art. 77, parágrafo único).

10. Quanto à **base de cálculo,** há que ser também diversa da de qualquer impôsto, consoante advertência do próprio legislador tributário, no mesmo dispositivo acima citado. Diante disto, deverão as Prefeituras quantificar a taxa com base em elementos que não tenham servido para o cálculo de impostos municipais, estaduais ou federais. Para tanto, sugerimos que o lançamento dessa futura taxa leve em consideração a despesa do Município com o serviço de iluminação pública no ano anterior, acrescendo-o de um percentual vegetativo de ampliação, para a estimativa do custo do serviço e de suas novas extensões, para o próximo exercício financeiro, a fim de ser equitativamente repartido entre os contribuintes, que serão os usuários de energia elétrica nos bairros, ruas ou locais dotados de iluminação pública

e, por isso mesmo, beneficiários diretos e imediatos dêsse serviço municipal.

11. Mas esta simplística divisão igualitária do todo pelas partes (usuários), por si só, não atende à justiça tributária, na proporcionalização do tributo, recomendada pela ciência das finanças. Para a correta distribuição da carga fiscal é conveniente que a Prefeitura estabeleça uma gradação entre os contribuintes, classificando-os por faixas de consumo de energia elétrica e estabelecendo alíquotas em percentuais progressivos, do menor para o maior consumidor, de modo que todos os usuários do serviço concorram para as suas despesas, mas o façam na proporção da utilização do serviço e de sua capacidade econômica, presumida do maior ou menor consumo de energia elétrica em suas moradias (residências) e locais de trabalho (escritórios, consultórios, estabelecimentos comerciais ou industriais). **Essa base de cálculo** nos parece mais lógica e racional do que as que se vêm adotando até agora, ou seja, a da testada do terreno ou da área construída, que leva a confundir a taxa com o impôsto sôbre a propriedade, o que é vedado por lei.

12. O essencial é que a lei que instituir a taxa defina, com clareza e precisão, o seu fato gerador e indique objetivamente a base de cálculo e os contribuintes sôbre os quais o tributo incidirá, devendo esclarecer, também, o modo e a forma do lançamento e arrecadação, uma vez que é desejo da Prefeitura que esta seja feita pela Consulente, concomitantemente com o recebimento da tarifa de energia elétrica. Todos êsses aspectos deverão ser indicados na respectiva lei, podendo, ainda, ser regulamentados por decreto, se necessário, para o completo esclarecimento e orientação da aplicação da norma legal instituidora do tributo.

13. Cabe aqui a invocação das palavras com que BERNARDO RIBEIRO DE MORAES concluiu seu substancioso estudo, precisamente sôbre essa taxa de iluminação pública:

> "Cada serviço público merece uma taxa específica, bem estruturada, com hipótese de incidência e base de cálculo típicas, a fim de poder servir de ótimo instrumento para custear o respectivo serviço."
>
> "Com uma taxa de iluminação pública bem elaborada, os Municípios poderão custear os serviços de iluminação pública e de distribuição de energia elétrica. Os contribuintes e a população, por sua vez, receberão sempre bons e melhores serviços.", (**Taxa de Iluminação Pública,** in Diário do Comércio (SP), ed. de 20-4-1971, págs. 4/5).

IV — A INSTITUIÇÃO DA TAXA E SUA ARRECADAÇÃO

14. Finalmente, convém distinguir a instituição da taxa de sua arrecadação. A taxa, sendo uma espécie do gênero tributo, só pode ser instituída por lei e, no caso, por lei municipal, por resultar de um serviço público local. A lei municipal deverá instituir a taxa, indicar o seu fato gerador, apontar o contribuinte, estabelecer os critérios de lançamento e a respectiva base de cálculo, e demais elementos necessários à sua arrecadação, constantes do artigo 97 do Código Tributário Nacional. Esta lei deverá ser promulgada num exercício financeiro, para que a taxa possa ser cobrada no exercício seguinte (Const., Rep., art. 153, § 29).

15. A arrecadação, entretanto, pode ser cometida à própria Consulente que, como concessionária dos serviços de eletricidade nos Municípios de sua concessão, está em condições de receber a taxa, concomitantemente **com** a **tarifa** que lhe é paga pelos consumidores de energia elétrica domiciliar. O recebimento de tributo por pessoas privadas está expressamente autorizado pelo § 3.º do artigo 7.º do Código Tributário Nacional, que não considera, sequer, delegação de competência mas simples "cometimento" do encargo ou da função de arrecadar.

16. Não se confunde, portanto, **instituição, lançamento, imposição** e **fiscalização** da taxa, com a sua simples **arrecadação.** No caso, a imposição tributária, o seu lançamento, a sua fiscalização, a sua cobrança judicial constituem atos privativos do Município, que é o Poder tributante, o titular da taxa. Só o Poder Público pode decretar tributos; mas qualquer pessoa pública ou privada, física ou jurídica, pode receber o **cometimento** de **arrecadar o tributo,** quando pago espontâneamente pelo contribuinte (Cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Direito Tributário Brasileiro,** 3.ª ed., 1971, pág. 76, em comentário ao artigo 7.º do Cód. Trib. Nac.).

17. Êsse cometimento para arrecadar a **taxa de iluminação pública** deverá constar da lei que instituir tal taxa e se

consubstanciará num convênio entre a Prefeitura e a Consulente, no qual deverão ser estabelecidas as condições da arrecadação e os encargos da emprêsa arrecadadora, dentre os quais o de contabilizar regularmente o produto da arrecadação e o de recolhê-lo aos cofres municipais, na forma convencionada.

18. Poderá, também, a Prefeitura autorizar o imediato emprêgo do produto da arrecadação da taxa no pagamento do custeio da iluminação pública e nas obras e serviços de ampliação da rêde, dentro dos critérios estabelecidos pela legislação federal pertinente, em especial o Decreto 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, recolhendo-se o saldo eventual na tesouraria da Prefeitura. Essa destinação do produto da taxa é perfeitamente lícita porque tal produto é **renda municipal** e, assim sendo, pode o Município dar-lhe a aplicação conveniente, nos precisos têrmos do artigo 15, inciso II, letra "a", da Constituição da República, atendidas as normas da administração financeira estabelecidas na legislação pertinente (Lei federal 4.320, de 17-3-1964, e Lei Orgânica dos Municípios: Decreto-Lei Complementar 9, de 31-12-1969). com a posterior prestação de contas aos órgãos competentes (Tribunal de Contas do Estado e Câmara de Vereadores).

19. Por derradeiro, é de esclarecer-se que a taxa municipal a ser instituída nada tem a ver com o impôsto federal único sôbre energia elétrica, porque o fato gerador **da taxa** é o **serviço de iluminação pública** e o fato gerador do impôsto único é a **produção, distribuição** ou **consumo de energia elétrica**. Essa taxa também não se identifica nem se confunde com o preço da distribuição de energia elétrica domiciliar (tarifa), fixado pelo Poder competente e cobrado pela concessionária em retribuição do fornecimento de energia elétrica para os usuários. Pode, pois, a **taxa** ser arrecadada simultâneamente com a **tarifa** — e é recomendável que assim se proceda por economia na arrecadação e facilidade do usuário e contribuinte no pagamento — mas cada recolhimento tem causa diversa e titulares diferentes, visto que a **tarifa** é remuneração do concessionário e a **taxa** é prestação tributária devida ao Município; ambas provêm de serviços ao usuário mas de serviços distintos, prestados por entidades diversas.

V — RESPOSTAS AOS QUESITOS

20. Estudada, assim, a pretensão dos Municípios de instituírem a **taxa de iluminação pública** e de cometerem a sua arrecadação à concessionária dos serviços de energia elétrica, ora Consulente, passamos a responder sintèticamente às indagações da consulta, nos seguintes têrmos:

Ao 1.º quesito

Sim. Podem os Municípios instituir "Taxa de Iluminação Pública" para custeio e ampliação dos serviços de iluminação pública urbana, porque tal serviço é da competência municipal e admite a remuneração por taxa, dada a sua especificidade e divisibilidade em relação aos beneficiários diretos e imediatos da iluminação de seus bairros ou ruas.

Ao 2.º quesito

Sim. Podem os Municípios cometer a arrecadação dessa taxa à Consulente, pessoa jurídica de direito privado, consoante expressa permissão do § 3.º do artigo 7.º do Código Tributário Nacional. O que os Municípios não podem é atribuir à Consulente qualquer parcela de sua competência fiscal, conforme o explicado nos itens 14 a 17.

Ao 3.º quesito

Sim. O produto da arrecadação dessa taxa pode ser aplicado no pagamento do consumo de energia elétrica pela Prefeitura, para a iluminação pública e conservação e ampliação da respectiva rêde, nos têrmos da legislação federal pertinente. E essa será a destinação normal e legal do montante da taxa, que é contraprestação de serviço e, portanto, nesse serviço deve ser investida.

Ao 4.º quesito

A base de cálculo para lançamento da "Taxa de Iluminaçao Pública" não poderá coincidir com a de qualquer impôsto. Poderá ser tomado o montante da despesa com o custeio da iluminação pública no ano anterior, aditando-se um percentual vegetativo de ampliação, ou ser estimado o custo total dêsse serviço para o exercício seguinte, partilhando-se a importância global

estimada entre os contribuintes que a lei indicar, e na forma por ela estabelecida, conforme o explicado nos itens 10 a 13.

* * *

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 3 de novembro de 1971.

REGIME DA APOSENTADORIA PREVISTO NO ARTIGO 177, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1967, EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1, DE 1969

José Néri da Silveira (*)

As normas gerais regentes da função pública constituem, entre nós, matéria de índole constitucional, enquanto se compreendem os funcionários públicos como agentes coadjuvantes dos titulares dos Podêres do Estado. As regras básicas do acesso aos cargos públicos, da estabilidade e da aposentadoria definem-se, assim, no Estatuto Fundamental.

Dessa sorte, a aposentadoria do funcionário público dá-se, sob invocação de norma da Lei Magna, que a preveja, e dentro dos limites por ela eventualmente traçados.

Na ordem constitucional vigorante à época em que o funcionário atingiu idade limite de permanência no serviço público, se **compulsória**, ou em que a **requereu**,se **voluntária**, ou em que lhe foi concedida, se por invalidez, é que se devem verificar os pressupostos da aposentadoria e os critérios para fixar os proventos respectivos.

2. Pois bem, tanto na Constituição de 24 de janeiro de 1967, quanto na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, estabelecido se fêz, como norma geral do regime de aposentadoria, que, ressalvada a revisão dos proventos, por motivo de alterar-se o poder aquisitivo da moeda, "em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade". (Constituição de 1967, art. 101, § 3.º; Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 102, § 2.º).

(*) Ministro do Tribunal Federal de Recursos

No sistema anterior à Carta Política de 1967, não se inscrevera regra dêsse jaez no plano constitucional.

Daí, nas Disposições Gerais e Transitórias, a Lei Magna de 1967 haver estabelecido, em seu art. 177, § 1.º, **verbis:**

> "§ 1.º — O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos têrmos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação".

Bem de ver é que, em se tratando de aposentadoria voluntária, não se condicionou a asseguração em foco ao requerimento formular-se dentro no prazo de um ano da data ou da vigência da Lei Maior predita, isto é, até 24 de janeiro ou 15 de março de 1968.

É entendimento jurisprudencial assente e expresso na Súmula n.º 359, do egrégio Supremo Tribunal Federal, que,

> "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, **inclusive a apresentação do requerimento,** quando a inatividade fôr voluntária".

Em se cogitando da hipótese do art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, a aposentadoria voluntária, segundo a legislação a a ela anterior, estava assegurada, **a qualquer tempo.** Aí se consignara: "... aposentar-se-á...". Logo, enquanto vigente o preceito constitucional em causa, garantida estava a aposentadoria, segundo a legislação anterior a 1967, a quantos houvessem satisfeito os pressupostos da mesma, até, no entender de PONTES DE MIRANDA, 24 de janeiro de 1968. Êsse o sentido do Parecer n.º H-614, do então Consultor Geral da República, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, **in,**D. O. U., de 17-1-1968, p. 566.

Se, hoje, ainda vigorasse o art. 177, § 1.º, em referência, inequívoco seria o direito a essa aposentadoria voluntária, segundo a legislação anterior a 24 de janeiro de 1967, por quem enquadrado na hipótese do referido dispositivo.

Não manteve, entretanto, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o § 1.º, do art. 177, da Carta de 24 de janeiro de 1967,

de expresso, cumprindo, assim, tê-lo por **suprimido,** conforme resulta dos "CONSIDERANDA" do nôvo diploma fundamental, particularmente, do seguinte:

> "Considerando as **emendas modificativas e supressivas** que, por esta forma, são ora adotadas quanto aos demais dispositivos da Constituição, bem como as emendas aditivas que nela são introduzidas".

Dessa sorte, fôrça é entender extirpada da ordem constitucional em vigor, **a partir de 30 de outubro de 1969,** a exceção que se abrira ao art. 101, § 3.º, da Lei Maior de 1967, incidindo, dessarte, incontrastàvelmente, para as novas aposentadorias, o art. 102, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1.

De outra parte, por sua natureza, o art. 177, e § 1.º, da Constituição de 1967, constituem "disposições gerais", ao lado de "disposições transitórias", em um mesmo Título. As **disposições gerais,** qual anota Alcides de Mendonça Lima, "são normas que, como a denominação indica, tratam de assuntos sem caráter especial **ou prescrevem exceções a preceitos contidos no texto pròpriamente dito da Constituição. Têm eficácia enquanto a Carta Magna perdure,** ao contrário das "Disposições Transitórias", que, mais cedo ou mais tarde, perdem a razão de ser, esgotando-se". Referindo-se à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, cita, dentre os casos de "disposições gerais", precisamente, o art. 194, que reproduz o art. 177, **caput,** da Constituição emendada. (**apud** AS NOVIDADES DA CONSTITUIÇÃO, ed. 1971, p. 174)

Hans Kelsen, com sua indiscutível autoridade científica, escreveu:

> "Como a estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior, o problema do conflito de normas dentro de uma ordem jurídica põe-se de forma diferente conforme se trate de um conflito entre normas do mesmo escalão e de um conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior. Se se trata de normas gerais que foram estabelecidas por um e mesmo órgão mas em diferentes ocasiões, a validade da norma estabelecida em último lugar sobreleva à da norma fixada

em primeiro lugar e que a contradiz, segundo o princípio **lex posterior derogat priori**" (apud TEORIA PURA DO DIREITO, 2.ª ed., vol. II, pgs. 29/30).

Nessa mesma linha, observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, **verbis:**

> "A maioria das cartas constitucionais, contudo, não traz regra ab-rogativa, ou semelhante, das normas constitucionais precedentes. Nesse particular, aplica-se, em sua inteireza, o princípio da compatibilidade horizontal, no que tange àquelas que conflitem com as normas constitucionais sucessivas: **lex posterior derogat priori.** Prevalece também o princípio de que a lei posterior que regula novamente a mesma matéria revoga a anterior. Isso se verifica, mesmo quando as normas anteriores não sejam incompatíveis". (**apud** "APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS", 1968, ps. 209/210)

Nem caberia invocar, aqui, o princípio de desconstitucionalização das normas constitucionais, de sorte a prosseguir vigorando o art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, como norma de caráter ordinário, e isso, precisamente, e desde logo, porque o comando aí inserido é incompatível com o disposto no art. 102, § 2.º, da Emenda Constitucional, de 1969. De outra parte, o § 1.º, do art. 177 predito, em constituindo ressalva à regra permanente do art. 101, § 3.º, da Carta Política de 1967, era disposição materialmente constitucional.

3. Não há, outrossim, **direito adquirido** à aposentadoria, segundo o regime consignado no art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, em favor dos funcionários que, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, reuniam os demais pressupostos a essa inativação, **mas não na requereram.**

Em verdade, constitui-se o direito à aposentadoria voluntária, quando, cumprido o pressuposto objetivo do tempo de serviço (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 101, III, e parágrafo único; 113, § 1.º, **2.ª parte**), realiza-se a **condictio juris** do requerimento (= manifestação de vontade de aposentar-se). A **condictio juris** referida é assim, aqui, elemento integrante do suporte fático necessário à existência e validade do direito. Aí,

não é compulsória a aposentadoria, tal como ocorre no caso previsto nos arts. 101, II, e 113, § 1.º, **1.ª parte**, da Constituição em vigor, em que a superveniência do elemento objetivo (idade de 70 anos) constitui, por si só, o suporte fático bastante à incidência da norma assecuratória da aposentadoria. É, dessarte, o requerimento pressuposto de existência do título jurídico à aposentadoria voluntária. Não pode o Estado aposentar, voluntàriamente, quem não pediu tal inatividade. A postulação, na espécie, é não mero fato vinculado ao plano da **eficácia** do direito, senão elemento necessário à sua **existência.** Se falecer o funcionário, com mais de 35 anos de serviço público, sem ter requerido sua aposentadoria, **não chegou a ser titular do direito.** Diversa é a situação que sucede, se, ao falecer, já completara, **ad exemplum,** havia poucos dias, setenta anos de idade. Nesta última hipótese, o direito estava adquirido, porque a manifestação de vontade não era **condictio juris** de sua existência.

Em tal sentido, de resto, PONTES DE MIRANDA anotou, quanto à aposentadoria voluntária:

> "Tem de manifestar sua vontade, em pedido à administração, e a decisão dessa é **declarativa, porque a constitutividade foi da manifestação de vontade, inserta no pedido".**
> (in COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967, COM A EMENDA N.º 1, de 1969, Tomo III, p. 514)

Não possui outro significado o que se enuncia na SÚMULA N.º 359, do S.T.F., transcrita.

No que atine à aposentadoria compulsória por idade, registrou o eminente jurista referido:

> "O que completou setenta anos está, **ipso iure,** aposentado. (...). A pretensão e a ação que tem, são **declaratórias...**" (op. cit., p. 509)

Já no que concerne à aposentadoria por invalidez, o **titulus juris** sòmente se inteira com o ato concessivo da aposentadoria. Aí, a decisão administrativa é **constitutiva** do direito. (Pontes de Miranda, op. cit., p. 510)

Dessa sorte, em se tratando de aposentadoria voluntária, **sem o pedido, não se há de ter por constituído o direito.**

De outra parte, se se pretendesse visualizar a questão, no plano do Direito Comum, caberia, aqui, fazer apêlo aos arts. 114 a 116 e 118 a 122, do Código Civil, mas, sim, ao art. 117, do mesmo diploma legal, **in verbis:**

> "Art. 117 — Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas **decorra necessàriamente da natureza do direito, a que acede".**

Ensina, nesse sentido, o festejado PONTES DE MIRANDA:

> "A condição não se há de confundir com algum elemento do suporte fáctico que seja pressuposto de existência ou de validade do ato jurídico. As **condiciones juris** entram na classe dos pressupostos de existência, ou da eficácia".
>
> (TRATADO DE DIREITO PRIVADO, vol. 5, § 541, p. 113).

Já se notou que a manifestação de vontade de aposentar-se é **condictio juris** para a existência do direito, **decorre da própria natureza do direito à aposentadoria voluntária.** Não é, na hipótese, mero pressuposto de eficácia, o que, em si, presumiria direito já existente

Dessa sorte, **in casu,** se não houve requerimento, por parte do funcionário, antes de 30 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional n.º 1, que então passou a vigorar, não o encontrou titular de direito à aposentadoria voluntária, segundo o disposto no art. 177, § 1.º, predito.

Diversa é, por outro lado, **data venia,** a natureza do art. 177, § 2.º, da Constituição de 1967. Aqui, sim, se cuida de norma de natureza transitória e que operou, **de imediato.** Quem preenchia os pressupostos à estabilidade, à data da Constituição, tornou-se estável, por obra da regra em aprêço, **independentemente** de pedido. Logo, ao mudar-se o regime da Constituição, por fôrça da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, os servidores, abrangidos pelo art. 177, § 2.º, já eram **estáveis, ope legis.** Não havia **condictio juris** à estabilidade, pendente de requerimento do funcionário. Aqui, tudo se dá, como sinala Pontes de Miranda, **in verbis:**

> "À entrada em vigor da Constituição, os direitos individuais já formados persistiram, porque as leis de que procederam, exerceram a sua eficácia, **de um jacto"** (Comentários à Constituição de 1967, cit., p. 365)

Importa, ademais, ter presente, na apreciação da matéria, que o regime da aposentadoria, porque sujeito à lei e não ao contrato, é alterável ao nuto do Estado. De índole estatutário, subordinado à normatividade, constitucional e legal, o sistema que a preside, — fôrça é entender nenhum óbice, **sub specie juris,** existia, no caso, em ordem à supressão da ressalva constante do art. 177, § 1.º, da Carta Política de 1967, ao ensejo da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

De outra parte, enquanto vigorou o § 1.º, do art. 177 em referência, existia, inequìvocamente, interdição à lei ordinária para obstar pedido de aposentadoria, segundo a forma nesse dispositivo da Lei Maior, então, assegurada. Em dito sentido, é que se há de compreender o PARECER N.º H-614, da Consultoria-Geral da República, antes aludido, quando destacou:

> "De conseguinte, a legislação nova que vier a regular a aposentadoria não atingirá a situação dos que ficaram com seus direitos e vantagens assegurados pela Carta Magna".

Com efeito, vigente o dispositivo constitucional (§ 1.º, do art. 177), norma ordinária posterior não poderia incidir, a fim de estabelecer prazo dentro no qual se devesse requerer a aposentadoria voluntária, com as vantagens nêle consignadas, porque estaria em conflito com a asseguração ampla dimanante dessa regra hieràrquicamente superior. Revogado, porém, tal dispositivo de exceção, quem não requereu a aposentadoria voluntária, nêle prevista, antes de 30 de outubro de 1969, não mais poderá fazê-lo, na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969. Nessas circunstâncias, o direito, que se encontrava em curso de formação, não mais poderá vir a integrar-se, porque sem norma objetiva, de natureza constitucional, a prevê-lo e ampará-lo. Ainda neste plano do direito público, releva sinalada a clássica distinção de GABBA, segundo a qual não se confunde com o **direito adquirido,** nem o direito totalmente **consumado,** nem a **expectativa do direito,** nem a **mera faculdade legal.** Esta última traduz, na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "um

poder concedido ao indivíduo pela lei, do qual êle não fêz ainda nenhum uso". A lei nova passa, de imediato, então, a regular as faculdades legais, "que haviam sido instituídas pela lei morta, mas de que não havia o indivíduo feito uso, embora estivessem ao seu alcance". (**apud** INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL, vol. I, p. 118)

Cabe, ademais, sinalar que a modificação do regime da aposentadoria, na espécie, foi precedida de **vacatio legis** da nova ordem constitucional, pois, promulgada a Emenda n.º 1, a 17-10-1969, sòmente entrou em vigor a 30 do mesmo mês e ano. Poderiam, dessarte, dentro no lapso em foco, ter requerido os interessados o benefício do art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, pois, na lição de PACIFICI-MAZZONI, "no intervalo da publicação até ao dia da atuação da nova lei, permanece em pleno vigor a lei antiga, que, por isso, deve continuar a ser observada, mesmo quando as suas disposições forem incompatíveis com a lei nova: isto porque a sua revogação não pode ocorrer senão por esta, ao se tornar obrigatória". (**apud** Ist. Dir. Civ. Ital., vol. I, n.º 14, p. 62)

Isso não significa, à evidência, que funcionários tais não mais se possam inativar, voluntàriamente. A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não inovou o regime anterior, neste particular, eis que manteve a espécie de aposentadoria voluntária aos trinta e cinco anos de serviço, sendo de trinta anos o prazo para as mulheres.

Entretanto, o regime da aposentadoria, inclusive voluntária, segundo a Constituição em vigor, há de obedecer, sem **exceção**, aos limites traçados em seu art. 102, § 2.º, **verbis:**

> "Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, **em caso nenhum** os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade".

Dessa sorte, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, revogou-se o § 1.º do art. 177, eis que a norma jurídica posterior revoga a anterior, de igual hierarquia, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Na espécie, cresce de ponto o argumento, quando se trata de nova Constituição **ou de revisão constitucional**, como antes examinado.

De todo o exposto, acêrca da **quaestio juris** em exame, compreendo que, se o funcionário, nas condições previstas no art

177, § 1.º, da Constituição de 1967, antes de 30 de outubro de 1969, não requereu a aposentadoria voluntária, não se constituiu, em seu favor, título jurídico a possuir, na inatividade, os direitos e vantagens previstos na legislação vigente e anterior àquela Constituição, isto é, a 24 de janeiro de 1967.

Se, entretanto, o funcionário, — porque contava 35 anos de serviço, antes da Constituição de 1967, ou os inteirou até 24 de janeiro de 1968, — requereu, em data anterior à vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a aposentadoria voluntária, constituiu-se o **direito** a ter inatividade com o regime consignado no art. 177, § 1.º predito, ainda quando o ato administrativo, que o aposente, seja posterior a 30 de outubro de 1969. É que, neste caso, o ato é meramente declaratório, no dizer de Pontes de Miranda, eis que a **constitutividade se deu com o requerimento e o fato de possuir o funcionário, em realidade, 35 anos de serviço público, ou 30 anos, se se tratar de mulher.**

Nesta última hipótese, não caberia negar a expedição do ato de aposentadoria ou o reconhecimento do direito ao que se prevê no art. 177, § 1.º, da Carta de 1967, sob fundamento de se ter suprimido, revogado, pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a norma em foco, cumprindo, então, fazer incidir, apenas, o art. 102, § 2.º, do Diploma Constitucional reformado.

4. Para justificar esta última conclusão, cumpre visualizar a matéria, de nôvo, à luz dos princípios.

Em parecer que escrevi, em maio de 1966, como Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, entendendo que o art. 6.º, da Emenda Constitucional n.º 17, de 26 de novembro d 1965, à Constituição de 1946, não revogara os arts. 3.º, 4.º e 5.º, do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, quanto ao **poder constituinte**, sinalei, **verbis:**

> "3. De outro lado, de ciência do Direito é o princípio, segundo o qual "a produção originária de Direito implica o que se denomina PODER CONSTITUINTE", que, por sua natureza, não está sujeito a qualquer disciplina ou normação jurídica **positiva**, não derivando sua competência de nenhum outro poder oriundo de sistema jurídico positivo preexistente. Daí a afirmação de que o poder constituinte **pode tudo**, é ilimitado, absoluto, muito embora, **num plano geral**, metapositi-

vo, cumpra entender sua obediência aos princípios da justiça e aos valôres mais altos da ordem jurídica natural. Nesse sentido, RECASÉNS SICHES, op. cit., ps. 317 e 318; CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, in "EL PODER CONSTITUYENTE", Buenos Aires, ps. 575/576; CARL SCHMITT, **apud** "TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN, Madrid, ps. 101 e ss.; LUIS WASHINGTON VITA, **in** "NAMORO COM THEMIS" — (Revolução e Direito) — S. Paulo, 1958, p. 33; A. L. MACHADO NETO, op. cit., p. 257.

Distintos são, porém, o "poder constituinte originário", o acima descrito, e o "poder constituinte instituído" ou "poder reformador" ou, segundo a sistemática da Constituição federal de 1946, "poder de emenda à Constituição". Êste é previsto na ordem jurídica, na Constituição, que lhe traça as fronteiras de sua futura atividade. Anota, nesse passo, SANCHEZ VIAMONTE que una vez dictada la Constitución, el poder constituyente, como función, entra em reposo, pero permanece vivo y operante en las dispositiones constitucionales, en las quales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad". Seu exercício não se esgota. Permanece em estado virtual e de latência, apto para "ponerse de nuevo en movimiento cada vez que sea necesaria la revisión, de la Constitución y la reforma parcial de ella. Toda creación o modificación constitucional corresponde al poder constituyente, que es función y, también, cualidad característica de esa función. (.....). Como el ejercicio del poder constituyente es descontínuo, cada vez que se pone en movimiento dentro de la etapa de continuidad, se **halla condicionado jurìdicamente por sí mismo, es decir, por la vigencia de uma Constitución anterior, a la que está obligado a respetar como autolimitación para el futuro**" (op. cit., p. 576). Nesse sentido, também, GEORGES BURDEAU, que (após haver sustentado em "MANUEL DE DROIT CONSTITUTIONNEL", ps. 53/54, a ilimitação do poder revisor), firma seu entendimento, no TRAITÉ DE SCIENCE POLITIQUE, 3.º vol., ps. 254/255, **verbis:** "Com efeito, quando a Constituição proíbe que se fira a forma de regime ou o seu espírito geral, não proclama de nenhum modo a

imutabilidade absoluta das instituições, o que seria um contra-senso. Ela recusa apenas ao órgão de revisão a faculdade de operar reformas que, **por sua natureza ou sua importância, ultrapassam as possibilidades de um poder instituído. Mas essas mesmas reformas podem sempre ser realizadas pelo poder constituinte originário**". Também, HANS KELSEN, "GENERAL THEORY OF LAW AND STATE", p. 259; CARL SCHMITT, op. cit., ps. 28/29, 31, 105, 115/130; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, **in** "O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL", ed. 1954, págs. 93 e ss.. Dêste último é a exata ponderação, segundo a qual "num sistema de constituição rígida, **o poder revisor não pode subir até o poder constituinte,** de onde êle deriva com a constituição, para, a pretexto de reformá-la, alterar suas próprias bases, numa espécie de revolta da criatura contra o criador" (op. cit., p. 96).

"4. Pois bem, conforme já acentuou esta Consultoria-Geral, em seu Parecer n.º 3, publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 19 de maio de 1965, a Revolução democrática brasileira, de 31 de março de 1964, vitoriosa, destituiu o Govêrno Federal, que exercia o poder, sob o regime jurídico definido pela Constituição de 1946. Investida se fêz, assim, do poder constituinte, estando habilitada, evidentemente, à época, a exercitá-lo. O poder político nôvo, que se enfeixava nos Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, como autênticos órgãos revolucionários, quis institucionalizar a revolução vitoriosa. (Vd. Exposição de Motivos do Ato Institucional). Dessa sorte, o ATO INSTITUCIONAL, de 9 de abril de 1964, é instrumento de **natureza constitucional.** Resultou de exercício do **poder constituinte.** Vitoriosa a Revolução, ocorreu uma ruptura da ordem jurídica até então vigorante, ou, no dizer de RECASÉNS SICHES, "solução de continuidade no desenvolvimento do Direito, quer dizer, caducidade do sistema anterior e **produção originária de outro sistema nôvo,** porque "a razão de validez ou vigência formal", mesmo das normas mantidas e que já integravam o anterior, "é, dentro do nôvo, distinto da que possuíam no precedente", valendo em o nôvo porque o poder triunfante da revolução as acei-

tou como próprias, "e não em virtude do fundamento formal que tivessem no regime anterior" (op. cit., p. 308). Precisamente essa doutrina ficou proclamada na Exposição de Motivos ao ATO INSTITUCIONAL de 9 de abril de 1964, nestas passagens: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. (.....). Assim, a revolução vitoriosa como Poder Constituinte se legitima por si mesma. (.....). Nela se contém a fôrça normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela dita normas jurídicas, sem que nisso seja limitada pela normalidade anterior à sua vitória. (... ...). Destituído (o Govêrno) pela Revolução, **só a esta cabe editar as normas e os processos de constituição do Govêrno e atribuir-lhe** os podêres e os instrumentos jurídicos, que lhe assegurem o exercício no exclusivo interêsse do País. (.....). Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se, através do Congresso. Êste é que recebe dêste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a tôdas as revoluções, a sua legitimação". Dessa sorte, a Revolução vitoriosa poderia ter implantado, no País, ordem jurídica nova, totalmente diversa da vigente, sob a égide da Constituição de 1946. Para demonstrar que não pretendia radicalizar o processo revolucionário, decidiu **manter** a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais, limitando-se a modificá-la, apenas, na parte relativa aos podêres do Presidente da República, "a fim de que êste possa cumprir urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado, não só na cúpula do Govêrno, como nas suas dependências administrativas" (**ut** art. 1.º e Exp. de Motivos citada). Como observou CARLOS MEDEIROS SILVA, "não quis o Comando da Revolução, que editou o Ato, outorgar uma Carta Constitucional, com a ab-rogação da Constituição até então vigente; **preferiu derrogá-la, por prazo certo, naquilo que tornou explísito**" (REV. FOR. vol. 207, p. 5).

"5. Na história republicana brasileira, sempre que a revolução triunfou, ou golpe de Estado foi coroado de êxito, manifestou-se êsse poder constituinte. Assim, o DECRETO n.º 1, de 15 de novembro de 1889, proclamou, provisòriamente, e decretou, como forma de Govêrno da Nação Brasileira, a República Federativa, passando o Govêrno Provisório a conduzir os destinos do País, até a eleição do Congresso Constituinte, convocado pelo Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, que também editou uma Constituição provisória. Vitoriosa a Revolução de 1930, o Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro daquele ano, instituiu o Govêrno Provisório da República, a quem assegurou exercer "discricionàriamente, em tôda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do País" (art. 1.º), estabelecendo, outrossim, no art. 4.º, continuarem em vigor "as Constituições Federal e Estaduais, as demais, leis e decretos federais, assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais, todos, porém, **inclusive as próprias constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decreto ou atos ulteriores do Govêrno Provisório** ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um", bem como, no art. 5.º, a suspensão das garantias constitucionais, **excluindo a apreciação judicial dos decretos e atos do Govêrno Provisório** ou dos interventores federais, **praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores". Em** 10 de novembro de 1937, a seu turno, foi outorgada uma Carta, que, abolindo, de plano, a Constituição de 1934, entrou em vigor na sua data "e deveria vigorar permanentemente, uma vez ratificada pelo plebiscito nacional" (art. 187), que, aliás, não se realizou.

.....

"7. Ora, invocando Poder Constituinte, ínsito no processo revolucionário vitorioso, "que tem que ser dinâmico para atingir os seus objetivos", e afirmando que "a autolimitação que a Revolução se impôs no Ato Institucional de 9 de abril de 1964 não significa (.....) se tenha negado a si mesma, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento", o Presidente da República, "na condição de Chefe do Govêrno Revolucionário e Comandante Supremo das Fôrças Armadas, coesas na manutenção dos ideais revolu-

cionários", editou o ATO INSTITUCIONAL n.º 2, de 27 de outubro de 1965, que instaurou ordem jurídica, através do exercício inequívoco do poder constituinte **originário** (e não do poder constituinte instituído ou de emenda à Constituição), colimando, outrossim, "assegurar a continuidade da obra a que se propôs" a Revolução de 31 de março de 1964.

"8. Mantendo, em princípio, como o anterior, a Constituição Federal e as Constituições estaduais e respectivas emendas, introduziu, na ordem constitucional brasileira, porém, o ATO INSTITUCIONAL n.º 2 profundas modificações — algumas consideradas definitivas, outras com duração temporária coincidente com a da vigência do indicado instrumento, a expirar a 15 de março de 1967 (art. 33).

Estabeleceu, com efeito, o art. 29 do documento de natureza constitucional em foco que

"INCORPORA-SE DEFINITIVAMENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL O DISPOSTO NOS ARTIGOS 2.º A 12 DO PRESENTE ATO".

(**in** DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DO R. G. DO SUL, de 13-5-1966, ps. 2 a 5)

Na mesma linha, manifestou-se o Poder Constituinte **originário**, exercido pelo Presidente da República, em nome da Revolução, quando no Ato Institucional n.º 4, de 7 de dezembro de 1966, foi convocado o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, que, "além de representar a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução, deveria assegurar a continuidade da obra revolucionária".

A Constituição de 1967 foi, inequìvocamente, expressão de exercício de poder constituinte originário, de que se investira o Congresso Nacional, por fôrça do Ato Institucional n.º 4.

Posteriormente, nova manifestação de poder constituinte **originário** ocorreu com a edição do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, estabelecendo-se, no art. 1.º, **verbis**:

"Art. 1.º — São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes dêste Ato Institucional".

Também revelam-no os Atos Institucionais seguintes.

Ao promulgarem, entretanto, a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, conforme se vê de seu preâmbulo, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, fizeram-no,**apenas, sob invocação do poder constituinte instituído**, ou poder de emenda à Constituição, **ou poder de revisão constitucional**, considerando que, decretado o recesso parlamentar, estava o Poder Executivo federal autorizado a legislar sôbre tôdas as matérias, **compreendidas as emendas à Constituição no processo legislativo (art. 49, I, da Constituição de 1967).**

Operou-se, então, e assim, revisão constitucional, tanto que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, consoante o art. 1.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, **passou a vigorar, com a redação aí introduzida.**

Ora, se, **formalmente**, cumpre entender a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, como manifestação do poder constituinte derivado, conquanto, conforme é evidente, pudessem os Chefes Militares, à época, ter invocado, para isso, poder constituinte originário, — importa ler seus dispositivos, em consonância com o espírito **que informou a Carta de 1967.**

Assim sucedeu, resguardadas as peculiaridades de cada momento histórico, com a revisão constitucional de 1925-1926, de que resultou, "depois de incorporada ao seu texto, como parte integrante dêle, a proposta de emendas aprovadas pelas duas Câmaras do Congresso Nacional nas sessões ordinárias de 1926", a publicação da Constituição de 1891, com a nova redação, oriunda das emendas aprovadas, por ato de 7 de setembro de 1926.

Daí por que, no caso **sub-examine**, não tendo ocorrido **emenda aditiva**, na expressão do preâmbulo do Diploma em aprêço de 1969, restringindo expressamente qualquer direito adquirido, de conformidade com dispositivo especial da Carta reformada, estou em que a **emenda supressiva** do art. 177, § 1.º, opera, **ad futurum**, isto é, quem não adquirira ainda o título **juris** à aposentadoria voluntária, com "os direitos e vantagens da legislação vigente e anterior à Constituição de 24 de janeiro de 1967", não mais poderá fazê-lo. Como destaquei acima, quem não requereu, não teve constituído seu direito; não mais pode fazê-lo, com apoio no art. 177, § 1.º, predito.

Aquêles, entretanto, que já haviam requerido e aguardavam apenas a declaração de seu direito, porque não há norma expressa

disso vedativa na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, fazem jus a ter expedidos os atos respectivos, com resguardo do direito conquistado, na vigência do art. 177, § 1.º em foco.

Reafirmo meu entender que, como normas de índole constitucional, as da Emenda n.º 1 encontravam limite material apenas no que a Constituição de 1967 vedava ser objeto de emenda. Portanto, podia a Emenda n.º 1, de 1969, **ad exempla**, ter proibido exercício cumulativo de cargos públicos, restringido ou ampliado os casos e condições de aposentadoria, a forma de investidura em cargos públicos e o modo de adquirir estabilidade na função pública.

No que refere, porém, ao passado, **de expresso**, podia a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, ter suprimido, em suas Disposições Gerais, quaisquer vantagens que indicassem, antes deferidas a funcionários, ativos ou inativos, mesmo que já as viessem percebendo ou a elas estivessem intitulados pelo regime reformado da Constituição de 1967. Se isso houvesse feito, quanto aos beneficiários do dito art. 177, § 1.º, a Emenda Constitucional n.º 1, então, sim, não só não seria possível expedir ato de aposentadoria voluntária, nas condições aludidas, a quem a requerera, antes de 30 de outubro de 1969, como, inclusive, deixariam de usufruir os que já portassem ato de inativação, expedido na vigência da Constituição emendada, os proventos, segundo o previsto no referido dispositivo.

Em casos tais, seria de invocar a lição de PONTES DE MIRANDA, ao examinar o princípio da imediata incidência das normas jurídicas constitucionais:

> "As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia, porque estejam adstritas a isso. O respeito dos direitos adquiridos, da coisa julgada e dos negócios jurídicos perfeitos resulta de regra jurídica constitucional, que o estabelece, e não de princípio a que a Constituição tenha de atender. As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou, como aquêle em que começaria de incidir." (**apud** COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967, tomo VI, ps. 375 e 376).

Êsse o meu entendimento, acêrca da eficácia do art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, diante da Emenda Constitucional

n.º 1, de 1969, que o suprimiu, mas nada determinou, contràriamente à situação daqueles que, por fôrça da incidência dêsse dispositivo, estivessem já no gôzo dos direitos e vantagens nêle previstos, ou com seu **titulus juris**, a tanto, definitivamente constituído.

* (Excerto de voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 68.926 — Distrito Federal, no Tribunal Federal de Recursos, em sessão plenária de 16-09-1971)

O ICM E A IMPORTAÇÃO PARA O ATIVO FIXO

José Maria Rosa Tesheiner (*)

I — HISTÓRICO

A entrada de mercadoria estrangeira no estabelecimento importador passou a constituir fato gerador do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias com o Ato Complementar n.º 34, de 30-1-67:

> "Art. 3.º — A Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, com as alterações introduzidas pelos Atos Complementares n.ºs 27 e 31 e pelo Decreto-Lei n.º 28, de 14 de novembro de 1966, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> **Alteração 1.ª** — Substitua-se o "caput" do art. 52 pelo seguinte:
>
> Art. 52 — O impôsto, de competência dos Estados, sôbre operações relativas à circulação de mercadorias, tem como fato gerador:
>
> .....
>
> II — a entrada de mercadoria estrangeira em estabelecimento da emprêsa que houver realizado a importação, observado o disposto nos § § 6.º e 7.º do art. 58"

Seguiu-se o Ato Complementar n.º 35, de 28-2-67, que acrescentou não incidir o impôsto sôbre as máquinas, equipamentos e

(*) Coordenador da Unidade de Defesa Judicial e Professor de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da U.F.R.G.S.

outros bens de produção, quando importados nas condições e para os fins previstos no art. 14 do Decreto-Lei n.º 37, de 18-11-66 (art. 4.º, alteração 2.ª).

Recuou, porém, o legislador federal e, com o Ato Complementar n.º 36, de 13-3-67, revogou o inciso II do art. 52 do Código Tributário Nacional, isto é, o dispositivo introduzido pelo Ato Complementar n.º 34, que instituíra a entrada de bem importado como fato gerador do ICM:

> "Art. 8.º — Êste Ato entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogados o inciso II, do art. 52 (...) da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (...)".

Sobreveio o Ato Institucional n.º 5, em 13-12-68 e foi decretado o recesso do Congresso Nacional (Ato Complementar n.º 38, de 13-12-68), ficando o Presidente da República com podêres para legislar sôbre tôdas as matérias.

E legislou-se, então, sôbre normas gerais de Direito Financeiro, com o Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, que reintroduziu a entrada de bem importado como fato gerador do ICM (art. 1.º, II) e declarou isentas as entradas de determinados bens de produção (art. 1.º, § 4.º). Nêle se disse:

> "Art. 1.º — O impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias, tem como fato gerador:
>
> .....
>
> II — a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento".

II — CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI N.º 406, DE 31-12-68

Existente a nova norma legal, contestou-se a sua validade, por vício de forma. Disposições de atos complementares só por ato complementar poderiam ser revogadas. Jamais por decreto-lei.

A objeção é irrelevante. Editado com base no Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68, no período de recesso do Congresso Nacional, quando o Presidente da República tinha podêres para

legislar sôbre tôdas as matérias, inclusive sôbre normas gerais de direito tributário (Ato Complementar n.º 38, de 31-12-68, arts 1.º e 2.º), o Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, tem fôrça de lei complementar (Emenda Constitucional n.º 1, art. 18, § 1.º).

Admitindo-se, para argumentar, a existência do referido vício formal, certo é que o mesmo foi sanado pelo artigo 181 da Emenda Constitucional n.º 1, que aprovou, excluindo de apreciação judicial, os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no seu inciso primeiro, entre êles, os atos do Govêrno Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos.

III — BITRIBUTAÇÃO

Já no plano da eficácia, contestou-se o disposto no art. 1.º, II, do Decreto-Lei n.º 406, por importar em bitributação.

Antes de mais nada, convém precisar-se o conceito.

Em sentido amplo, bitributação ou "bis in idem" é "qualquer dupla incidência de impôsto, isto é, tôda dúplice oneração de um mesmo fundo tributável." (SEABRA FAGUNDES, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, verbete "Bitributação").

Em sentido restrito ou técnico, a bitributação supõe competência **concorrente** da União e dos Estados, para a criação de tributo, e regra jurídica excludente da dupla imposição, à semelhança do que se dispunha no art. 21 da Constituição de 1946:

> "A União e os Estados poderão decretar outros tributos além dos que lhes são atribuídos por esta Constituição, mas o impôsto federal excluirá o estadual idêntico".

Só há, pois, bitributação em sentido estrito quando há dupla imposição: por lei federal e estadual, por lei estadual e municipal ou por lei federal e municipal.

Ouçamos a lição de SEABRA FAGUNDES:

> "Por bitributação se pode entender, genèricamente, no direito financeiro, qualquer dupla incidência de impôsto, isto é, tôda dúplice oneração de um mesmo fundo tributável.

. . . . . .

Nada mais distante do conceito estrito de bitributação, que se veio a firmar na doutrina, partindo das referências do próprio texto constitucional à competência concorrente, só possível entre a União e Estado, e da prevalência, nos casos de dupla incidência, do impôsto federal.

. . . . . .

A palavra, perdidos os foros de cidade, que recebera do direito positivo, está restituída à livre conceituação da doutrina, podendo ser empregada em função de seu sentido gramatical, para exprimir, genèricamente, tôda e qualquer dupla imposição tributária, ou, como tendem a fazê-lo os nossos constitucionalistas, no sentido específico com que teve ingresso na nomenclatura do direito pátrio.

. . . . . .

É com tal sentido e a êsse ângulo que aqui se procura analisar o fenômeno da bitributação. Para que ocorra bitributação devem somar-se os seguintes elementos:

a) competência tributária concorrente entre a União e algum Estado;
b) identidade de pessoas. atividades ou fundos tributáveis;
c) incidência dos dois impostos sôbre a economia do sujeito passivo, a um mesmo prisma, isto é, gravando-se em um mesmo aspecto e não sob aspectos diversos (SEABRA FAGUNDES, **in** Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, verbete "Bitributação")

A BITRIBUTAÇÃO EM SENTIDO AMPLO NÃO É VEDADA. Claríssima a lição de ALIOMAR BALEEIRO:

"Se a mesma pessoa jurídica de direito público competente para a decretação dum impôsto incorre em "bis in idem" ou na pluritributação, em regra geral, não há problema jurídico, salvo se fôr violado dispositivo constitucional que, por acaso, fixe limite máximo

à tributação, como faz a Constituição Federal de 1946, no art. 19, alínea V.

. . . . . .

Se um govêrno é competente para exigir um impôsto e não está freado nos limites da sua aplicação senão nalguns casos previstos em Constituições, nada lhe impede de decretá-lo uma ou várias vêzes, segundo as conveniências administrativas ou critérios de técnica fiscal, que lhe pareçam mais adequados. Certo que a cobrança do mesmo impôsto sob diferentes formas e vários momentos pode infringir cânones clássicos de economia e de comodidade. Mas aí há apenas a considerar assuntos de técnica e política financeiras, suscetíveis de crítica parlamentar ou por outros modos de manifestação do pensamento, para compelir o legislador a reformas, sem que seja dado ao contribuinte meios jurisdicionais de evadir-se à tributação incômoda, ou talvez inepta.

. . . . . .

Nenhuma restrição, pois, se pode opor à constitucionalidade da tributação dupla ou múltipla, quando exercida com ânimo deliberado e fundamento legal, pelo mesmo govêrno competente."

. . . . . .

A opinião de CASTRO NUNES coincide com a de CLODOMIR CARDOSO, ALCÂNTARA MACHADO, PONTES DE MIRANDA e de outros, segundo expusemos linhas acima.

"Não existe problema constitucional na bitributação, — acrescentou CASTRO NUNES, — porque a bitributação é em si mesma, como disse, questão de política tributária, e por isso é da competência de um órgão político. A bitributação pode ser desejada, procurada, confessada até pelo poder público."

. . . . . .

"A dupla tributação, seja por justaposição, seja por superposição, é fato nem sempre evitável, nem sempre condenável, que o mesmo Govêrno não raro exercita para diferentes fins (ALLIX)".

Não há porque vedá-la sistemàticamente (BALEEIRO, Aliomar. **In** Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, verbete "Bis in Idem").

Uma vez fixados com precisão os dois conceitos de bitributação, torna-se fácil a solução da dúvida.

Em sentido amplo, há bitributação (ou melhor: pluritributação), na importação de mercadorias estrangeiras, já que incidem o impôsto de importação, o impôsto sôbre produtos industrializados e o impôsto sôbre circulação de mercadorias. Ocorre, porém, que a bitributação, tomada esta palavra em sentido amplo, não é vedada.

E não se pode, no caso concreto, falar em bitributação em sentido restrito, porque todos os impostos acima referidos incidem por fôrça de lei federal. E, como vimos acima, só há bitributação em sentido estrito, quando pessoas jurídicas **diferentes** e igualmente competentes (competência concorrente) fazem incidir dois impostos sôbre o mesmo suporte fáctico.

E tanto é certo inexistir norma excludente da bitributação, em sentido amplo, que, na exportação de mercadorias para o exterior, podem incidir (e ninguém se insurge contra isso) os impostos de exportação, de produtos industrializados e de circulação de mercadorias!...

A 1.ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou até mesmo a identidade de fato gerador, considerando que o do impôsto de importação é a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional, fato anterior e distinto do gerador do impôsto sôbre circulação de mercadorias, que é o fato da entrada da mesma mercadoria no estabelecimento comercial, industrial ou produtor. Disse o Relator:

> "Não se confunde com o impôsto de importação, cujo fato gerador é a entrada do produto estrangeiro no território nacional (José Washington Coelho, Código Tributário Nacional Interpretado, pág. 25, n.º 18).
> Não há bitributação.
> O impôsto de importação tem em vista a entrada de mercadoria, no País, ao passo que o ICM visa à circulação da mercadoria, no interior do território nacional (TASP, 1.ª CC, no Ag. Pet. n.º 126.414, julgado em 6-10-69 **in Rev. dos Tribs.**, v. 409, p. 256)".

O próprio texto da lei complementar à Constituição (que o é, sem dúvida, o Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, já que estabelece "normas gerais de direito financeiro") nos mostra o quanto andam extraviados os que pretendem excluir a incidência do ICM na importação direta, argumentando com a bitributação. Com efeito, o inciso I do § 5.º do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, admite tranqüilamente que o mesmo fato gerador possa sofrer a incidência concomitante de um impôsto federal (IPI) e de um impôsto estadual (ICM), ao determinar que o montante do impôsto sôbre produtos industrializados não integra a base de cálculo do impôsto sôbre circulação de mercadorias, quando a operação constitua **fato gerador de ambos os tributos.**

IV — O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No plano constitucional, a Revolução de 1964 alargou a competência do Poder Executivo em detrimento do Legislativo; e a da União em detrimento dos Estados. Por vêzes, a linguagem da atual Constituição é a mesma de 1946, mas o significado é diferente; porque diferente a estrutura.

A Emenda Constitucional n.º 1 manteve o princípio de legalidade: "nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça". (Constituição de 1946, art. 141, § 34. Constituição de 1967, art. 150, § 29. Emenda Constitucional n.º 1, art. 153, § 29). Alterou-se, porém, o seu sentido.

Se, com o auxílio da História, rompemos o invólucro formal do princípio, vemos que, dentro dêle, se encontra a idéia de que não deve o govêrno arrecadar impostos, sem o prévio assentimento dos governados. Idéia utópica, enquanto não se concebe o parlamento, capaz de exprimir êsse consentimento como representante da vontade popular.

Por isso, a história do princípio de legalidade é a história do parlamento.

Ao poder do rei, que vinha do alto, que vinha de Deus, se opôs o poder do parlamento, que vinha debaixo, vinha do povo. Essas fôrças adversas chocaram-se com grande estrépito, arrebentando o poder unipessoal. Fracionou-se o núcleo do Estado, arrebatando-se ao príncipe os podêres de legislar e de julgar. Surgia o princípio da separação dos podêres. Surgia também a lei, como hoje a entendemos: lei, obra do parlamento.

A idéia de lei implica na de hierarquia das normas jurídicas. O poder de fazer as leis, o parlamento o recebe de uma lei que, por isso mesmo, lhe é lògicamente superior. De outro lado, se é do parlamento o poder de legislar, às suas leis hão de se curvar as normas editadas pelo Poder Executivo: os decretos.

Quando se inventa o decreto-lei, norma do Poder Executivo com fôrça de lei, mantém-se essa hierarquia. Êle vai colocar-se ao lado da lei. No mesmo plano que esta. Destrói-se, porém, a idéia da superioridade das normas do parlamento

A lei depende da vontade de muitos. É obra coletiva. O decreto depende da vontade de um só. Não há degrau intermediário entre o uno e o múltiplo. Por isso, o decreto-lei não é um misto de decreto e de lei.

Êle supõe o parlamento, como a sombra supõe a luz. Uma lenta evolução, ou uma súbita revolução, subtraiu do príncipe o poder de legislar. O decreto-lei devolve-lhe êsse poder, no todo ou em parte.

O poder de legislar implica no de tributar. Se pertence exclusivamente ao parlamento o poder de legislar, exclusivamente dêle é também o de legislar sôbre tributos. Daí ser desnecessário o enunciado expresso do princípio de legalidade, nas constituições que, como a de 1946, desconheçam a figura do decreto com fôrça de lei. Se, porém, com o decreto-lei, a Constituição reparte o poder de legislar entre os Podêres Executivo e Legislativo, torna-se necessária a enunciação expressa do princípio, desde que se queira reservar exclusivamente ao parlamento o poder de instituir ou majorar tributos.

A Emenda Constitucional n.º 1 permite, porém, a instituição e majoração de tributos por decreto-lei. (Art. 55, II: "inclusive normas tributárias".). Que resta, então, do princípio de legalidade? Apenas uma exigência de forma: a vedação do simples decreto.

Entre o decreto e a lei há uma diferença substancial: o órgão que produz o decreto não é o órgão produtor da lei. Mas, entre o decreto e o decreto-lei a diferença é puramente formal: o mesmo órgão fala por decretos e por decretos-leis. Apenas o nome é diferente.

Ora, se a diferença é apenas nominal, por que se continua respeitando a distinção? É que a forma, no direito como na religião, subsiste ao conteúdo. É como o corpo do homem que subsiste à morte do homem. A liturgia permanece, quando já desapareceu a fé.

A Constituição de 1946, a de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, tôdas enunciaram expressamente o princípio de legalidade. A de 1946 desnecessàriamente, porque desconhecia decretos com fôrça de lei. A de 1967, prevendo o decreto-lei, precisava da enunciação expressa, para lhe subtrair o poder de instituir ou majorar tributos. Êsse poder tem o decreto-lei, na de 1969 (Art. 55, II: "inclusive normas tributárias") e, por isso, a solene reafirmação do princípio (Emenda Constitucional n.º 1, art. 153, § 29) é pràticamente destituída de significado.

Não há decretos-leis estaduais. Se compete ao Estado a instituição de tributo, sòmente mediante lei poderá ser instituído. O princípio de legalidade não sofreu, na órbita estadual, o esvaziamento que observamos na federal.

Por que essa disparidade? É que, no tocante aos Estados, a Revolução de 1964 não se preocupou tanto com reforçar os Executivos estaduais, quanto em alargar a competência da União. Afirma-se competir aos Estados instituir impostos sôbre operações relativas à circulação de mercadorias (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, II), mas esta afirmação não é inteiramente verdadeira, como era a afirmação correspondente, constante da Constituição de 1946 (Art. 19, II).

Para que se institua tributo é preciso que se aponte o sujeito passivo, o fato gerador, a base de cálculo e a alíquota. Ora, quem é contribuinte do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias diz a lei federal (Decreto-lei 406, de 31-12-68, art. 6.º). Quais são os fatos geradores diz a lei federal (Decreto-Lei 406, de 31-12-68, art. 1.º). Qual é a base de cálculo diz a lei federal (Decreto-Lei 406, de 31-12-68, art. 2.º). Aos Estados resta sòmente a fixação da alíquota que, porém, deve ser uniforme para tôdas as mercadorias nas operações internas e interestaduais e não pode exceder o limite fixado pelo Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 5.º).

Até o dia 30-1-67, os Estados ainda detinham o poder de não exigir o impôsto. A lei federal declarava a incidência. Êles podiam isentar. Entretanto, o Ato Complementar n.º 34, de 30-1-67, revogou tôdas as isenções, reduções ou favores. E deter-

minou que as futuras isenções do ICM dependeriam, para os Estados e Territórios de cada região geo-econômica, de convênios interestaduais. A Emenda Constitucional n.º 1 repetiu: "as isenções do impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas e revogadas nos têrmos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar." (Art. 23, § 6.º).

É preciso que se preste atenção para a mudança de sistema, decorrente da mencionada disposição, principalmente porque, no mais, a linguagem da atual Constituição é semelhante à de 1946. Fenômeno compreensível: se o tom dogmático ou irônico, de reprovação ou de aplauso, carregado de amor ou de ódio, modifica o sentido das palavras, com maior razão modifica-se o significado das expressões de uma constituição, quando se modifica o espírito que as anima.

Declarar as hipóteses de incidência do impôsto estadual sôbre circulação de mercadorias é, hoje, exclusivamente da competência da União, mediante lei complementar (Emenda Constitucional n.º 1, art. 18, § 1.º). Nem as constituições nem as leis estaduais podem contradizê-la. Portanto, se a lei complementar declara a incidência, não podem os Estados declarar a não-incidência. Podem isentar, mas apenas por convênio.

As normas gerais de direito tributário não constituem mera recomendação da União aos Estados e Municípios. Não são normas que necessitem de ser recebidas, para que tenham eficácia. Elas dispensam a aprovação dos órgãos locais. Não são gerais, porque exijam regulamentação que as tornem exeqüíveis; mas, sim, porque, sem elas, cada Estado teria competência para dispor a respeito, cada Estado teria a **sua norma**. Com elas, vigem os mesmos preceitos em todo o território nacional, em cada um dos Estados, apesar de se tratar de tributos locais. Por isso, à medida que avançam as normas gerais de direito tributário, recuam as normas locais.

Subordinar-se a eficácia das leis complementares à sua recepção pelos Estados e Municípios importaria em atribuir-lhes o poder de não recebê-las, de não aplicá-las, de dispor contràriamente, por omissão. Seria atribuir-lhes o poder de aceitar a umas e rejeitar a outras, ou de "aprová-las" apenas em parte, construindo cada qual seu sistema peculiar, diverso do modêlo da União.

O Decreto-lei n.º 406, de 31-12-68, editado com base no Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68, no período de recesso do Congresso Nacional, quando o Presidente da República tinha poderes para legislar sôbre tôdas as matérias, inclusive sôbre normas gerais de direito tributário (Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68, art. 2.º, § 1.º. Ato Complementar n.º 38, de 13-12-68, arts. 1.º e 2.º), tem fôrça de lei complementar (Emenda Constitucional n.º 1, art. 18, § 1.º).

Reinstituiu a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento, como fato gerador do ICM (Decreto-Lei 406, de 31-12-68, art. 1.º, inciso II).

Apenas a União podia estabelecer esta nova hipótese de incidência. Era e é vedado aos Estados contradizê-la, declarando a não-incidência. A ausência de lei estadual que repetisse a norma nacional apenas poderia ser interpretada como isenção. Esta, porém, suporia **convênio**, que não houve. Era, pois, dispensável a lei local.

E, com isso, não se fere o princípio de legalidade que, como vimos, na órbita nacional, tem significado meramente formal.

É que, quando a Constituição afirma que a instituição de tributo depende de lei, evidentemente se refere a lei da pessoa jurídica competente para institui-lo. Se o tributo dependia de lei federal e por lei federal foi instituído, atendido está o princípio de legalidade (Essa tem sido a orientação da jurisprudência. TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO: 1.ª Câmara Cível, em 6-10-69, no Agravo de Petição n.º 126.414, in Rev. Trib. v. 409, p. 256 e segs.; Pleno, no Prejulgado n.º 127.320, em 3-2-70, in Resenha Tributária, ICM, Jurisprudência, 1970, p. 59 e segs.; 7.ª Câmara Cível, no Agravo de Petição n.º 130.818, em 11-6-70, in Resenha Tributária, ICM, Jurisprudência, p. 109 e segs.; 4.ª Câmara Cível, no Agravo de Petição n.º 132.209, in Rev. Tribs., vol. 416, p. 217-19. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: 1.ª Câmara Cível, no Agravo de Petição n.º 16.081, rel. Desembargador Paulo Barbosa Lessa; 2.ª Câmara Cível, no Agravo de Petição n.º 16.263, rel. Desembargador Garibaldi Almeida Wedy; 3.ª Câmara Cível, no Agravo de Petição n.º 16.082, rel. Desembargador Pedro Soares Muñoz.)

Aliás, as normas gerais de direito tributário, salvo disposição em contrário, sempre são cogentes e auto-executáveis. As exce-

ções são indicadas expressa ou implìcitamente pelo legislador federal, como, por exemplo, nos artigos 161, § 1.º (os juros de mora são calculados à taxa de 1%, **se a lei não dispuser de modo diverso**, norma evidentemente dispositiva) e 170 do Código Tributário Nacional (a lei **pode** autorizar a compensação, norma simplesmente autorizativa).

Outras exceções, expressamente indicadas, encontram-se nos seguintes artigos do Código Tributário Nacional: 116, 117, 120, 123, 125, 128, 136, 143; 150, § 4.º, 153, 154, 159, 160 e seu parágrafo único; 162, § 1.º; 171, 172, 177, 183, 193, 194 e 205.

V — A IMPORTAÇÃO PARA O ATIVO FIXO. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E FINALÍSTICA

Incide o Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias na entrada de bens destinados ao ativo fixo do importador?

Para resolver a questão, imaginemos um grande estabelecimento (comercial, industrial ou produtor), com dois portões: um nos fundos e outro na frente.

Pelo portão dos fundos entram as mercadorias importadas do exterior. Pelo portão da frente saem. Umas entram e saem como entram (são as mercadorias adquiridas para revender); outras entram e saem transformadas (é o caso das matérias-primas); há, também, as que entram e não saem; ou porque são consumidas no estabelecimento; ou porque entram para ficar: são os bens de capital, destinados a produzir outros bens, que constituem o capital fixo, ou ativo fixo.

No período imediatamente anterior ao Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, as mercadorias importadas do exterior pagavam o ICM, desde que saíssem do estabelecimento do importador. Era o que ocorria com as mercadorias adquiridas para revender. Mas as mercadorias destinadas ao ativo fixo do importador (importação direta) ficavam desoneradas do impôsto, porque não se verificava, no território nacional, operação de saída. E apenas a saída era fato gerador do tributo.

O Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, chegou dizendo:

"Art. 1.º — O impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

II — a entrada, em estabelecimento, comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento".

Suponha-se que o dono de nosso hipotético estabelecimento diga a empregado seu: "Vai, e conta tôdas as mercadorias que entram". Sem dúvida, para se desincumbir do encargo, êste empregado irá postar-se no portão dos fundos, por onde entram as mercadorias.

Posteriormente, o patrão altera a ordem: "Não deves contar tôdas as mercadorias que entram mas apenas as que entram e saem". É possível que, durante algum tempo, o empregado continue postado no portão dos fundos, indagando, cada vez que entram mercadorias: "Esta entra para ficar ou para sair?" Logo, porém, compreenderá que, se é para contar apenas as mercadorias que entram e saem, será mais lógico postar-se no portão de saída.

Ora, o legislador federal, que antes ordenava que os Estados se postassem no portão de saída, agora lhes ordena que fiquem no portão de entrada. Por quê? Evidentemente, porque antes queria que se tributassem, das mercadorias importadas, apenas as que depois saíssem do estabelecimento; agora, quer que se tributem tôdas as mercadorias, sem se preocupar com seu destino ulterior: revenda, aplicação ao ativo fixo, consumo etc..

Foi, portanto, para tributar também os bens destinados ao ativo fixo (ou ao consumo) do estabelecimento, que se modificou o fato gerador do ICM, quanto às mercadorias importadas do exterior.

Por que decidiu o legislador tributar também os bens importados para o ativo fixo?

Em primeiro lugar, porque isso era condição de sobrevivência do comércio importador, onerado pelo ICM, que se encontrava impossibilitado de enfrentar a importação direta, livre dêste tributo. Em segundo lugar, para dar igual tratamento às mercadorias nacionais e estrangeiras. (Se aquelas estavam sempre sujeitas ao tributo, por que ficariam desoneradas as estrangeiras, na importação direta?) E, em terceiro lugar, para aumentar a renda dos Estados, sempre carentes de recursos financeiros.

É verdade que a tributação dos bens destinados ao ativo fixo poderia entorpecer o crescimento e a modernização de nosso parque industrial. Disso, porém, não se olvidou o legislador, estabe-

lecendo que a isenção do Impôsto de Importação acarreta automática isenção do ICM (Lei Complementar n.º 4, de 2-12-69, art. 1.º, inciso VI). Assim, sempre que o legislador federal quer estimular a importação de determinados bens, isenta-os do Impôsto de Importação, ficando, em conseqüência, os Estados impedidos de cobrar o ICM.

Compare-se esta interpretação que nos mostra um legislador sábio, prevendo as conseqüências de suas normas, com a interpretação contrária, que distingue onde a lei não distingue e que acaba por nos apresentar um legislador obtuso, a exigir que os Estados se coloquem no portão de entrada das mercadorias para cobrar impôsto apenas das mercadorias que saem...

A Lei Complementar n.º 4, de 2-12-69, impede que se exclua do conceito de mercadorias os bens destinados ao ativo fixo. Efetivamente, destinados ao ativo fixo são os bens de capital, como as máquinas destinadas à fabricação de peças, máquinas e equipamentos. E estas são meramente declaradas isentas (o que supõe a incidência) e, mesmo assim, quando concorram as demais condições constantes do artigo 1.º, inciso IV.

VI — A OBJEÇÃO FUNDADA NO CONCEITO DE MERCADORIA

O bem de capital, isto é, o bem destinado a imobilização ou a integrar o ativo fixo, é mercadoria?

Alega-se que mercadoria é apenas o objeto ou a coisa adquirida pelo comerciante **para ser revendida** (DE PLÁCIDO E SILVA — Vocabulário Jurídico, 1967, p. 1015); aquilo que se comprou e se expõe à venda (BUARQUE DE HOLLANDA — Pequeno Dicionário da Língua Portuguêsa) e compõe-se o seguinte raciocínio:

No Direito Comercial, sòmente se denomina de mercadoria o objeto ou a coisa adquirida pelo comerciante para ser revendida. Ora, a lei tributária não pode alterar êsse conceito (Código Tributário Nacional, art. 110). Logo, também no Direito Tributário a idéia de revenda está ínsita no conceito de mercadoria e, portanto, o impôsto sôbre circulação de mercadorias não pode incidir sôbre bens destinados a integrar o ativo fixo do adquirente, já que tais bens não constituem mercadorias.

E, como corolário, se afirma: quando o importador adquire bem de capital, para revendê-lo, configura-se operação de circulação, incidindo o ICM sôbre a entrada em seu estabelecimento; mas, na importação direta (para uso próprio), não existe qualquer circulação mercantil. "Por isso não pode a lei determinar que nestes casos o impôsto seja devido por ocasião da **entrada** da mercadoria no estabelecimento, porque esta entrada não caracteriza qualquer momento de fato gerador ocorrido ou a ocorrer (RUY BARBOSA NOGUEIRA).

MAS É INTEIRAMENTE FALSA A PREMISSA MAIOR DO CITADO SILOGISMO. Na própria legislação comercial não se emprega a palavra "mercadoria" apenas com o sentido restrito de bem adquirido para revenda.

Assim, no Decreto n.º 19.473, de 10-12-30, se diz que "o conhecimento de frete original, emitido por emprêsas de transporte por água, terra ou ar, prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar do destino (art. 1.º; e parece evidente que aí não se cogita a intenção que tenha o destinatário de revendê-la, de consumi-la ou de imobilizá-la.

De mercadorias, com destino amplo de bens móveis, fala o Decreto n.º 1.102, de 21-11-1903, que instituiu regras para o estabelecimento de emprêsas de armazéns gerais: "Das **mercadorias** confiadas à sua guarda os armazéns gerais passarão recibo (art. 6.º); no livro de entrada e saída de mercadorias deverão ser anotadas "as consignações em pagamento, as vendas e tôdas as circunstâncias que ocorrerem relativamente às **mercadorias** depositadas (art. 7.º, 1.ª alínea); não podem os armazéns gerais recusar o depósito, exceto se a mercadoria que se desejar armazenar não fôr tolerada pelo regulamento interno (art. 8.º, § 2.º, letra a). Aos armazéns gerais é vedado exercer o comércio de mercadorias idênticas às que se propõem receber em depósito, e adquirir, para si ou para outrem, **mercadorias** expostas à venda em seus estabelecimentos, **ainda que seja a pretexto de consumo particular** (art. 8.º, § 4.º). (Note-se que, neste último passo, fala-se em aquisição de mercadorias **para consumo particular,** o que é exatamente o oposto de aquisição para revenda)

Na Lei n.º 187, de 15-01-36, ordena-se que a fatura discrimine "as **mercadorias** vendidas (art. 1.º, § 2.º)", òbviamente sem se cogitar da intenção que sôbre elas tenha o adquirente.

No Decreto-Lei n.º 32, de 18-11-66 (Código Brasileiro do Ar), se diz que o conhecimento aéreo deve indicar o preço da **merca-**

doria, quando a carga fôr expedida contra pagamento no ato da entrega (art. 91, letra "i") e também aí não se cogita da intenção do destinatário.

Também não adianta afirmar-se que, no caso em exame, o bem importado é mercadoria para o vendedor, mas não o é para o comprador. Mercadoria não é apenas o que se vende. É também o que se compra. "É tudo o que é **suscetível** de se comprar e vender (HADDAD, Guilherme. **In** Rep. Enciclopédico do Dir. Brasileiro, verbete "Mercadoria"). Além disso, não há venda sem compra, nem compra sem venda. O contrato é de compra-e-venda e não se pode admitir que seu objeto tenha duas faces, uma voltada para o vendedor e outra para o comprador, constituindo mercadoria para o primeiro, mas não para o segundo.

É de se transcrever a seguinte lição de GUILHERME HADDAD:

> "Chamamos mercadoria a tudo o que é suscetível de se comprar e vender.
>
> .....
>
> Quando as coisas entram em atividade mercantil, entram na circulação econômica, tomam o nome específico de mercadoria — **commercium quasi comutatio merciun.**
>
> .....
>
> C. COSAK, por sua vez, declara: "on apelle marchadise toute espéce d'objet mobilier, à la seule excepcion des valeurs et autres titres". Como vemos, qualquer espécie de objeto móvel com exceção dos valôres e títulos de crédito, são mercadorias.
>
> .....
>
> **Em nosso Código Comercial Brasileiro a palavra — mercadoria — não tem sentido definido.**
> Veja-se por exemplo os arts. 10, n.º IV, 33, 200, 201, 273, 446, 816, 874 etc., onde a palavra é empregada sob as mais variadas denominações, como, coisas materiais, corpóreas, moedas, espécie, gênero, fazendas, etc., dando a entender ser tudo quanto seja objeto de mercar (compra e venda), ou mercância (mercadoria). (in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, verbete "Mercadoria")

Não se nega que a palavra "mercadoria" possa ser empregada em sentido restrito, como coisa destinada a revenda. O que se nega é que êste seja o sentido **único** desta expressão, no Direito Comercial, ou que seja êste o sentido tradicional, em nossa legislação tributária.

É amplo o conceito de mercadoria, no Direito Fiscal.

É o "nome **genérico** com que se designa **todo** produto **que se compra** ou que se vende (LUIZ SOUZA GOMES — Dicionário Econômico e Financeiro, Ed. Civ. Bras., 1966, pág. 150)".

É com o sentido amplo de "bem móvel" que o legislador federal emprega essa palavra, máxime quando legisla sôbre Direito Tributário.

Assim, lê-se no Decreto-Lei n.º 37, de 18-11-67, que "o impôsto de importação incide sôbre **mercadoria estrangeira** e tem como fato gerador sua entrada no território nacional (art. 1.º)", nada importando a intenção de revenda, já que é contribuinte do impôsto o importador, "assim considerada **qualquer** pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional (art. 31)"; que a jurisdição dos serviços aduaneiros se estende por todo o território aduaneiro e abrange, como zona primária, quaisquer áreas nas quais se efetuem "**operações de carga e descarga de mercadorias** (art. 33, I)"; que será vendida em leilão a **mercadoria abandonada** (art. 63, a); que, nos leilões aduaneiros, poderão licitar as pessoas naturais," no caso de **mercadoria** em unidade ou em quantidade **sem destinação comercial** (art. 70, § 1.º); que, "embora declarada **para consumo,** a mercadoria poderá ser recolhida a entreposto... (art. 82, parágrafo único)". Em "mercadoria despachada **para consumo** se fala ainda no art. 23, e é em sentido amplo que se fala em mercadorias ao se tratar da "Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (artigo 155)". E, porque o impôsto de importação incide sôbre qualquer mercadoria, isto é, sôbre qualquer bem, é que as roupas e objetos de uso ou consumo pessoal de passageiros são declarados isentos (art. 13), o que supõe a incidência do impôsto.

Para se demonstrar, à saciedade, a improcedência do argumento, basta atentar-se para o seguinte:

SE NO CONCEITO DE MERCADORIA ESTIVESSE ÍNSITA A INTENÇÃO DE REVENDA, O IMPÔSTO SÔBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS NÃO PODERIA INCIDIR SÔBRE AS VENDAS DIRETAS DO PRODUTOR AO CONSUMIDOR...

E jamais se pôs em dúvida, por exemplo, a incidência dêsse tributo nas vendas de pão, a varejo, efetuadas pelo próprio panificador, embora o comprador adquira o produto para consumo próprio, e não para revenda...

SE A LEI TRIBUTÁRIA COGITASSE DA INTENÇÃO DE REVENDA, POR PARTE DO DESTINATÁRIO, O IMPÔSTO SÔBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS JAMAIS PODERIA INCIDIR SÔBRE A DERRADEIRA OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO: A SAÍDA PARA O CONSUMIDOR OU USUÁRIO. TÔDAS AS OPERAÇÕES SERIAM TRIBUTÁVEIS, MENOS A ÚLTIMA!

Na verdade, para que incida o impôsto sôbre circulação de mercadorias basta que o objeto da operação de circulação tenha as características econômicas de "bem", isto é, que seja suscetível de avaliação em dinheiro e possa satisfazer necessidades humanas. E que seja móvel, de existência material, excluídos, pois, os serviços, bens econômicos imateriais, salvo se incorporados ao bem material. Por isso mesmo:

Contribuinte do ICM não é apenas o comerciante. É também o industrial ou produtor. E tanto não importa a intenção de revenda que jamais se pôs em dúvida a incidência dêsse impôsto sôbre as vendas do industrial ou produtor ao consumidor.

E são contribuintes do ICM os órgãos da administração pública, ainda quando vendam mercadorias que produzirem para compradores de determinada categoria profissional ou funcional (Decreto-Lei n.º 406, art. 6.º, III), por exemplo, a venda de produtos farmacêuticos produzidos pelo Estado para consumo exclusivo de seus funcionários.

Observe-se, ainda, que nem sequer teria alcance prático o disposto no art. 1.º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, se ficassem excluídas as mercadorias destinadas a consumo ou imobilização. É que as mercadorias importadas para revenda pagarão, de qualquer modo, o ICM, por ocasião da saída posterior...

VII — A OBJEÇÃO FUNDADA NO CONCEITO DE CIRCULAÇÃO

A importação de bens para o ativo fixo não constitui operação de circulação de mercadorias, eis aí a afirmação que se ouve, em tom mais ou menos dogmático, sem se precisar em que consiste, afinal, o fenômeno da circulação.

E se completa: a lei pode tributar a entrada de bens importados apenas quando previsível a ocorrência de futura operação de circulação, o que não ocorre quanto aos destinados ao ativo fixo.

Ora, a venda do produtor ao consumidor constitui operação de circulação de mercadorias. Isto é pacífico. Por que, então, não haveria circulação na venda do produtor, estabelecido no estrangeiro, ao produtor ou industrial estabelecido no Brasil?

Para que se configure operação de circulação, é preciso que transmitente e adquirente estejam ambos estabelecidos no Brasil? Não. Tanto assim que a própria Constituição Federal declara incidir o ICM sôbre as operações de exportação de produtos não industrializados... (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 7.º)

Se a exportação de produto brasileiro destinado ao ativo fixo do importador estrangeiro constitui operação de circulação, por que não se configuraria operação de circulação na hipótese inversa?

Na verdade, há operação de circulaçao sempre que se transfere a posse ou a propriedade de bem móvel, na linha que une os dois pontos extremos do produtor ou industrial ao consumidor ou usuário. Não se exige que exista o ponto intermediário, que é o comerciante. Tampouco se encontra presente qualquer requisito quanto ao território, nacional ou estrangeiro, em que se encontrem os pontos extremos de cada etapa da circulação.

A venda do produtor, industrial ou comerciante estrangeiro ao importador brasileiro constitui, inequìvocamente, etapa da circulação do bem importado. Etapa final, se aplicado o bem ao ativo fixo do estabelecimento importador. De qualquer forma, porém, configura-se operação de circulação, porque nem a Constituição, nem a Lei excluem da incidência do ICM a etapa final.

E basta que se realize no território nacional a saída ou a entrada do bem, para que possa ser alcançada pela lei brasileira.

(Sôbre o conceito de circulação vejam-se: RAMOS, José Nabantino, ICM e IPI — Fato Gerador e Circulação, in Revista de Direito Público, v. 11, p. 109-17; VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Sistemática Constitucional do ICM, in Revista de Direito Público, v. 11, p. 100-8, e os autôres ali citados)

E não é difícil descobrir o preconceito inconsciente que se encontra por detrás da afirmação de que a entrada de bem desti-

nado ao ativo fixo não constitui operação de circulação. O ICM, substituto do impôsto sôbre vendas e consignações, sòmente pode incidir sôbre a venda e a consignação, isto é, sôbre a saída de mercadoria. Não pode incidir sôbre a entrada. É verdade que a lei diz o contrário... Exijamos, portanto, pelo menos a previsão de uma saída posterior... (Eis aí o pressuposto inconfessado e inconfessável da objeção)

VIII — A OBJEÇÃO FUNDADA NA EVENTUALIDADE DA OPERAÇÃO

Decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal que o ICM não incide na saída de veículos usados, porque "o ato não se insere na atividade profissional do vendedor"; porque "não há a habitualidade da operação". (RE 68.353, julgado em 25-9-70, 2.ª Turma, Rel. Min. Bilac Pinto, in Rev. Trim. de Jurisp., v. 54, p. 761)

Ora, se o ICM não incide sôbre as operações eventuais, tampouco incide sôbre a importação de bens para o ativo fixo. Eis aí o argumento, inatacável do ponto de vista lógico, lançado originalmente pelo Desembargador Paulo Barbosa Lessa, em 22-6-71 (TJRS, 1.ª CC, no Ag. Pet. n.º 16.081).

Entretanto, ninguém poderá negar que essa conclusão torna absolutamente supérflua, inútil e despida de significado a tributação de bens importados por ocasião da **entrada** no estabelecimento importador (Ver **retro**, n.º V).

Se devem ser tributados sòmente os bens importados que sairão do estabelecimento importador, para que tributá-los por ocasião da entrada? Por que excepcionou o legislador a regra tradicional, que é a tributação por ocasião da saída?

Sem dúvida, contribuinte do ICM é o comerciante. Portanto, pessoa que pratique atos de comércio, com **habitualidade**. Tampouco se caracterizam as figuras do produtor e do industrial, também contribuintes do ICM, sem o requisito da habitualidade.

Isto, porém, não quer dizer que o ICM não possa incidir sôbre operações eventuais. Se o comerciante de bebidas, excepcionalmente, compra e vende feijão, incide o ICM sôbre a saída dêste. Se o produtor de trigo, eventualmente, produz e vende milho, o ICM incide sôbre esta operação. Se o fabricante de engradados, ocasionalmente, fabrica e vende cadeiras, incide o ICM.

Admita-se, porém, para argumentar, que o impôsto sôbre circulação de mercadorias não incida sôbre a saída eventual. Se assim é, tem-se de concluir que o Decreto-lei n.º 406, art. 1.º, inciso II, dispondo sôbre a **entrada** de bens importados, contém exceção à regra geral da habitualidade, porque sem a incidência sôbre a operação eventual, que é a importação de bens para o ativo fixo, a norma nem sequer teria sentido.

IX — A IMPOSSIBILIDADE DE REPERCUSSÃO DO TRIBUTO

Assentadas na premissa da impossibilidade da repercussão do impôsto incidente sôbre a entrada de bens importados do exterior, quando destinados ao ativo fixo do estabelecimento importador, aduziram-se duas objeções, essencialmente idênticas:

a) o ICM é devido por contribuinte "de jure" e não por contribuinte de fato;

b) na importação de bens destinados ao ativo fixo, o importador age na condição de usuário ou consumidor, e não na de comerciante, industrial ou produtor.

Repercussão, todavia, pode existir. Se as condições do mercado permitirem, o importador incluirá no custo das mercadorias que vender, o preço pelo qual adquiriu os bens de capital necessários para produzi-las, inclusive o ICM incidente sôbre a importação.

De outro lado, a impossibilidade da repercussão não exclui a incidência do impôsto sôbre circulação de mercadorias. Pode ocorrer que a incidência do ICM diminua o lucro do industrial, comerciante ou produtor em percentagem igual à alíquota do impôsto, dada a existência de condições, no mercado, que não permitam a majoração do preço. Não haverá repercussão. O contribuinte "de jure" será, também, o contribuinte de fato. É evidente, porém, que nem por isso se tornará indevido o impôsto.

Nem se pode dizer que o comerciante, industrial ou produtor, ao importar bens para o ativo fixo, deixe de se apresentar nessa condição. Pelo contrário, o ato de aquisição de bens para o ativo imobilizado, quando praticado por comerciante, é havido, pela Doutrina, como **ato de comércio por conexão.**

"Entre os actos de commercio **por dependência ou conexão**, que tanto têm concorrido para a extensão do direito commercial, pois dá colorido e caracter mercantil a actos civis, temos:

a) A compra e venda e a permuta de objectos móveis necessários para a installação do estabelecimento commercial ou exploração do commercio, como armação, mobília, vitrina, móveis para embellezamento ou reparação.

. . . . . .

c) A acquisição ou reparo de machinas e seus utensílios, apparelhos e instrumentos necessários ao desempenho da profissão commercial".

(MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**, 3.ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1937, v. I, p. 510, n.º 366; V. FERREIRA, Waldemar. **Instituições de Direito Comercial**, 5.ª ed., São Paulo, Limonad, 1956, v. I, t. I, p. 160;

MARTINS, Francisco. **Curso de Direito Comercial**, 2.ª ed., Forense, Rio, 1958, p. 78).

X — O PROBLEMA À LUZ DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Maior consistência parece ter o argumento fundado no art. 3.º da Lei Estadual n.º 5.373, de 27-12-66. Efetivamente, aí se declara que "não se consideram mercadorias as máquinas, veículos, móveis, utensílios e outros bens aplicados à instalação ou ao funcionamento do estabelecimento, constituintes normais do ativo fixo".

Não cabe, porém, ao legislador estadual definir o que seja "mercadoria". Trata-se de vocábulo utilizado pela Constituição Federal (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, II), cujo significado, portanto, não pode ser ampliado nem restringido pelo legislador ordinário. Muito menos, pelo legislador ordinário estadual.

O citado dispositivo legal tinha, porém, e ainda tem, sua razão de ser. Na verdade, não quis a legislação estadual **definir**

"mercadoria", mas estabelecer a norma de que o bem aplicado ao ativo fixo não gera crédito fiscal.

É que, dentro da sistemática do ICM, o crédito fiscal supõe a existência da saída posterior tributável. Se o bem é imobilizado, não haverá nova saída e, portanto, não pode subsistir o crédito fiscal, impondo-se o seu estôrno.

E foi para excluir o crédito fiscal, nessa hipótese, que se estatuiu a regra em exame.

Isto, porém, ocorreu antes do Ato Complementar n.º 34, de 30-1-67 (art. 3.º) e do Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68 (art. 1.º, inciso II).

Desde o momento em que norma **federal** estabeleceu a incidência do ICM sôbre a entrada de mercadorias importadas, surgiu incompatibilidade, real ou aparente, entre a legislação da União e a do Estado.

Afasta-se essa incompatibilidade, se real, afirmando-se a derrogação da norma estadual; se aparente, pela interpretação: sòmente **depois** de a entrada haver gerado a obrigação tributária, ao se proceder à imobilização, é que a mercadoria perde essa natureza (ponto de vista do Estado).

Mas, qualquer que seja a via escolhida para se afastar a incompatibilidade entre a legislação federal e a norma estadual, o certo é que se deve dar prevalência àquela.

E O QUE É INEGÁVEL É QUE, NOS TÊRMOS DA LEGISLAÇÃO FEDERAL, O IMPÔSTO SÔBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS INCIDE SÔBRE A ENTRADA DE BENS IMPORTADOS, AINDA QUE DESTINADOS À IMOBILIZAÇÃO.

Como já se observou, a entrada de mercadorias estrangeiras no estabelecimento importador passou a constituir fato gerador do ICM com o Ato Complementar n.º 34, de 30-1-67 (art. 3.º). Ora, em seu art. 10.º, declarou-se não incidir o impôsto sôbre a importação de determinados bens de produção, observadas determinadas condições. Implìcitamente declarou-se, portanto, a incidência sôbre bens de capital, nos demais casos.

O Ato Complementar n.º 35, de 28-2-67 (art. 4.º), acrescentou não incidir o impôsto sôbre as máquinas, equipamentos e outros bens de produção, quando importados nas condições e para os

fins previstos no art. 14 do Decreto-Lei n.º 37, de 18-11-66 (alteração 2.ª). Manteve-se, pois, a regra geral da incidência do ICM sôbre a entrada de bens de capital.

Finalmente, o Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, reintroduzindo a entrada de bens importados como fato gerador do ICM, declarou isentas as entradas de determinados bens de produção (art. 1.º, § 4.º). Pela terceira vez, portanto, vemos o legislador afirmar a regra geral da incidência do impôsto sôbre a importação de bens de capital, já que a outorga de isenção supõe a incidência.

Ora, se o legislador federal declara a incidência, não pode o legislador estadual declarar a não-incidência.

Poderia isentar? Não, face ao disposto no Ato Complementar n.º 34 e também face à regra constante da Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 6.º:

> "A partir de 1.º de março de 1967, são revogadas, para todos os efeitos legais, quaisquer disposições de leis, decretos e outros atos que tenham outorgado **ou venham a outorgar** isenções e outros favores fiscais, relativamente aos impostos sôbre vendas e consignações e sôbre circulação de mercadorias, não previstos nos convênios e protocolos a que se refere o artigo anterior ou nos já celebrados em conformidade com o que nêle se dispõe (Ato Complementar n.º 34, de 30-1-67, artigo 2.º)".

> "As isenções do impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas e revogadas nos têrmos fixados em **convênios**, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 6.º)".

Na realidade, o conflito é apenas aparente. A norma estadual não diz que não se consideram mercadorias os bens **destinados** à imobilização. Diz que não se consideram mercadorias os bens **aplicados** à instalação ou ao funcionamento do estabelecimento, constituintes normais do ativo fixo.

Portanto, sòmente **depois** de imobilizados é que deixam de ser mercadorias.

Assim como os tijolos **destinados** à construção constituem bem móveis, tornando-se imóveis quando **aplicados** à construção, readquirindo a condição de móveis, após a demolição; assim os bens destinados ao ativo fixo constituem mercadorias; perdem essa condição quando imobilizados e a readquirem, se reintroduzidos no processo circulatório.

Dê-se à norma estadual seu exato entendimento e logo se desfaz o aparente conflito.

PARECERES

PARECER N.º 1911/C.G.E.

LICITAÇÃO — sòmente firma (individual ou coletiva) pode participar de concorrência.
Se a única proposta existente não satisfaz, a Administração Pública pode rejeitá-la, simplesmente. Havendo título mercantil protestado, a licitante é de ser desclassificada por inidoneidade financeira, na fase preliminar de julgamento. Se não, não pode ser afastada na segunda fase, por êsse motivo.

A Prefeitura Municipal de Erexim expõe e requer o pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado sôbre o seguinte:

Houve concorrência para execução de obra pública, cujo Edital apregoava:

"Sòmente serão aceitas propostas de firmas idôneas, que possuam condições necessárias para contratação dos serviços".

Dentre os licitantes, surgiram engenheiros civis, pessoas naturais, não constituídas em firma individual. Daí decorrem as dúvidas da consulente, cujos quesitos são os seguintes:

1.º) Podem engenheiros concorrer como pessoa física?
2..) Seria legal a restrição do Edital, para que concorressem apenas firmas?
3.º) Sendo excluídos êsses engenheiros, resultaria apenas um licitante. Poderia a concorrência ser anulada por isso?
4.º) Poderia a Prefeitura Municipal rejeitar essa única proposta, por ser onerosa?

5.º) Atentaria contra a idoneidade de qualquer licitante a existência de títulos mercantis protestados?

Concorrência é a modalidade de licitação a que deve recorrer a Administração Pública nos casos de compras, obras ou serviços de vulto, em que se admite a participação de qualquer licitante, através de convocação da maior amplitude.

A publicidade é assegurada, no caso de concorrência, mediante publicação em órgão oficial e na imprensa diária, com antecedência mínima de trinta dias, de notícia resumida de sua abertura, indicação do local em que os interessados poderão obter o Edital e tôdas as informações necessárias.

Pode a Administração utilizar outros meios de informação concomitantemente. Os requisitos mínimos do Edital são:

— dia, hora, local da concorrência,
— quem receberá as propostas;
— condições de apresentação de propostas, e da participação na licitação;
— critério de julgamento das propostas;
— descrição sucinta e precisa da licitação;
— local em que serão prestadas informações e fornecidas plantas, instruções, especificações e outros elementos necessários ao perfeito conhecimento do objeto da licitação;
— prazo máximo para cumprimento do objeto da licitação;
— natureza da garantia, quando exigida.

Na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à personalidade jurídica, à capacidade técnica, e à idoneidade financeira.

No julgamento da concorrência há duas fases:

— na primeira, examina-se a plena qualificação dos interessados, para a execução da obra. É indeclinável exigência do § 2.º do art. 127, do Dec.-Lei n.º 200, aplicado ao Município **ex-vi** da Lei federal 5.456, de 20-6-68;
— na segunda, abrem-se propostas.

Aquela apreciação preliminar (idoneidade do concorrente) é importantíssima, porque, superada a primeira fase, após a abertura do segundo envelope, sòmente poderá ser discutida a questão do preço (e mais prazos, condições de pagamento), não sendo lícito discutir a idoneidade técnica ou financeira do proponente. Quanto a êste aspecto, houve já a preclusão. Por aqui se inclina recente Acórdão do T.J.S.P., in Revista de Direito Público, vol. 12, p. 207, e outro, dêsse mesmo T. J., na Revista dos Tribunais, vol. 236, p. 429.

Em cuidadoso Parecer, o Min. Seabra Fagundes, in Revista de Direito Administrativo, vol. 34, p. 399:

> "Não é sem propósito essa precedência do exame da idoneidade ao conhecimento das propostas. Ela se mostra essencial à seriedade mesma da concorrência. Dada a flexibilidade das razões pelas quais se pode repelir, por inidôneo, um licitante, é bem de ver que, uma vez conhecidas as propostas, o julgamento da idoneidade pode servir de via para afastar o proponente de preço mais vantajoso, em favor de um outro da preferência pessoal do administrador."

Assim, julgada essa fase, passa-se à segunda, que é abrir as propostas pròpriamente ditas.

Na fixação de critérios para julgamento, levam-se em conta, no interêsse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no Edital.

Surge, então, o licitante vencedor, a quem se adjudica a obra. É importante sinalar que "os contratos de obra pública são realizados **intuitu personae**" (cf. Hely, Direito Administrativo. p. 241); assim, "não pode haver transferência do contrato de obra pública, sem anuência da Administração". (Caio Tácito, **apud** Hely, op. cit., p. 243)

Licitante vencedor não significa aquêle que ofereceu menor preço. Às vêzes vence o que ofereceu preço maior, e se propôs concluir a obra em tempo menor. A Administração não se obriga a aceitar a proposta de preço menor, desde que justifique o critério para afastá-la (Acórdão do T.J.S.P., in Revista de Direito Público, vol. 12, p. 211, e art. 133, parágrafo único, Decr.-Lei 200).

"Vencer a concorrência equivale a obter, legalmente, o direito subjetivo de contratar com a Administração, nas condições estabelecidas no Edital." (c. Hely, op. cit., p. 260).

A última parte da concorrência, conhecido o licitante vencedor, será o contrato.

Posta, assim, a "quaestio juris", passo a responder:

Aos primeiro e segundo quesitos:

A exigência do Decr.-Lei 200, art. 131, I, é de documentação relativa à personalidade jurídica.

A Lei dos Engenheiros apenas fixa atribuições profissionais, v. g, execução de obras e serviços técnicos é da competência do engenheiro civil. Mas ela não incide sôbre participação em concorrência.

O Edital da P. M. de Erexim contém requisitos legais do art. 130, do Decreto-Lei 200. Está dentro da sistemática dêsse diploma legal. Ao condicionar que o licitante seja "firma idônea", **ipso facto**, excluem-se pessoas naturais, a menos que elas estejam constituídas como firmas individuais. Sòmente sociedades comerciais (ou civis), que atuem no comércio e na indústria da construção civil, terão legitimidade para licitar

Como o contrato é "intuitu personae", não pode alguém concorrer individualmente (engenheiro, p. ex.) e, se vencer, arranjar terceiros a quem transferir a execução da obra.

As firmas que podem concorrer são as de engenharia civil, excluídas as empreiteiras de mão-de-obra.

Aos terceiro e quarto quesitos:

A Administração pode rejeitar tôdas as propostas, se lhe forem inconvenientes, antes de aprovar a adjudicação, porque isto equivaleria a classificar o concorrente de melhor proposta, e obrigaria as partes ao contrato, irreversìvelmente.

"A anulação da concorrência estará, pois, condicionada, diga-o a lei (...) ou não, a uma justa causa, a um interêsse impessoal e superior. Uma vez transpostas as

oportunidades em que êsse interêsse razoàvelmente as poderia fazer sentir (antes de abertas as propostas, pela reconsideração do propósito de obter a prestação; após o seu exame, pela verificação da inexeqüibilidade das sugestões facultativas), assente que à Administração convém o empreendimento nos têrmos propostos, já não é possível acolher a invocação improvisada de um interêsse administrativo.

A permissão de anular a concorrência, consignada, como de praxe, no edital (...) perdeu, portanto, a oportunidade, desde que, passando-se à fase de classificação e homologação, a Administração Municipal teve como conveniente efetuar a obra."

Min. Seabra Fagundes, Parecer **in** Revista de Direito Administrativo, vol. 22, p. 376.

A faculdade de anular licitação (art. 138, Decr.-Lei 200) está, pois, condicionada, pela doutrina, à tempestividade.

Isto pôsto,

desde que não se proclamou o licitante vencedor, basta que a Prefeitura Municipal, de Erexim, rejeite a proposta única.

Ao quinto quesito:

O título mercantil protestado significa insolvência da licitante, o que lhe tisna a idoneidade financeira, devendo ela ser eliminada na primeira fase da concorrência.

Mas, se a licitante foi tida como idônea, não mais pode ser afastada por êsse argumento, na segunda fase.

Seria conveniente que a Administração Pública exigisse Certidão Negativa do Cartório de Protestos de Títulos Mercantis.

É o parecer, "sub censura".

Pôrto Alegre, 21 de setembro de 1971.

Armando Henrique Dias Cabral
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1895/CGE

CARGO EM COMISSÃO.
Seu titular não pode ser convocado para regime especial de trabalho.
Contratação de servidor.
Interpretação do Ato Complementar n.º 52.

O Senhor Secretário da Administração pede pronunciamento desta Consultoria-Geral sôbre a legalidade de atos praticados pela Presidência do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul.

Os atos são de dois tipos:

a) convocação de ocupantes de cargos em comissão para prestarem serviço em regime de tempo integral;
b) contratação de Consultor Jurídico e de Assessor Jurídico pelo Regime da CLT.

2. É velho o entendimento de que funcionário nomeado para cargo em comissão não pode perceber gratificação por serviço em horário extraordinário (Parecer CSP n.º 4721, D. O. de 27-7-62).

A mesma orientação há de adotar-se quanto aos regimes especiais de trabalho. Êsses regimes foram instituídos no Estado pela Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, a qual declara, no seu art. 5.º:

> "São estabelecidos para os cargos classificados no Nível Superior do Quadro Geral dos Funcionários Públicos os seguintes regimes especiais de trabalho (...)".

A expressão "Quadro Geral dos Funcionários Públicos" possui, no nosso sistema administrativo, um significado preciso, não abrangendo o quadro dos cargos em comissão e das funções gratificadas.

Isso está explícito no art. 1.º da Lei n.º 4.914, de 31 de dezembro de 1964, no qual se lê:

> "Fica o Serviço Civil Permanente Centralizado do Estado integrado pelos seguintes quadros:
>
> I. Quadro Geral dos Funcionários Públicos;
> II. Quadro dos Funcionários Fazendários;
> III. Quadro dos Funcionários Policiais;
> IV. Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas".

3. A Lei n.º 4.937 manteve a distinção entre Quadro Geral dos Funcionários Públicos e Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, como se vê no seu art. 68, pelo qual expressamente se estendeu aos integrantes dêste último quadro vantagens que haviam sido atribuídas aos titulares de cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos.

4. Tais dados tornam evidente a impossibilidade jurídica de convocar-se funcionário provido em cargo em comissão para prestar serviços em regime especial, qual seja o de tempo integral. Os regimes especiais referem-se exclusivamente aos cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, como dispõe o já citado art. 5.º da Lei n.º 4.937, não tendo, portanto, qualquer pertinência com os cargos que compõem o Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas.

5. Quanto à contratação de servidores pelo regime da CLT, cumpre perquirir se as providências que nesse sentido foram tomadas pelo IPERGS se afeiçoam ou não às disposições contidas no art. 1.º do Ato Complementar n.º 52, e que são as seguintes:

> "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 Podêres Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas, a partir da publicação dêste Ato.
>
> § 1.º — Excetuam-se dessa proibição:
>
> I — A nomeação para cargo em Comissão ou a designação para função gratificada, criados por lei;
> II — A nomeação por concurso, para cargo ou função do quadro permanente;
> III — A contratação ou admissão do pessoal para serviços considerados essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como do pessoal auxiliar estritamente necessário à execução dêsses serviços;

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

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

VI — A renovação de contratos".

6. Percebe-se da leitura das exceções consignadas no § 1.º que a linguagem é rigorosamente técnica, sendo possível fazer perfeito discrime entre funcionário, extranumerário e servidor sob o regime da CLT.

Na tradição do nosso Direito Administrativo a expressão "nomeação" refere-se exclusivamente a funcionário público, "admissão" a extranumerário e "contratação" a extranumerário ou a servidor submetido à legislação trabalhista. Êsses elementos levariam, em princípio, a admitir que os incisos I e II relacionam-se exclusivamente aos funcionários e que os demais incisos aludem, também, com exclusividade, aos extranumerários e pessoal da CLT.

Contudo, com relação a êsses últimos — servidores subordinados à legislação trabalhista — é indispensável que se determine quais as situações em que o vínculo empregatício pode ser validamente estabelecido, sem afrontar disposições constitucionais ou legais.

7. A primeira pergunta que, neste particular, deve ser feita e respondida é se a administração pública pode contratar livremente servidores pelo regime da CLT, ou se apenas tem licença para agir dêsse modo naquelas hipóteses em que norma constitucional autorize. Em outras palavras, o que se visa saber é se o Poder Público, ao procurar preencher um claro nos seus serviços, pode eleger entre os regimes da função pública e o da CLT, cabendo-lhe uma "facultas alternativa" entre nomear um funcionário ou contratar um empregado.

8. Parece-me que a questão é solvida fàcilmente ao desdobrar-se o raciocínio de que as normas constitucionais que se endereçam aos funcionários públicos não são princípios meramente programáticos ou ainda expressão de direito dispositivo. Tais regras não possuem a natureza de um simples convite ao administrador a seguir os rumos nela apontados, mas, bem ao

contrário, são cogentes, impondo-se obrigatòriamente a tôda a administração pública, da União, Estados e Municípios, excetuadas apenas as hipóteses que a própria Constituição prevê.

Se assim não fôsse, tôda a Secção VIII da Constituição, que trata dos funcionários públicos, estaria sujeita a transformar-se num conjunto de palavras vazias, despida de eficácia prática e convertida em verdadeiro "nudum jus" que ninguém estaria obrigado a obedecer e a fazer cumprir.

9. Entre nós, por conseguinte, no que tange ao estabelecimento da relação de emprêgo público, a regra é a de que tal relação há de reger-se pelo regime da função pública, que é, como se sabe, desenhado por normas de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, só sendo possível gerar-se vínculo em conformidade com os preceitos de direito privado ou sujeito a outro regime especial, quando haja mandamento constitucional que outorgue essa licença.

10. Solução análoga deu-se ao problema no Direito Alemão, com a exegese que a doutrina e a jurisprudência emprestaram ao art. 33, 4, da Constituição de Bonn. Determina essa norma que as tarefas permanentes, que constituam manifestação de **imperium,** serão atribuídas, de regra, aos integrantes do serviço público que estejam vinculados por uma relação de fidelidade e de acôrdo com o direito público. Viu-se, na disposição, uma garantia constitucional da função pública, muito embora não impedisse excepcionalmente, prestação de trabalho ao Estado sob outros regimes quando, por exemplo, as tarefas não fôssem permanentes, ou não constituíssem manifestação de **imperium,** ou quando, embora expressassem poder estatal, fôssem excepcionais (GERHARD WACKE, "Grundlagen des Offentlichen Dienstrechts", 1957, p. 13 e segs.).

11. No nosso direito, uma das exceções ao regime de função pública é a consignada no art. 170, § 2.º, da Constituição do Brasil, que assim determina:

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

A Constituição de 1967, anteriormente à Emenda Constitucional n.º 1, continha, no seu art. 163, § 2.º, princípio idêntico, apenas com amplitude maior, pois se endereçava também às autarquias, além das emprêsas públicas e das sociedades de economia mista, que atualmente são as exclusivas destinatárias do mandamento. Essa regra implantou entre nós o sistema francês, que subordina ao direito privado os servidores aplicados a tarefas de natureza industrial ou comercial, sobretudo depois da Lei de 19 de outubro de 1946 (MARCEL WALINE, "Traité de Droit Administratif, 1952, n.º 866, II, p. 637).

Outra exceção está no art. 106 da Constituição do Brasil, embora possua o dispositivo natureza programática:

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

Tal disposição substituiu o art 104 da Constituição de 1967, que tinha a seguinte redação:

> "Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporàriamente para obras ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada".

12. Fora dessas hipóteses, ou seja:

a) serviços que manifestem exploração da atividade econômica por parte do Estado, realizados por emprêsas públicas ou sociedades de economia mista;
b) serviços de caráter temporário; e
c) serviços de natureza técnica especializada — o regime há de ser o da função pública ou estatutário.

Aliás, com relação às duas últimas categorias, mesmo anteriormente às disposições constitucionais acima mencionadas, já se firmara entre nós a orientação de que a relação de emprêgo deveria estabelecer-se em conformidade com a CLT, ou, no que tange só aos serviços de natureza técnica especializada, permitia-se a admissão de extranumerário.

13. No âmbito federal, a Lei n.º 3.780, de 12 de julho de 1960, estatuía, no seu art. 24:

> "O pessoal temporário e o pessoal de obras ficarão sujeitos ao regime de emprêgo previsto na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação vigente peculiar àquele regime de emprêgo".

E, no art. 26:

> "Para o desempenho de atividade técnica especializada, para cuja execução não disponha o serviço de funcionário habilitado, poderá ser admitido especialista temporário, por prazo não excedente a de um exercício financeiro, mediante Portaria do Ministro de Estado".

14. Na área do nosso Estado, a Lei n.º 4.528, de 12 de julho de 1963, também mandou que se aplicasse ao pessoal temporário e de obras o regime da CLT, reservando-se o serviço permanente para os funcionários públicos. No art. 4.º aquela mesma lei proibia nomeação interina ou contratação de prestador de trabalho para funções do serviço permanente, excluídas apenas as relacionadas com o magistério, na forma dos §§ 2.º e 3.º.

A Constituição do Estado de 1967 declarava no seu art. 79, que a atual Constituição suprimiu:

> "Só poderá haver contrato de servidores para funções de natureza técnica ou especializada quando não existir, no quadro de pessoal do Estado, cargo com atribuições correspondentes".

15. De que modo, porém, harmonizam-se êsses preceitos com os do art. 1.º do Ato Complementar n.º 52 e quais as inovações trazidas por êsse Ato ao sistema de pessoal?

16. Parece-me que as principais inovações por êle introduzidas referem-se aos incisos III e IV do § 1.º do art. 3.º. No inciso III autorizou-se 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 dêsses serviços e, no inciso IV, a contratação ou admissão de pessoal para serviços de engenharia, obras e outros de natureza industrial, assim como para serviços braçais.

Pelo inciso III, para os serviços ali arrolados, tornou-se possível a contratação de servidor pela CLT ou a admissão de extra-

numerário, o que era vedado pelas normas jurídicas anteriores, já que êsses serviços são de natureza permanente e, como tais, deveriam ser realizados por funcionários públicos.

Pelo inciso IV, autorizou-se, também, a contratação de servidor pela CLT ou a admissão de extranumerário para serviços de engenharia — igualmente área antes reservada a funcionário, a menos que se tratasse de serviço altamente especializado. Com relação aos serviços de obras e de natureza industrial, já se aplicava a CLT, assim como aos trabalhadores braçais em geral.

17. Outra inovação trazida pelo Ato Complementar n.º 52 foi o revigoramento da figura do extranumerário, que tendia para a extinção. As expressões "contratação" e "admissão de pessoal" separam servidores sob o regime da CLT e extranumerários. Não há outra exegese possível, a menos que se admitisse — o que é por todos repelido — que a norma jurídica fôsse pleonástica ou tautológica, ou que empregasse têrmos inúteis. É óbvio que a única forma de constituição de vínculo empregatício pela CLT é o contrato. O têrmo "admissão", por conseguinte, deve necessàriamente vincular-se a outra categoria de servidor. Êle não se refere aos funcionários públicos, pois quando o § 1.º do art. 1.º do Ato Complementar n.º 52 a êles se reporta, ao aludir ao modo de constituição da relação jurídica, invariàvelmente o faz através da expressão técnica "nomeação". Excluído o pessoal sob o regime da CLT e a categoria dos funcionários, só restam os extranumerários, aos quais se vincula a locução "admissão de pessoal" nos incisos III, IV e V do texto examinado.

18. Cumpre, assim, perquirir se alguma norma contida nos incisos III, IV e V do art. 1.º, § 1.º, do Ato Complementar n.º 52 serviria para legitimar as contratações efetuadas no IPERGS. O inciso IV há de ser, desde logo, afastado, por impertinente. No inciso III, as funções do Consultor Jurídico não podem ser enquadradas nos setores de saúde ou ensino, parecendo-me também equivocado qualificá-las como de pesquisa. A função de Consultor é, antes de tudo, pragmática. Destina-se a solver problemas concretos. É claro que, para a realização dessa tarefa, o Consultor Jurídico deverá investigar com profundidade certos temas. Mas tais investigações não constituem um fim em si. Do mesmo modo seria absurdo dizer do médico clínico. que tem de estudar para resolver o problema do doente, que êle está realizando trabalho de pesquisa.

Diversa seria, por certo, a situação do médico que, em laboratório, busca as causas ainda desconhecidas de determinada doença ou um nôvo medicamento. Êste último se dedica à pesquisa como um fim em si, o mesmo acontecendo com o jurista que, sem se preocupar com um caso concreto, tenta encontrar explicação do fenômeno jurídico, construir uma nova teoria ou colocar sob luz nova determinada instituição jurídica, revelando-lhe aspectos ignorados.

Por certo, o desempenho de qualquer função de natureza técnico-científica é indissociável do estudo e de um certo trabalho de pesquisa, de caráter acessório, secundário e instrumental.

Quer-me parecer, no entanto, que a pesquisa a que faz menção o Ato Complementar n.º 52 é o trabalho permanente aplicado à busca de novas soluções técnicas. Diferencia-se da outra por consistir, como já disse, um fim em si, e não uma tarefa meramente acessória ou secundária. Tenho, assim, como certo que o inciso III é inaplicável à espécie.

Finalmente, cabe verificar se os contratos realizados pelo IPERGS se subsumiriam no inciso V, que permite a "contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa".

Parece-me relevante que a norma não tenha feito alusão a "provimento de vaga", mas sim a "preenchimento de claro". A meu ver relaciona-se, por conseguinte, a posições que vinham sendo ocupadas por contratado pela CLT ou por extranumerário, nas hipóteses permitidas pela legislação anterior. O "claro" aberto por funcionário ao exonerar-se ou ser demitido chama-se, tècnicamente, de vaga. Se, ao verificar-se vaga, o sentido da norma jurídica fôsse o de permitir pudesse a administração contratar servidor pela CLT ou admitir extranumerário para o desempenho daquelas atribuições, por certo essas hipóteses estariam incluídas no inciso II.

Precisamente no inciso II, no entanto, transparece a preocupação de apenas permitir-se o preenchimento de "claro" no serviço permanente, ou seja, de vaga, através de nomeação precedida de concurso. Nem a nomeação interina é autorizada. Tal rigor seria inconciliável com a licença para, verificando-se vaga em sentido técnico, contratar servidor pelo regime da CLT ou admitir extranumerário, a fim de que êsses servidores exercessem atividade que, em princípio, estaria reservada a funcionário.

A exoneração, demissão ou dispensa, que possibilitam a contratação ou a admissão, são, portanto, exoneração demissão ou dispensa de extranumerário ou de empregado conforme as regras da CLT.

19. Ora, o IPERGS, sendo autarquia estadual, submete-se aos princípios gerais, o que vale dizer que os seus quadros permanentes devem necessàriamente ser integrados por funcionários, e não por extranumerários. É certo que no passado dizia-se que as autarquias só possuíam extranumerários, uma vez que as posições do seu quadro permanente, embora fôssem em número certo, não seriam criadas em lei. Tais posições têm origem, entretanto, nas disposições autonômicas que possuem a fôrça e o valor das leis, dentro do âmbito da autarquia. Tal singularidade faz com que essas posições sejam igualadas aos cargos, para todos os efeitos.

20. Da análise até aqui empreendida dos princípios contidos no Ato Complementar n.º 52, conclui-se que o IPERGS não pode contratar Consultor Jurídico, ou Assessor Jurídico, pois tais contratações não se inserem entre as hipóteses permitidas por aquêle mesmo ato.

As funções de Consultor ou Assessor Jurídico não são de pesquisa em sentido estrito, nem a contratação resultou de exoneração, demissão ou dispensa de contratado pela CLT ou de extranumerário, pois são posições do quadro permanente que, pelas normas anteriores ao Ato Complementar n.º 52, só poderiam ser preenchidas por funcionários.

Sendo os contratos, em conclusão, contrários ao Ato Complementar n.º 52, são êles nulos de pleno direito, devendo ser tornados insubsistentes.

Pôrto Alegre, 5 de julho de 1971.

Almiro do Couto e Silva
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1899/CGE

PROVENTOS E DIREITO ADQUIRIDO.
A "gratificação" decorrente de "convocação automática", no sistema da Lei n.º 4.937, tinha a natureza de vencimento.
A Lei n.º 6.193 não feriu direito adquirido dos Assessôres Administrativos inativados.

Pelo Sr. Secretário da Administração foi encaminhado a êste órgão, para exame, expediente em que o Centro dos Assessôres Administrativos do Estado do Rio Grande do Sul consulta sôbre os efeitos da Lei n.º 6.193, de 11 de janeiro de 1971, com referência aos Assessôres aposentados que, para cálculo de seus proventos, tiveram computada a parcela correspondente à gratificação pelo desempenho de atividade em regime de trabalho de 33 horas semanais, nos têrmos do art. 12, § 6.º, da Lei n.º 4.937.

2. A Lei n.º 6.193, no seu art. 1.º, estabelece a tabela de vencimentos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado. No projeto, no § 1.º do art. 1.º, estava consignado:

> "O regime normal de trabalho para os cargos de que trata êste artigo é de 33 horas semanais."

Tal parágrafo foi, no entanto, vetado pelo Sr. Governador do Estado, com a seguinte justificativa:

> "Nessas modificações, porém, aprovadas pelo digno Plenário da Colenda Assembléia, não figurou uma ressalva, que se impõe, no tocante à fixação do regime normal de trabalho para os cargos de que trata o art. 1.º do Projeto de Lei n.º 180/70, ressalva que deveria constar no § 1.º dêsse dispositivo quando fixou tal regime de trabalho em 33 horas semanais, a fim de se manter o regime de 44 horas semanais para todos os cargos que, pelas especificações dos Anexos da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, estão sujeitos ao regime normal de 44 horas semanais. A não inserção de semelhante ressalva importa em desfiguração do regime de trabalho inerente a êsses cargos e acarretará perturbações inegáveis nos serviços que prevêem o regime de quarenta e quatro horas semanais como nor-

mal em face da sua natureza, além de determinar apreciável aumento de despesa, pela eventual convocação de servidores para êsse regime de 44 horas semanais, a fim de serem atendidas as necessidades do serviço."

3. O § 3.º do art. 1.º da Lei n.º 6.193 assim determina:

"O funcionário em regime especial de trabalho receberá uma gratificação sôbre o vencimento básico do cargo, fixado neste artigo, de acôrdo com a seguinte tabela, respeitadas as convocações em vigor até o término dos respectivos prazos:

Regime	Gratificação
A — 44 horas semanais	— 50%
B — dedicação exclusiva	— 100%

4. Indaga-se, diante disso, se a Lei n.º 6.193 extinguiu ou não o regime especial de trabalho de 33 horas semanais, designado como regime "A" no art. 5.º da Lei n.º 4.937. E, caso êsse regime tenha sido eliminado, qual a situação dos Assessôres Administrativos que, ao se aposentarem, tiveram seus proventos acrescidos da gratificação relativa ao regime especial de trabalho de 33 horas semanais.

5. Quanto à primeira questão, parece indubitável que a Lei n.º 6.193, dispondo exaustivamente sôbre gratificações por regime especial de trabalho, revogou as normas anteriores, que tinham o mesmo objeto.

6. Na Lei n.º 4.937, o art. 5.º contemplava três regimes especiais de trabalho, designados pelas letras A, B, e C, respectivamente de 33 horas semanais, de tempo integral e de dedicação exclusiva. Em contraste, o art. 1.º, § 3.º, da Lei n.º 6.193 considerou apenas dois regimes especiais de trabalho: o de 44 horas semanais (regime "A") e o de dedicação exclusiva (regime "B"). É de mencionar-se, ainda, a circunstância de que o § 1.º do art. 1.º, como estava redigido no projeto, estabelecia como regime normal de trabalho, para todos os cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado, o de 33 horas semanais. Essa parte foi vetada, por não constar, como se viu, ressalva com referência aos cargos que tinham como regime normal o de 44

horas semanais. Ora, se a intenção era impor a todos os cargos do Quadro Geral, como regime normal, o de 33 horas semanais, é evidente que não teria sentido fazer consignar no projeto de lei gratificação pelo exercício de atividade sob êsse regime. Tendo sido, no entanto, vetada essa parte do projeto, para que se retornasse ao sistema da Lei n.º 4.937, era indispensável que se fizesse inserir, entre os regimes especiais de trabalho, o de 33 horas semanais. Assim, entretanto, não ocorreu, transformando-se em lei os dois regimes que o projeto originàriamente previra. Não é possível, por conseguinte, pensar-se que o regime de 33 horas, depois da Lei n.º 6.193, tenha subsistido como regime especial de trabalho, na forma desenhada pela Lei n.º 4.937. Neste particular, a Lei n.º 6.193 cobriu, com suas disposições, tôda a área dos regimes especiais de trabalho, tendo inteira aplicação à hipótese o cânone hermenêutico reproduzido no art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

7. Relativamente à segunda questão, é de notar, desde logo, que os Assessôres Administrativos ocupavam cargos cujas especificações indicavam horário de trabalho de 33 horas semanais (cf. Anexo I, da Lei n.º 4.937).

O art. 7.º da Lei n.º 4.937 declarava:

"Os ocupantes de cargos cujas especificações indiquem horário de trabalho de 33 horas semanais, ficam automàticamente convocados para êsse regime especial, passando a perceber a gratificação respectiva."

8. Quando da edição da Lei n.º 4.937, discutiu-se se os Assessôres Administrativos, que se haviam aposentado antes do seu advento, teriam direito a acrescer a seus proventos parcela de valor igual ao da "gratificação" concedida aos funcionários em atividade, automàticamente "convocados", na forma daquela mesma lei.

9. O Conselho do Serviço Público, que foi o primeiro órgão a examinar a matéria, no Parecer n.º 6.283, publicado no Diário Oficial de 6 de maio de 1965, concluiu que os Assessôres Administrativos aposentados, na situação exposta, tinham direito a acrescer a seus proventos a parcela pretendida.

"A convocação — assim se lê naquele parecer — de funcionário que ocupe cargo cujas especificações indiquem horário de trabalho de 33 horas semanais efetiva-se, ao mando do § 1.º do art. 7.º, "ope legis": a administração tem, aí, o dever — e não o poder — de convocar; diversamente, os funcionários que titulem cargos para os quais esteja determinado, nas especificações, período normal inferior a 33 horas por semana, poderão ser convocados para trabalhar no regime previsto na letra "A" do art. 5.º da Lei n.º 4.937, ou "ex-officio" ou por solicitação do interessado, comprovada a necessidade do serviço. Na última hipótese, o ato administrativo de convocação situa-se na área dos atos discricionários, cabendo à administração julgar da oportunidade e conveniência da medida, para exercer, ou deixar de fazê-lo, a "facultas" que a lei lhe deferiu. A convocação decorrente da discrição administrativa poderá, ainda, atingir apenas um funcionário ou endereçar-se a grupo limitado de servidores integrantes de uma mesma categoria funcional, com exclusão dos demais, caso em que sòmente o funcionário ou os funcionários convocados perceberão a gratificação respectiva. Em contraste, abrangendo a convocação legal ou automática a todos os "ocupantes de cargos cujas especificações indiquem horário de trabalho de 33 horas semanais", a gratificação correspondente há de ser paga, também, à totalidade dos funcionários nessa situação sendo ainda atribuída a vantagem pecuniária de forma permanente. Na verdade, a convocação automática não pode cessar por ato administrativo especial, ao inverso do que ocorre com a convocação decorrente de exercício de poder discricionário, pois aquela deriva diretamente da própria lei, a qual, se estabeleceu para algumas categorias funcionais o regime de 33 horas como período normal de trabalho por semana, outorgou-lhes, como compensação, benefício duradouro de natureza patrimonial, que há de subsistir enquanto fôr exigido para os titulares dêsses cargos o horário de trabalho que atualmente lhes é impôsto, ou até que nova lei disponha diferentemente."

10. Ainda mais explícito com referência à natureza da chamada "convocação automática", e da "gratificação em que implicava", foi o Parecer n.º 6 do Sr. Consultor-Geral do Estado (D. O. de 26-7-65), aprovado pelo Senhor Governador do Estado, do qual passo a transcrever os tópicos que me parecem mais significativos para o desate do problema:

"a) Convém agora acrescentar que o regime de trinta e três horas de trabalho, a que estão submetidos os ocupantes de cargos enquadrados na regra do art. 7.º, § 1.º, é o seu **horário normal** de atividade funcional, nos têrmos do art. 27 da Lei n.º 4.937. Logo, muito embora esteja regulada essa parcela de sua retribuição pecuniária, pelo mesmo dispositivo legal e sob comum **nomen juris,** vale esclarecer que, na espécie do art. 7.º, § 1.º, não se trata de prestação de serviço extraordinário, em sentido próprio, e, por via de conseqüência, a gratificação, que lhe corresponde, não se pode entendê-la vinculada ao exercício de labor funcional, **além do horário normal, ou do expediente ordinário.** Pressuposto da gratificação por serviço extraordinário é a existência de um certo expediente regular, que, prorrogando-se, confere, em decorrência, título à gratificação aludida. Ora, na hipótese do art. 7.º, § 1.º, inocorre prorrogação alguma do horário normal por semana, a que estão sujeitos os ocupantes dos cargos nêle previstos. Não caberia, assim, tècnicamente, considerar o acréscimo, que lhe está assegurado pelo dispositivo em causa, qual contraparte por serviço extraordinário. Êste, de resto, por natureza, há de ter-se por **temporário** e não de índole **permanente**, sendo ditada a convocação dos servidores por razões de **conveniência do serviço.**

b) Dessarte, a gratificação, na hipótese do art. 7.º, § 1.º, não se reveste da mesma índole e significação da que se atribui aos funcionários em regime de tempo integral, de dedicação exclusiva, ou mesmo de trinta e três horas, em se tratando, aqui, de ocupantes de cargos do Nível Superior, cujas especificações de classe indiquem horário normal de trabalho de, apenas, vinte e duas horas por semana. Representa a gratificação em tela, concernentemente à espécie do art. 7.º, § 1.º, dessa maneira, valor de caráter integrativo do vencimento dos cargos nêle compreendidos, retribuição nìti-

damente estipendial, atribuída ao funcionário, em virtude, precisamente, do cumprimento regular de seu horário normal de trabalho. Para os cargos enquadrados no art. 7.º, § 1.º, previu a Lei n.º 4.937, de par com o quantitativo atinente ao padrão fixado no art. 2.º, mais a importância de que cogita o art. 12, titulada de gratificação.

c) Com efeito, conforme ficou analisado atrás (itens 7 a 9), a vantagem em foco, embora sob **nomen juris** de gratificação, — **em se tratando da hipótese do art. 7.º, § 1.º**, da Lei em aprêço, equivale a fórmula de vencimento, importando ser considerada, nesse caso, como parcela integrativa permanente do estipêndio dos cargos abrangidos pela norma legal em alusão.

De outra parte, essa vantagem vem de ser instituída, através da Lei de reajustamento geral do funcionalismo público civil do Estado (Lei n.º 4.937/65), e representa para os servidores ocupantes dos cargos, de que cogita o art. 7.º, § 1.º, em análise, **aumento permanente de estipêndio** . Além disso, a majoração promovida pelo Estado nos ganhos dos funcionários, na forma da Lei em aprêço, decorreu da alteração do poder aquisitivo da moeda.

Dessa sorte, portanto, não há como desconsiderar, ao ensejo da revisão de proventos dos que se inativaram em cargos enquadrados no âmbito do art. 7.º, § 1.º, da Lei 4.937/65, essa parcela do aumento ocorrido, em favor dos atuais ocupantes dêsses cargos.

d) Tal conclusão indeclinável, porém, **sòmente vale, na hipótese do art. 7.º, § 1.º**. Os que se encontram inativados em situação não suscetível de compreender-se na norma **legis** em foco não fazem jus a ver revisados seus proventos, incluindo qualquer valor concernente à gratificação prevista no art. 12, por fôrça dos regimes especiais de trabalho introduzidos pelos arts. 5.º e seguintes, da Lei n.º 4.937/65. Salvo na modalidade de **convocação automática** (art. 7.º, § 1.º), não possui a gratificação de que trata o art. 12, caráter de estipêndio, nem é conferível, de maneira permanente, mas, apenas, temporàriamente, dependendo a convocação da conveniência do serviço. Não há, assim, nesses casos, ver-se forma de vencimento, na eventual gratificação porventura percebida pelos funcionários, que venham a ser convocados para êsse regime de trabalho, (que não são os definidos como horários normais de exercício, de conformidade com as especificações de classe respectivas)".

11. É, portanto, irrecusável que a administração estadual, ao adotar essas razões, orientou-se no sentido de considerar a chamada "gratificação", nos casos de convocação automàtica, eomo parte dos vencimentos, desprezando o **nomen juris** estampado no texto legal, para perquirir da real e exata natureza jurídica da vantagem que era outorgada a determinada classe de funcionários. E só depois de fixada e aceita a premissa de que os funcionários, a que aludia o art. 7.º, § 1.º, da Lei n.º 4.937, em verdade não recebiam "gratificação" pelo desempenho de atividade em regime de 33 horas, pois êsse era o seu horário **normal** de trabalho, é que foi possível tirar-se a conclusão de que os Assessôres Administrativos inativados antes do advento da Lei n.º 4.937 tinham direito a somar a seus proventos valor igual ao do benefício que a mesma lei concedia aos funcionários automàticamente convocados.

12. Mas note-se que tal acréscimo — como foi enfàticamente salientado no Parecer n.º 6 — só poderia realizar-se por via de **revisão de proventos** e não por extensão aos inativos de vantagem nova que a Lei n.º 4.937 houvesse criado. Em outras palavras, os Assessôres Administrativos só tiveram sua pretensão atendida, neste particular, porque a administração considerou a "gratificação" **como aumento de vencimento**, e não como gratificação em sentido próprio.

13. Gratificação verdadeira, autêntica ou em sentido próprio, eram as vantagens percebidas pelos funcionários convocados por ato discricionário da administração, em razão da conveniência do serviço, para prestar trabalho além do horário normal consignado nas especificações de suas respectivas classes.

Com referência a tais funcionários, a Lei n.º 4.937 não autorizou que tivessem seus proventos aumentados pelo acréscimo de parcela relativa à gratificação que passaram a perceber os funcionários em atividade, quando convocados para prestação de serviço nos regimes especiais "B" e "C".

O art. 69, que declarava serem as disposições contidas na Lei n.º 4.937 "extensivas aos servidores inativos, inclusive os ferroviários, na conformidade da legislação que lhes é própria", não abrangia essa situação, pois as gratificações autênticas por prestação de trabalho em regime especial constituíam-se em vantagem nova, em benefício criado e introduzido pela própria Lei n.º 4.937, e que só poderia favorecer, na aposentadoria, àqueles funcionários que as houvessem percebido por cinco anos consecutivos ou dez intercalados, exigindo-se, ainda, que o servidor se encontrasse vinculado a um dêsses regimes, no instante da inativação.

Como muito bem evidenciou o Parecer n.º 6 do Sr. Consultor-Geral do Estado, se as gratificações vinculadas aos regimes especiais de trabalho, desde que não decorressem de convocação automàtica, eram vantagens novas, desconhecidas pela legislação anterior, tornava-se impossível jurìdicamente estendê-las, nos têrmos do § 6.º do art. 12, aos servidores já inativados, não servindo, portanto, a norma do art. 69 para afastar o princípio consagrado de que a aposentdoria rege-se pela lei do tempo em que se compuserem todos os pressupostos para a sua concessão.

Na mesma linha do Parecer n.º 6 seguiram os Pareceres n.º 7.331 (D. O. de 10-1-68) e n.º 7.336 (D. O. de 9-1-68), do Conselho do Serviço Público.

14. Estando assente, na jurisprudência administrativa estadual, que a "gratificação" percebida pelos funcionários que se encontravam na situação prevista no art. 7.º, § 1.º, da Lei n.º 4.937, não era realmente gratificação, mas sim uma parcela de seus vencimentos, disfarçada pela atribuição infeliz de um **nomen juris** impróprio, cumpre agora verificar de que modo se harmoniza êsse entendimento com os preceitos contidos na Lei n.º 6.193, uma vez que tal provimento legislativo extinguiu o regime de 33 horas semanais, quer como regime especial, como já foi assinalado, quer como regime normal de efetivo trabalho, embora, nesta última parte, apenas no que toca aos cargos técnico-científicos do padrão 15.

15. A extinção do regime de 33 horas como regime normal de efetivo trabalho, para os cargos técnico-científicos do padrão 15, resulta do art 1.º, § 2.º, da Lei n.º 6.193, que assim se enuncia:

"Para efeito de avaliação do trabalho dos cargos técnico-científicos do padrão 15, considerar-se-á o efetivo exercício de 22 horas semanais na repartição equivalente ao regime de 33 horas semanais, fixadas no presente artigo."

Tal regra, na verdade, como é fácil de ver, fixou em 22 horas por semana o regime normal de trabalho **efetivo** de todos os funcionários ocupantes de cargos técnico-científicos do padrão 15. Os que antes trabalhavam efetivamente 33 horas por semana passaram a trabalhar, realmente, apenas 22 horas, resultando de uma ficção legal a equivalência ao regime antigo de 33 horas, como está explícito na lei.

16. Qual, porém, a conseqüência prática dessa valorização especial do tempo de trabalho prestado pelos titulares de cargos técnico-científicos do padrão 15? Talvez se alegue que a ficção legal não teria sentido, dada a extinção do regime de 33 horas como regime especial. Apesar das 22 horas de trabalho real valerem 33, tal circunstância não outorgaria ao funcionário nessa situação nenhuma vantagem, pois, no sistema da Lei n.º 6.193, quem trabalha 33 horas por semana não faz jus a qualquer gratificação.

17. O tempo ficto acrescentado ao trabalho efetivo dos funcionários técnico-científicos do padrão 15 tem como efeito a peculiaridade de que, quando convocados êsses servidores para o regime especial de trabalho, designado como regime "A" na Lei n.º 6.193, deverão êles trabalhar **efetivamente** apenas 33 horas para completarem as 44 horas por semana que caracterizam aquêle regime. A contagem será feita do seguinte modo:

22 horas (tempo real) + 11 horas (tempo ficto) + 11 horas (tempo real) = 44 horas.

18. Mas, das inovações introduzidas pela Lei n.º 6.193, a que tem imediato interêsse para o deslinde da questão em exame é a que diz respeito à redução do horário normal de efetivo trabalho dos ocupantes de cargos de Assessor Administrativo.

19. Os Assessôres Administrativos estavam, no sistema da Lei n.º 4.937, submetidos ao regime normal de 33 horas de trabalho semanal. Pelo desempenho de atividade nesse regime percebiam **vencimentos**, uma parte dos quais foi impròpriamen-

te chamada de gratificação. O êrro na atribuição do **nomen juris** não altera a substância da figura ou do instituto jurídico. O que é, em verdade, vencimento, por natureza ou essência, não se mudará em gratificação, pela circunstância meramente externa, secundária e acidental de ter sido esta a designação usada em texto de lei.

20. Agora, no entanto, o horário normal dos Assessôres Administrativos passou a ser o de 22 de horas de trabalho **efetivo** por semana. Ninguém discutirá o poder da administração de alterar os horários de trabalho, sem que dessas modificações derivem direitos subjetivos para os funcionários, quer quanto à manutenção do regime anteriormente vigorante, quer quanto a alterações no tratamento pecuniário. Note-se, contudo, que os vencimentos percebidos pelos Assessôres Administrativos, em conformidade com o disposto no art. 1.º da Lei n.º 6.193, são ainda superiores aos que percebiam anteriormente, mesmo computando-se a impròpriamente chamada "gratificação", decorrente da convocação automática. Numa palavra, os Assessôres Administrativos tiveram, ao mesmo tempo, reduzido o seu horário normal e aumentados os seus vencimentos. Apenas eliminaram-se as malfadadas "convocações automáticas" e a "gratificação" delas decorrente, realizando-se, neste aspecto, (e só neste) um aperfeiçoamento do sistema da Lei n.º 4.937.

21. Sob a Lei n.º 6.193, uma vez que o horário normal de efetivo serviço dos titulares de cargos técnico-científicos do padrão 15 é de 22 horas, equivalentes a 33 horas semanais, para que percebam a gratificação pelo regime especial "A" (44 horas semanais = 33 horas **reais** por semana), é necessário que sejam convocados pela administração. Tal ato de convocação, dependendo de razões de oportunidade ou conveniência, tem índole discricionária. Efetivada a convocação do servidor, o que fôr por êle percebido, em virtude do aumento de trabalho em regime de carga horária maior do que o regime normal, terá a indiscutível natureza de gratificação.

22. Êsse benefício, que é gratificação em sentido próprio, típica ou autêntica, para os servidores que no sistema da Lei n.º 4.937 haviam sido automàticamente convocados é **vantagem nova,** e que só será computável nos proventos da aposentadoria daqueles funcionários que, inativados após a Lei n.º 4.937, permanecerem vinculados por cinco anos consecutivos ou dez intercalados ao regime especial respectivo.

23. Caberia, no entanto, aos Assessôres Administrativos já aposentados direito adquirido a continuar computando no cálculo de seus proventos a "gratificação" derivada da "convocação automática", estabelecida na Lei n.º 4.937?

Tendo em vista que essa gratificação, como reiteradamente se afirmou, em consonância com a jurisprudência administrativa do Estado, é parcela de vencimentos — tem a natureza e a índole de vencimentos — a resposta só poderá ser pela negativa.

É indiscutível a possibilidade que tem a administração de reduzir os vencimentos de seus servidores, com a única ressalva de que deverá proceder, em tais casos, isonômicamente.

Na espécie, porém, não houve redução de vencimentos, nem, por igual, redução dos proventos dos inativos, pois os valores instituídos pela Lei n.º 6.193, para os diferentes padrões, superam os valôres dos proventos dos funcionários aposentados, mesmo levando em conta a parcela relativa à "gratificação" decorrente da "convocação automática".

Variando os têrmos, teremos que essa parcela foi absorvida pelos vencimentos, corrigindo-se, ao mesmo tempo, o êrro de chamar de "gratificação" o que, por todos os seus traços caracterizadores, era simplesmente vencimento.

Torna-se claro, pelo exposto, que os inativos não tiveram qualquer prejuízo, nem lhes foi retirada de seu patrimônio jurídico qualquer vantagem que a êle tivesse sido incorporada definitivamente, **pro labore facto**, pois os direitos de que sejam eventualmente titulares não têm por objeto a designação, o rótulo ou o nome, mas se prendem à natureza mesma da vantagem.

Os direitos que o funcionário adquire ao aposentar-se, são, substancialmente, os de não perceber, no futuro, proventos inferiores aos estabelecidos no instante da inativação

Respeitado êsse ponto, nada importa que a lei nova altere o nome das parcelas que integram o cálculo dos proventos, muito menos ainda quando essa alteração implica em corrigir um equívoco manifesto, qual seja o de confundir gratificação com vencimento. De tais modificações ou correções não poderá nunca resultar violação de direito subjetivo.

Ora — diga-se pela última vez — o que fêz a Lei n.º 6.193 foi chamar de vencimento o que era vencimento e de gratificação o que era gratificação, coisas que apareciam confundidas e baralhadas na Lei n.º 4.937.

A Lei n.º 6.193, em verdade, não extinguiu a "gratificação" anteriormente percebida pelos funcionários convocados automàticamente, pela razão fácil de que gratificação jamais existiu: ela tão-sòmente trocou o nome de "gratificação" — que era um equívoco — pelo de vencimento, passando êste a ser atribuído aos servidores, não mais em duas parcelas (vencimento + "gratificação"), como ocorria na Lei n.º 4.937, mas sim unitàriamente, como sempre deveria ter sido.

24. Mas, ainda que se admitisse que a "gratificação" decorrente da convocação automática era a vantagem autônoma e distinta dos vencimentos, ainda assim seria duvidosa a existência de direito adquirido pelos funcionários aposentados a que alude a consulta, diante da orientação do STF, no caso da gratificação de magistério e de nível universitário, como se vê no acórdão unânime da 1.ª Turma, do qual foi relator o Ministro DJACI FALCÃO:

> "O acórdão recorrido entendeu que extintas as gratificações de magistério e nível universitário, por fôrça da Lei n.º 4.345, de 1964, que criou outros níveis de vencimentos, o professor aposentado deixa de percebê-las a partir da sua vigência. Entende, contudo, o recorrente que houve ofensa a direito adquirido.
>
> Em princípio, o servidor sujeito ao regime estatutário, não tem direito à mutabilidade de vencimentos ou mesmo à permanência de qualquer vantagem. Por outro lado, se os proventos da inatividade são regulados pela lei vigente ao tempo da aposentadoria, isso não significa impossibilidade de revisão prevista em lei.
>
> Não há cogitar de ofensa a direito adquirido, inclusive porque, conforme observa o respeitável aresto, a lei nova concedeu aumento que compensou a extinção das gratificações. É de se considerar que a mesma se estende aos inativos, não só quanto à extinção das gratificações, mas também no que se relaciona à atualização dos proventos (art. 21, n.º 7, que faz remissão à Lei n.º 2.622)." (in RDA, vol. 104, págs. 163/164)

Para rumos semelhantes aos seguidos nessa decisão apontou também o STF, no famoso mandado de segurança dos marechais

que pretendiam ver resguardada, pelo princípio da proteção ao direito adquirido, a equiparação aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que lhes fôra reconhecida no instante da reforma. (RJT, vol. 41, pág. 10 e segs.)

25. Tira-se, do que foi aqui aduzido, em conclusão:

a) a gratificação, na hipótese do art. 7.º, § 1.º, da Lei n.º 4.937, tinha a natureza de vencimentos, como sempre foi reconhecido pela jurisprudência administrativa estadual;

b) por ser tal vantagem considerada como vencimento é que a administração levou-a em conta na revisão de proventos de funcionários anteriormente à Lei n.º 4.937;

c) a Lei n.º 6.193 apenas operou uma correção vocabular ou de nomenclatura: englobou nos vencimentos o que na Lei n.º 4.937 impròpriamente se designava por gratificação;

d) tal correção não feriu, como é óbvio, nenhum direito adquirido, mas foi apenas o reconhecimento, em texto de lei, de uma interpretação que a administração já adotara e que favorecera funcionários que se aposentaram antes da Lei n.º 4.937;

e) de resto, os proventos dos inativos, ao serem calculados com base nos Padrões instituídos pela Lei n.º 6.193, serão superiores aos proventos que vinham percebendo, mesmo computada a "gratificação" decorrente da "convocação automática". Não sofreram os aposentados, por conseguinte, qualquer prejuízo ou diminuição no tratamento pecuniário que lhes vinha sendo dispensado.

Pôrto Alegre, 31 de agôsto de 1971.

Almiro do Couto e Silva
Consultor Jurídico

PARECER N.º 953/DAJ

IMPEDIMENTO DO PREFEITO — Sua substituição será feita, "in casu", pelo Vice-Prefeito ou pelo Presidente da Câmara de Vereadores, sucessivamente.

O Município de Barra do Ribeiro, através do ofício chancelado pelo Sr. Prefeito, envia a esta Consultoria Geral a seguinte consulta, "in verbis";

"a) Quem por direito assume o Executivo no caso do titular entrar em férias ou viajar?
b) Tem continuidade as férias com a viagem?
c) Em caso de recesso da Câmara de Vereadores?"

1. As questões acima propostas são daquelas que, jugamos, não exigem maiores indagações jurídicas, pois configuram, claramente, caso típico de **impedimento** do Prefeito.

E, na espécie, a doutrina, e bem assim, o "modus operandi" em tôdas as comunas brasileiras são rigorosamente uniformes, isto é, sempre que se der o impedimento do Chefe do Poder Executivo seu substituto será o Vice-Prefeito, em primeiro lugar e, a seguir, o Presidente do Legislativo Municipal. Ademais, a Lei Orgânica daquele município expressamente contempla êsse preceito:

> "Art. 44 — Em caso de vaga ou impedimento temporário do Prefeito, assumirá a administração o Vice-Prefeito, e não o fazendo êste, o Presidente da Câmara de Vereadores, até o término do mandato ou a cessação do impedimento."

2. O fato de o Prefeito estar em gôzo de férias ou a serviço do município, em viagem fora do território municipal, é questão de todo irrelevante, pois, em ambos os casos, trata-se de simples **impedimento,** devendo-se observar a regra geral de substituição.

Por igual, se as férias do Prefeito se confundirem no tempo, com viagem empreendida não há, de modo algum, figura nova, mas sim, **impedimento.** O processo de substituição, "in casu", é o do art. 44 da Lei Orgânica.

3. A hipótese da Câmara se encontrar em recesso não tem significado expecífico para o problema proposto, passando a interessar apenas no caso de **viagem do Prefeito,** se a licença ainda não tiver sido concedida pelo Legislativo, quando, então, deverá ser convocada extraordinàriamente para tal fim.

4. Do exposto, concluimos:

a) Quando o Chefe do Executivo Municipal entrar em férias, ou viajar para fora do município, será substituído pelo Vice-Prefeito ou pelo Presidente **em exercício** da Câmara de Vereadores, respectivamente;
b) Encontrando-se a Câmara em período de recesso, se o Prefeito desejar obter licença para fins de viagem deverá, necessàriamente, convocar aquêle Órgão para deliberar a respeito.

É o parecer, "sub censura".

Pôrto Alegre, 12 de dezembro de 1969.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1009/CGE

PRESIDÊNCIA DE CÂMARA DE VEREADORES. É mandato indissolúvel o decorrente do "status" de vereador, sendo que extinto êsse extingue-se automàticamente aquêle. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. Sòmente se configura na desobediência às "diretrizes legìtimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária" (art. 152, item VIII, parágrafo único, da Constituição Federal)

O Sr. Prefeito Municipal de Marcelino Ramos, através de ofício endereçado a esta Consultoria-Geral, visando à obtenção de parecer, historia fatos que passamos a sintetizar:

Que a Câmara de Vereadores daquele município é composta de nove edis, respectivamente cinco pertencentes à ARENA e

quatro ao MDB, sendo que na última eleição da Mesa, ocorrida em 22 de dezembro de 1969, o segundo suplente da ARENA em exercício, Sr. N. K., teria contrariado determinação partidária somando seu voto aos quatro da oposição e, assim, elegendo-se Presidente daquela Casa.

Acresce, todavia, que dias após, mais precisamente a 31 do mesmo mês e ano, o primeiro suplente também da ARENA, Sr. E. M., quando da realização de uma reunião extraordinária, assumiu o mandato de vereador invocando seu direito preferencial na escala das suplências e, por via de conseqüência, deslocando do âmbito daquele Legislativo o segundo suplente então eleito Presidente, o qual disso fôra devidamente cientificado. Após, na reunião ordinária daquela Câmara, realizada a 2 de fevereiro do corrente ano, a bancada do MDB, então majoritária com a adesão do segundo suplente, Sr. N. K., entendeu mantê-lo na Presidência e, mais, fêz cessar o exercício do mandato do primeiro suplente, Sr. E. M., num clima onde compareceu até a polícia.

Apresentados os fatos acima suscintamente narrados, quer o consulente saber:

> "1.º) Se de acôrdo com o art. 30, parágrafo único, letra h, da Constituição Federal pode ser anulada a aludida eleição da Mesa da Câmara;
> 2.º) Em caso negativo, se será lícito ao Sr. E. M. reassumir o mandato;
> 3.º) Em caso afirmativo, como se deve proceder com o Sr. N. K. e quais as penalidades cabíveis;
> 4.º) Se poderia o Sr. N. K. ter solicitado a presença da polícia para garantir sua posse na Presidência."

Até aqui o relatório.

II — O aspecto inicial da "quaestio" que deverá sofrer análise é, por sem dúvida, aquêle que demanda se proceda a exegese do art. 30, parágrafo único, letra h, da Carta Política de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. E, nesse passo, comecemos por transcrever o aludido preceito:

"Art. 30 ...

.....

Parágrafo único. Observar-se-ão as seguintes normas regimentais:

.....

h) Será de dois anos o mandato para membro da Mesa de qualquer das Câmaras, proibida a reeleição".

Temos para nós, que não padece a mais tênue dúvida quanto à regra restritiva ali inserida. Não se há de interpretar tal mandamento como aplicável à generalidade, pois que deflui cristalina de seu texto sua aplicabilidade apenas no âmbito das Câmaras Congressuais, isto é, Câmara dos Deputados e Senado Federal. Seu efeito, portanto, há de se exaurir nessa única área, porque se fôsse vontade dos feitores da Lei Maior fazê-lo atingir os Estados e os Municípios teriam, expressamente, consignado tal em dizendo que "será de dois anos o mandato para membros da Mesa de qualquer das Câmaras, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores". Mas, ao invés, o que dizem é que "para qualquer das Câmaras", vale dizer, óbvia e irretorquìvelmente, sòmente para as Câmaras Alta e Baixa é que o mandato do membro da Mesa será de dois anos.

De outra parte, inaceitável seria tomar-se o preceito como de caráter geral, interpretando-se o mesmo como constituindo um "princípio constitucional geral", e, por isso, encerrando adoção coercitiva por parte dos Estados e Municípios. Resta tão sòmente se induzir, da letra expressa da Lei, que as Assembléias Legislativas e as Câmaras de Vereadores ficam com a faculdade de decisão, na espécie, inscrevendo em seus Regimentos a norma que melhor se ajuste as suas realidades, jamais estando obrigadas a repetir o preceito federal.

Feitas essas considerações, não podemos ver onde a existência de razão para aplicar o dispositivo constitucional aludido, a fim de pretender anular a eleição de que aqui se trata. Dito pleito, a nosso juízo, realizou-se legalmente, sendo seus efeitos elementos constitutivos de direito. Mas não se infira, "a priori", que inexistem, assim, situações a corrigir, pois o problema de logo emergente é o da assunção do primeiro suplente, Sr. E. M., e, de conseqüência, a cessação do exercício do mandato do segundo suplente, Sr. N. K.

III — Inicialmente, considerando que a Câmara de Vereadores decidiu pela ilegalidade da reunião extraordinária, quando e onde assumiu o primeiro suplente da ARENA, e considerando, mais, ter sido impedido dito suplente de continuar no exer-

cício do mandato, devemos, de imediato, asseverar que tal procedimento foi de todo errôneo.

Ora, como se inquinar de ilegal a reunião antes mencionada se a mesma teve, conforme consta do prosente processo, sua convocação feita nos estritos têrmos da lei? Sua realização, por igual, se efetivou obecedendo os cânones regimentais e, no que concerne com o assunto que constituiu a "ordem do dia" teve êsse solução que, da fé da ata dos trabalhos, transformou-se em deliberação plenamente legal. Assim, obrigamo-nos pelo entendimento de que "houve" a dita reunião extraordinária e o que nela se deliberou tem validade inconteste.

Do recém exposto, há de forçosamente ser concluído que o primeiro suplente da ARENA, Sr. E. M., assumindo seu mandato nessa reunião da Câmara o fêz legìtimamente. Aduza-se ainda, que a não ser na primeira vez que assume o mandato, quando deverá prestar perante o Plenário o compromisso de praxe, o titular ou o eventual detentor de um mandato legislativo poderá assumir suas funções a qualquer momento, mediante mera comunicação à Mesa do Órgão, sem a exigência dêsse estar reunido. Torna-se, assim, irrelevante a questão, se o citado primeiro suplente já havia assumido anteriormente.

Vê-se já, de conseguinte, que a partir do exato momento em que o primeiro suplente assumiu, o segundo suplente que em exercício se achava teve seu afastamento inelutàvelmente configurado, não podendo mais participar dos trabalhos da Câmara e, muito menos, ter ingerência nas decisões da Mesa.

Parece-nos demonstrável "per se" que quem perde um "status" não pode revestir autoridade que deflua única e exclusivamente dessa mesma condição. E, "in casu", o segundo suplente da ARENA, Sr. N. K., então Presidente da Câmara Municipal, quando foi destituído do mandato de vereador pela assunção do primeiro suplente, Sr. E. M., teve acarretada, inapelàvelmente, a perda do cargo de Presidente do Legislativo.

E face essa ressaltante realidade, exclusivamente cabia à Câmara empossar o primeiro Vice-Presidente na Presidência e, de pronto, deligenciar na eleição do nôvo titular para tal cargo, não sofrendo o Órgão, dêsse modo, solução de continuidade quanto a sua Direção. É bem de ver-se, que a medida ora invocada é a insubstituível, como definitiva, sendo urgente sua aplicação a fim de ilidir a anomalia da situação.

IV — Focando, agora, a atitude do Sr. N. K. que, segundo concebe o consulente, teria praticado "infidelidade partidária", imperioso se nos torna a análise dêsse nascente instituto político-jurídico, inscrito através do art. 152, item VIII, parágrafo único, da Constituição Federal.

Nesse campo quase ignoto incursionou, de forma longa e profunda, o esclarecido consultor Dr. José Hugo V. Castro Ramos, quando elaborou o Parecer n.º 995/DAJ, de 15 de dezembro de 1969. Ali, o autor visualiza o conteúdo e a extensão da denominada "fidelidade partidária", chamando-nos a atenção para o que sejam "diretrizes legìtimamente estabelecidas" e quem as pode estabelecer. A nosso ver, diz o autor, "seriam as orientações discutidas e fixadas pelo Diretório Municipal, com obediência aos dispositivos legais pertinentes..."

Ora, na espécie, tratando-se de eleição para composição de Mesa de Câmara de Vereadores, há de se indagar, "ab initio", se é matéria que envolve seguimento de diretrizes estatuto-partidárias, pois tal pressuposto nos parece deva ser cumprido a fim de que se contemple o caráter de legitimidade que a lei nomeia. Dizendo a Carta Magna Federal "diretrizes **legìtimamente** estabelecidas está, indubitàvelmente, condicionando sua adoção à disposições legais que emprestem "legitimidade" as orientações dos Órgãos Partidários.

Assim, entendemos que refoge à autoridade do Diretório Municipal obrigar vereador a votar, para membro da Mesa, nessa ou naquela pessoa.

Não é, induvidosamente, matéria que reclame obediência à diretrizes partidárias, pois no assunto, de fôro íntimo, "legem non habemus". Ademais, o voto na hipótese versada foi secreto e, por isso, ressalta o direito que teve o parlamentar de sufragar quem lhe indicou a consciência e sòmente ela. É êsse, em tese, é um direito que impede, irretorquìvelmente, a coexistência de um outro obrigando em sentido oposto, pois senão seria a "aberratio" do "legítimo direito" ser preterido pelo "ilegítimo arbítrio".

Em consonância com o que vimos de afirmar, portanto, jamais poderá, "in casu", se configurar o delito de "infidelidade partidária, sendo por tal atitude, conseguintemente, ininputável no plano legal o vereador que tenha votado, em eleição de Mesa de Câmara, em candidato que não o "indicado" pelo seu Partido. Assim, "concessa venia", ao vereador N. K. não poderão ser aplicadas penalidades, pela presumível ação de não ter votado segundo orientação partidária. O que se deve, todavia, é analisar sua conduta subseqüente e, se fôr o caso, ser enquadrado no que estatui o art. 152, item VIII, parágrafo único, da

Constituição Federal, na parte que diz "deixar o partido sob cuja legenda foi eleito".

V — Finalmente, passemos a indagar sôbre o comparecimento da polícia à Câmara, por solicitação do então seu Presidente eleito, com a finalidade de lhe garantir a posse.

O aspecto mais relevante do fato, parece-nos, é o de saber-se se a polícia exerceu ação decisória na ocasião, pois que se assim agiu praticou ato indébito e até arbitrário, isso porque o assunto era tìpicamente "interna corporis" não podendo jamais receber interferência policial. A polícia, em ali comparecendo, poderia agir legìtimamente num único sentido: no caso de tentar impedir ou fazer cessar conflito, mas nunca para decidir e garantir a aludida posse.

Se a polícia, portanto, foi solicitada para o fim específico da manutenção da ordem com vistas a evitar conflito físico, sua ação foi legítima e quem a solicitou bem agiu também.

VI — Face às considerações retro expendidas, concluímos:

1.º) É inaplicável, na espécie, por inadequada a norma constante do art. 30, parágrafo único, letra h, da Constituição Federal;

2.º) O primeiro suplente, Sr. E. M., de pleno e incontestável direito poderá reassumir seu mandato, devendo ser afastado o segundo suplente, Sr. N. K.;

3.º) Tomando-se em consideração sòmente o ato de ter o vereador, Sr. N. K., votado divergentemente de sua bancada, quando da última eleição da Mesa da Câmara, não são cabíveis medidas punitivas. Na hipótese, porém, do mesmo ter abandonado o partido sob cuja legenda foi eleito, poder-se-á aplicar as sanções previstas no art. 152, item VIII, parágrafo único, da Constituição do Brasil;

4.º) A solicitação da polícia, se no sentido de não permitir clima gerador de conflito físico, foi ato legítimo. Se com o fito de decidir ou influir na decisão da Câmara e garantir a aludida posse, foi procedimento condenável e ilegal e, dêsse modo, òbvamente, não gerou efeitos legais.

É o parecer "sub censura."

Pôrto Alegre, 24 de março de 1970.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1918/CGE

VEREADOR — CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE. É matéria da competência do Município. Deve constar na Lei Orgânica e no Regimento Interno da Câmara. VEREADOR — EXTINÇÃO DO MANDATO nos têrmos do Decreto-Lei n.º 201, de 27-2-67 (art. 8.º, III, § 1.º e 2.º). CONVOCAÇÃO DO RESPECTIVO SUPLENTE. Deve ser feita imediatamente pelo Presidente da Câmara.

O Sr. Presidente da Câmara Municipal de São Jerônimo, através de ofício datado de oito de junho do corrente, endereça duas consultas a êste Órgão, as quais seguem assim enunciadas:

> "a) no caso de um Vereador entrar em licença, poderá ser convocado para assumir a vereança seu suplente imediato?
>
> b) se um Vereador faltar a cinco (5) sessões consecutivas, sem qualquer justificativa, perdendo dêsse modo seu mandato, deverá ou não ser convocado o suplente imediato?"

2.º) Ao deslinde da primeira questão, importa apreciar, inicialmente, como vem regulada a mecânica da substituição de parlamentares nas três esferas nacionais: federal, estadual e municipal.

Na órbita federal, o constituinte, dando claro entendimento de que se trata de matéria de organização do Estado, não deixou nenhuma margem de decisão às Câmaras, Alta e Baixa, disciplinando exaustiva e cabalmente o "modus operandi" quanto à substituição de senadores e deputados.

Fê-lo categòricamente, através do parágrafo primeiro do art. 36 da Constituição Federal, nestes incisivos têrmos:

> "Dar-se-á convocação de suplente apenas no caso de vaga em virtude de morte, renúncia ou investidura na função de Ministro de Estado..."

Inovou acentuadamente nessa matéria a vigente Carta Federal. Não mais haverá convocação de suplente de senador e de

deputado federal nos casos mais comuns de licenciamento: licença para tratamento de saúde e licença para tratamento de interêsses particulares.

No que tange à aplicação do princípio da substituição parlamentar, no âmbito dos Estados-membros, tendo a Constituição da República silenciado sôbre a espécie, inequívoco se tornou que a competência para legislar restou aos constituintes estaduais, como decorrência de nítido poder remanescente, consoante a regra do art. 13, § 1.º, do Estatuto Maior da Nação:

> "Aos Estados são conferidos os podêres que, explícita ou implìcitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição."

Respaldados constitucionalmente, pois, os Estados-membros hão de inscrever e regular êsse preceito nas suas Constituições, seguindo, de resto, a compreensão federal de que a espécie configura matéria de organização estadual.

Nessa linha de ação, o legislador-constituinte, no nosso Estado, v. g., abroquelado ainda pela norma do art. 13 da Carta Federal (Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições que adotarem...), esgotou o disciplinamento do princípio da substituição dos deputados estaduais, vedando incontroversamente qualquer manifestação legal ou regimental modificativa nesse campo.

Os arts. 20 e 21 da Carta Rio-grandense assim abrangem a hipótese "sub examine":

> "Art. 20 — Não perderá o mandato o Deputado investido na função de Ministro ou Secretário de Estado, Interventor Federal ou Prefeito da Capital.
>
> Art. 21 — Dar-se-á a convocação de suplente nos casos do artigo anterior, ou de vaga por morte ou renúncia."

Na área municipal, o trato dêsse assunto deverá, sem sombra de dúvida, incumbir ao Estado-membro, pois que é matéria de organização do Município; e é princípio assente que ao Estado-membro cabe o poder de plasmar os elementos orgânicos dêsse ente público.

De resto, outro não tem sido o procedimento nos Estados, exceção do Rio Grande do Sul, que é o único a adotar o regime das Cartas Próprias para seus municípios.

Aqui, o constituinte rio-grandense, em traçando as normas basilares onde se devam assentar as estruturas municipais, poderia, obviamente, ter regulado a substituição de vereadores no próprio bojo da Carta Estadual; mas, não o fazendo, quis deliberadamente deferir sua instituição e disciplinamento aos Municípios, através de suas Leis Orgânicas.

Repise-se, todavia, que sòmente no nosso Estado há viabilidade constitucional para que as Câmaras Municipais legislem sôbre a matéria em foco, mercê do regime das Cartas Próprias; já nas demais jurisdições políticas estaduais o poder para tal é tipicamente inerente ao Estado-membro, como inconfundível matéria de organização dos Municípios.

Nesse particular, leiamos o claro ensinamento de Hely Lopes Meirelles (in Direito Municipal Brasileiro — pg. 650):

> "As licenças serão concedidas atendendo-se ao disposto na lei estadual e no Regimento Interno da Câmara, não podendo exceder os prazos máximos fixados pelo Estado-membro. A Câmara não poderá legislar a respeito, uma vez que é matéria de organização dos Municípios e, como tal, da exclusiva competência estadual."

3.º) Escudando-nos nas razões até aqui invocadas, forçoso é que asseveremos, portanto, que no Rio Grande do Sul a licença a ser concedida a Vereador, bem como o conseqüente preenchimento da vaga temporária surgida, pelo suplente imediato, é matéria da competência municipal, devendo a mesma ser inscrita na Lei Orgânica e, também, podendo ser regulamentada no corpo do Regimento Interno da Câmara.

4.º) No que concerne à hipótese de convocação de suplente, quando resultar extinção de mandato de vereador por ausência a cinco sessões ordinárias consecutivas, sem qualquer justificativa, a solução a ser adotada é a expressamente contemplada no Decreto-lei n.º 201, de 27-2-67:

> "Art. 8.º — Extingue-se o mandato do vereador e assim será declarado pelo Presidente da Câmara, quando:

I — .....
II — .....
III — deixar de comparecer, sem que esteja licenciado, a cinco sessões ordinárias consecutivas, ou a três sessões extraordinárias convocadas pelo Prefeito para a apreciação de matéria urgente;
IV — .....

§ 1.º — Ocorrido e comprovado o ato ou fato extintivo, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, comunicará ao plenário e fará constar da ata a declaração da extinção do mandato e convocará imediatamente o respectivo suplente."

Vê-se, assim, que a fórmula da substituição do Vereador titular, quando ocorrida a extinção de seu mandato por falta a cinco sessões ordinárias consecutivas, vem exuberantemente inscrita na lei, não havendo motivo para incursões no campo da interpretação quanto à sua aplicabilidade.

A norma ali inserida é inequìvocamente cogente, sendo insuscetível de ser desprezada sua aplicação pela autoridade respectiva que, se omissa, será colhida pela sanção expressamente cominada, como fator a complementar a rigidez do preceito.

De fato, o § 2.º do mesmo art 8.º estratifica, indubitàvelmente, a cogência da aludida norma:

"§ 2.º — Se o Presidente da Câmara omitir-se nas providências do parágrafo anterior, o suplente do Vereador ou o Prefeito Municipal poderá requerer a declaração de extinção do mandato, por via judicial, e se procedente, o juiz condenará o Presidente omisso nas custas do processo e honorários de advogado que fixará de plano, importando a decisão judicial na destituição automática do cargo da Mesa e no impedimento para nova investidura durante tôda a legislatura."

Não há de se cogitar, portanto, sôbre a adoção de qualquer outro procedimento para a solução da "questio", senão aplicando o translúcido mandamento legal.

"In claris non fit interpretatio."

5.º) Estribados, de conseguinte, nesse todo antes exposto e que consubstancia realidades legais, concluímos:

a) a substituição de Vereador licenciado operar-se-á, exclusivamente, consoante prescrever a Lei Orgânica do Município, bem assim o Regimento Interno da Câmara;

b) declarado extinto o mandato do Vereador, nos têrmos do Decreto-lei n.º 201, de 27-2-67, isto é, por faltar a cinco sessões ordinárias consecutivas, deverá ser convocado imediatamente o respectivo suplente.

É o parecer "sub censura".

Pôrto Alegre, 4 de outubro de 1971.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1894/CGE

BRIGADA MILITAR. REVOGAÇÃO DE LEI. AVERBAÇÃO DE TEMPO FICTO. LICENÇA ESPECIAL. AUTORIDADE COMPETENTE PARA DEFERI-LA.
As vantagens, especialmente a aposentadoria, regulam-se, via de regra, pela lei vigente ao tempo de sua concessão. Revogada a lei que prodigalizava a contagem de tempo ficto, não pode, pelo mesmo princípio, prevalecer êste, quer esteja, ou não, averbado à data da revogação.
Segundo o art. 87 da Lei n.º 6.195/71, é o Senhor Comandante-Geral da Brigada Militar a autoridade competente para conceder a licença especial, prejudicadas as disposições legais em contrário.

Consulta o Senhor Secretário da Segurança Pública se as vantagens previstas nos arts. 74 e 129, parágrafo único, da Lei n.º 1.753/52 — antigo Estatuto dos Servidores da Brigada Militar — podem, ainda, ser concedidas aos Policiais Militares que

as solicitaram antes e, mesmo, aos que as solicitaram após a entrada em vigor do nôvo Estatuto, promulgado pela Lei n.º 6.195/71. Outrossim, deseja a mesma autoridade saber a quem cabe conceder, agora, a chamada licença especial, prevista no art. 86 desta última lei, vantagem esta que corresponde à antiga licença-prêmio, que era concedida, por delegação de competência, segundo os têrmos do Decreto n.º 16.439/64, pelo Titular da Secretaria consulente.

Com efeito, as vantagens a que se refere a primeira parte da consulta cifram-se, ambas, na contagem de tempo ficto, oriundo, ou da prestação de serviço considerado, outrora, perigoso ou insalubre (art. 74), ou da conversão, pelo dôbro, do tempo referente a férias não gozadas (art. 129, parágrafo único), por exigência do serviço.

É sabido que a simples averbação de tempo de serviço, para valer **in futurum,** não opera como direito do servidor. Há nisso, antes, uma expectativa de direito. Êste só se tornará efetivo se, à data em que se implementarem as condições para a obtenção de determinada vantagem, fôr vigente lei que autorize sua contagem. Tal entendimento decorre de princípio lógico, tradicional em nosso direito administrativo, segundo o qual qualquer vantagem, especialmente a aposentadoria, se rege, sempre, pela lei vigente ao tempo de sua concessão, salvo, naturalmente, eventual exceção expressamente admitida na própria legislação.

Ora, não vigindo, por hipótese, os arts. 74 e 129, em referência, na oportunidade em que fôr concedida determinada vantagem, e desde que a lei nova não tenha ressalvado o direito daqueles que simplesmente tinham expectativa disso, é evidente que não mais caberá o cômputo do respectivo tempo, por conflito com a lei atual.

Assim, importa, de logo, saber-se se houve, ou não, na espécie, a revogação daqueles dispositivos, para, então, concluir-se sôbre a sorte das vantagens em questão. Diz a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro — Decreto-Lei n.º 4.657/42 — em seu art. 2.º, § 1.º, que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". No caso concreto em exame, verifica-se que a lei posterior (Lei n.º 6.195/71), em seu art. 166, declarou expressamente revogada a Lei n.º 1753/52, assim como as demais disposições legais em contrário. Ademais, regulando a nova lei

inteiramente a mesma matéria de que cuidava a lei anterior (Estatuto dos Servidores da Brigada Militar), haveria, só por isso, também, de concluir-se, segundo ainda o citado dispositivo da Lei de Introdução, pela plena revogação desta.

Na doutrina, não discrepa o entendimento, quando, pela palavra abalisada do insigne MAXIMILIANO, se afirma a mesma coisa, isto é, que "quando a lei nova cria, sôbre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado". E, em outra passagem, diz o mesmo Autor: "quando as duas leis regulam o mesmo assunto e a nova não reproduz um dispositivo particular da anterior, considera-se êste como abrogado tàcitamente". (**In** "HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO", págs. 421 e 423).

Assim, se é induvidoso, de um lado, terem sido regovados os preditos dispositivos **legis**, não menos o é, de outro lado, o entendimento de que aquelas vantagens já não mais podem ser consideradas para os fins a que se destinavam; e isso não só por fôrça da revogação operada, como também pela inexistência de qualquer direito adquirido a respeito. É que — como se disse — a simples averbação de tempo não configura, por si só, o chamado direito adquirido, mas caracteriza apenas uma expectativa de direito, que, lógico, não prevalece **contra legem.**

Ilustrando melhormente a tese, invocamos o Parecer n.º 3.539, do extinto CONSELHO DO SERVIÇO PÚBLICO, que, apreciando, **mutatis mutandis**, matéria idêntica, assim se manifesta:

> "Consulta a Prefeitura Municipal de (.....) a respeito da aplicação da Lei n.º 1.004, de 29 de dezembro de 1952, nos seguintes têrmos:
>
> A Lei n.º 1.004 dava direito aos funcionários detentores de cargos para os quais fôsse exigido curso superior, contarem o período do curso como tempo de serviço, na proporção de um ano, para cada cinco — de serviço ao Município, para fins de aposentadoria.
>
> 2. Com base nela muitos funcionários tiveram seu tempo de serviço acrescido, por averbação, de um ou alguns anos, por contagem de período em que cursaram escola superior. Alguns se aposentaram contando êsse tempo.

3. A Lei n.º 1.004 veio, porém, a ser revogada, pura e simplesmente, pela de n.º 1.563, de 31 de dezembro de 1955. Acontece, entretanto, que muitos funcionários estavam com o tempo averbado e dêle pretendem valer-se. Outros vão mais longe e, embora não tivessem providenciado na averbação enquanto a Lei 1.004 vigia, pretendem averbá-lo agora, para dêle valer-se na aposentadoria.

4. Visando esclarecer se, revogada a Lei 1.004 — em 31 de dezembro de 1955, pode ainda produzir efeitos para os funcionários que conseguiram averbação do tempo ou para os que implementaram as condições necessárias antes de sua revogação, é que a Prefeitura de (.....) vem recorrer às luzes do Departamento do Serviço Público.

5. É lugar-comum, em direito administrativo, que os agentes públicos estão, relativamente, ao Estado em situação geral, impessoal e objetiva; e, diante dêsse regime dito estatutário, os seus direitos e deveres são livremente modificáveis, **in futurum,** nos limites das garantias que lhes são deferidas pela ordem constitucional.

Por isso é que a contagem do tempo necessário à concessão de qualquer vantagem deve ser regulada pelas normas legais vigentes à época da outorga. A maneira de computar êsse tempo, uma vez que não se tenham ainda satisfeito todos os requisitos exigidos para a concessão, pode ser modificada sem que tal modificação venha a ferir qualquer direito adquirido.

O tempo de serviço encontra-se, portanto, entre os fatos complexos, isto é, entre aquêles que se desenvolvem em determinados períodos. Para que êsse fato jurídico se subtraia, pois, aos efeitos da lei nova, é mister que, na vigência da norma legal deferitória do direito de cuja constituição é pressuposto, se verifique o advento do último dos momentos que lhe constituem o ser jurídico.

Enquanto a situação do eventual titular do direito se encontrar, porém, em curso de constituição,

ou **in pendenti**, dado não terem concorrido, ainda, todos os elementos para o aperfeiçoamento do fato jurídico a que se subordine o direito assegurado na ordem jurídica, o fato não se tem como cumprido e à lei nova é lícito, assim, alterar, livremente, as condições ou requisitos para a aquisição do direito.

A averbação do tempo de serviço, face aos princípios expostos, não confere qualquer direito. Como tem entendido êste Departamento, em reiterados pronunciamentos, ela não tira, nem dá direitos.

6. Revogada, assim, a Lei 1.004, em 31 de dezembro de 1955, a averbação do tempo que era assegurado pela lei revogada, nenhum direito outorga ao seu titular. Averbado ou não o referido tempo, deve êle, no entanto, ser levado em consideração apenas para aquêles que, antes da revogação da lei, tenham preenchidos todos os requisitos necessários à concessão de alguma vantagem ou direito.

7. Respondendo, assim, diretamente, à consulta, pode-se afirmar:

a) a averbação do tempo de serviço garantido pela Lei n.º 1.004, de 29 de dezembro de 1952, não deve influir no direito do servidor à contagem do referido tempo;

b) só têm direito ao referido tempo os servidores que com a sua contagem, até a revogação em 31-12-1955, tenham satisfeito **todos os requisitos para** a concessão de determinada vantagem;

c) em conseqüência, os servidores que estão ou estavam com o tempo averbado, dêle não podem valer-se agora porque a lei está revogada; e, finalmente,

d) os que não estão com o tempo averbado, também, pelo mesmo motivo, não podem, agora, beneficiar-se da citada lei."

De outro lado, no tocante à segunda parte da consulta, que objetiva saber qual a autoridade competente para conceder a licença especial, é inequívoco, face ao texto do art. 87 do atual Estatuto, ser ela o Senhor Comandante-Geral daquela Milícia, eis que prejudicados estão os diplomas legais que dispunham de

modo diverso. Tão claro se mostra, neste particular, o dispositivo em questão que não admite qualquer dúvida a respeito.

Diante de todo o exposto, concluímos que (a) as vantagens prodigalizadas pelos arts. 74 e 129, parágrafo único, não mais subsistem, quer estejam averbadas, ou não, e que (b) a autoridade competente para conceder a licença especial é, como dissemos, o Senhor Comandante-Geral da Brigada Militar.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Pôrto Alegre, 31 de agôsto de 1971.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1897/CGE

"LEI PERACCHI" (LEI N.º 3.096/56). Sua aplicação aos servidores lotados na Secretaria da Assembléia Legislativa do Estado.
Prevalência dessa lei sôbre os têrmos da Resolução n.º 678/59, expedida pelo Legislativo.

Neste expediente, solicita o Senhor Secretário da Fazenda parecer sôbre a obrigatoriedade, ou não, do desconto da taxa provista na Lei n.º 3.096/56 — conhecida por "Lei Peracchi" — nos vencimentos do pessoal da Secretaria da Assembléia Legislativa do Estado.

De acôrdo com levantamento feito pela Diretoria da Despesa do Tesouro do Estado, inúmeros servidores lotados naquele órgão não vêm recolhendo dita taxa sob pretexto de que a mencionada lei excluía de seu império, além dos que gozassem da garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos, os servidores interinos, contratados e os providos em comissão; e mais, que face aos têrmos da Resolução n.º 678, de 24-4-1959, daquela Assembléia, foi facultada, aos referidos servidores, a recusa ao regime instituído pela mesma lei, desde que fizessem opção, por escrito, dentro de 30 dias, a contar da data da sua publicação.

Na bem fundamentada promoção feita pela Diretoria da Despesa do Tesouro entendeu esta ser ilegal a exclusão dos

contratados e titulares de cargos em comissão diante dos têrmos de lei nova — a Lei n.º 5.179/65 — que, a par de elevar a taxa em questão para 4%, determinou, com a mais ampla generalidade, que **todos** os servidores públicos, ativos ou inativos, ficavam sujeitos à sua contribuição compulsória. E quanto à recusa facultada pela citada resolução ao pessoal da Secretaria daquele Poder, tampouco procedia porquanto — como dizem — uma resolução não pode revogar uma lei.

O processo em sua tramitação pela Secretaria da Fazenda obteve pronunciamento de diversos órgãos técnicos, convergindo todos quanto às suas conclusões, que afinal contaram com a aprovação da autoridade consulente, que, inobstante, pediu a manifestação da Consultoria-Geral a respeito.

É o relatório.

Com efeito, no que tange, em primeiro lugar, à exclusão dos interinos, contratados e ocupantes de cargos em comissão nada há mais a discutir-se a respeito, pois, se tinha ela, outrora, amparo na lei original (Lei n.º 3.096), hoje, entretanto, com a edição da já mencionada Lei 5.179/65, tal não mais sucede. É que — como se disse — generalizando a nova lei a aplicação dos princípios da chamada "Lei Peracchi" a tôdas as classes de servidores, exceto apenas os que têm vencimentos irredutíveis, revogou, é evidente, a disposição legal que ressalvava interinos, contratados e comissionados. A expressão usada pela nova lei (sic) "ficando todos os servidores públicos, ativos e inativos, sujeitos à contribuição..." é tão categórica que não deixa dúvida quanto ao acêrto da tese.

De outra parte, no que se refere à aplicação dos princípios da Lei n.º 3.096 ao pessoal da Secretaria da Assembléia Legislativa, tampouco cabe questionar-se sôbre a mesma, primeiro porque, sendo — como efetivamente são — servidores públicos, estão, por isso mesmo, sujeitos às prescrições da lei em causa, e segundo porque, como bem analisado ficou no âmbito da Secretaria da Fazenda, ora consulente, uma resolução, emanada da Mesa da Assembléia, como é a de n.º 678 retro aludida, não pode elidir os efeitos da lei ordinária que sôbre o pessoal em aprêço tem incidência.

Aliás, sôbre a aplicação da aludida lei também aos servidores da Assembléia Legislativa, assim como da Secretaria do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas, já não subsiste hoje

qualquer dúvida: é que o Poder Judiciário, chamado a pronunciar-se, especìficamente, sôbre essa questão, através de mandado de segurança impetrado por servidores daqueles órgãos, decidiu, de modo irrecorrível, favoràvelmente a essa aplicação. A propósito, assim se manifestou o Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, a respeito da argüição, que então se fêz, de inconstitucionalidade da mesma lei em relação aos servidores das Secretarias da Assembléia Legislativa, Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas do Estado:

> "EMENTA: — O decreto 3.096, de 31 de dezembro de 1956, ao estabelecer a contribuição de 2% sôbre os vencimentos dos funcionários da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Contas e os da Secretaria dêste Tribunal, não violou dispositivo constitucional. (...)."
>
> "ACÓRDÃO. (...). Acordam, em Tribunal Pleno, por maioria, (...), rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade, argüída pelos impetrantes e determinar a remessa dos autos à Câmara de origem. (...). O desconto feito, para aposentadoria, embora diminua os vencimentos dos funcionários, constitui uma vantagem, que lhes é conferida, mais tarde, quando se tornarem inativos e, por isto, não se pode considerar como redução de vencimentos, de maneira a violar o princípio constitucional. Sendo um benefício, não era lícito ao Estado dá-lo a uns e excluir outros, distinguindo categorias de funcionários para gozá-lo.
> Além disto, o fato de a Constituição mandar que a fixação dos vencimentos dêsses funcionários seja feita mediante proposta dos Tribunais, onde prestam seus serviços, só por isto não se pode entender que o executivo e o legislativo estejam inibidos de estabelecerem normas, para as suas aposentadorias."

Êsse acórdão foi, posteriormente, por ocasião do julgamento do recurso ordinário dêle interposto, mantido integralmente, por unanimidade, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que, para tanto, invocou-lhe os seus próprios fundamentos, como se vê dos respectivos autos (Mandado de Segurança n.º 7.378, STF; Agravo de Petição n.º 5.867, TJRGS).

Dessarte, constitucional o diploma legal em causa, e abrangendo — como abrange — a todos os servidores públicos do Estado (Lei n.º 5.179/65), entre os quais se arrola o pessoal objeto da consulta, é evidente que, pelo princípio mesmo da hierarquia das leis, a citada resolução do Legislativo é inoperante quando com êle conflita. Sôbre a matéria, diz o douto MAXIMILIANO: "As expressões de Direito podem ser ab-rogadas ou derrogadas por outras da mesma natureza, ou de autoridade superior. Um dispositivo constitucional é eliminado por outro, estabelecido de acôrdo com o art. 217 do Código supremo. A lei revoga à lei, o aviso ao aviso, o regulamento ao regulamento, o costume ao costume. A nova regra constitucional extingue a lei, esta o decreto do Executivo, regulamento, aviso, costume. (...). **In** "HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO", pg. 443)

Assim, pois, diante do exposto, opinamos pela inteira aplicabilidade da chamada "Lei Peracchi" ao pessoal da Secretaria da Assembléia Legislativa, e, **ipso facto, sujeito êle** à respectiva contribuição compulsória, deve o Tesouro do Estado lançá-lo, **ex-officio,** no rol de contribuintes, independentemente de qualquer outra formalidade, procedimento que se ampara nos têrmos soberanos da lei.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Pôrto Alegre, 31 de agôsto de 1971.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1904/CGE

ESCOLA DE POLÍCIA.
Projeto de lei autorizando a matrícula nos cursos de formação da Escola de Polícia, independentemente do número de vagas, dos candidatos aprovados no concurso de admissão realizado em março do corrente ano. Possibilidade jurídica do projeto ser transformado em lei. Incompetência da Consultoria-Geral do Estado para pronunciar-se sôbre a conveniência administrativa do projeto embora lhe caiba fornecer os dados jurídicos a partir dos quais possa a Administração formular um juízo de conveniência.

O Excelentíssimo Senhor Secretário da Segurança Pública solicita pronunciamento desta Consultoria-Geral sôbre o amparo

legal do projeto de lei encaminhado pela Escola de Polícia no qual se autoriza a matrícula, nos cursos de formação dessa, de todos os candidatos aprovados no concurso de administração por ela realizado em março do corrente ano, independentemente do número de vagas existentes nesses cursos.

O projeto de lei, na parte que interessa ao parecer, está assim redigido:

> "Fica a Escola de Polícia, da Polícia Civil, da Secretaria da Segurança Pública do Estado, autorizada a matricular, nos respectivos cursos, os candidatos aprovados nas provas intelectuais e nos exames psicotécnicos, relativos ao concurso público de ingresso aos Cursos de Formação de Médico-Legista, Perito-Criminalístico e Perito-Criminalístico-Engenheiro, realizadas em março do corrente ano, independentemente do número de vagas previsto para os ditos concursos."

Sustenta a Escola de Polícia que, tendo sido aprovado no concurso um número de candidatos maior do que o número de vagas previstas para os cursos de formação, as quais são estabelecidas em função do número de cargos vagos existentes (v. g.: um cargo vago de perito-criminalístico = uma vaga no curso de formação de perito-criminalístico), e havendo necessidade de criação de novos cargos, para o que, inclusive, já se teria encaminhado proposição de apresentação de projeto de lei, seria de tôda a conveniência que os candidatos aprovados, que são em número inferior ao número de cargos cuja criação se propôs, cursassem desde já os cursos de formação, a fim de que pudessem ser, quando da criação dos cargos, de imediato aproveitados.

E, como o art. 5.º da Lei 5.600, de 8-1-1968, estabelece que "considerar-se-á automàticamente reprovado o candidato que, embora obtendo, no concurso, nota igual ou superior à mínima necessária para a aprovação, não se classificar para o número de vagas previstas no dito concurso", propõe a Escola de Polícia que se promova a autorização por via de provimento legislativo na forma do projeto de lei acima transcrito.

O Senhor Corregedor Policial em longo parecer manifesta-se pela inviabilidade do projeto de lei alegando, em suma, (a) que a lei oriunda do projeto examinado seria inconstitucional, eis que violaria direito adquirido dos candidatos aprovados e

(b) que, quando assim não fôsse, seria ela manifestamente inconveniente pois geraria uma série de problemas colaterais, inclusive de verbas para a remuneração da bôlsa dos matriculados além do número de vagas.

O Excelentíssimo Senhor Secretário da Segurança Pública, no ofício em que pede a manifestação desta Consultoria-Geral, assim se manifesta:

> "Idealizou a Escola de Polícia, com o objetivo de propor uma solução que corresponda à celeridade exigida de aumentar os quadros dos funcionários na especialidade focalizada, projeto consistente na inclusão dos excedentes do concurso realizado no respectivo curso.
>
> Nestas condições, êstes excedentes, após concluírem o curso, aguardariam, já tècnicamente preparados, a criação de cargos, que, como acima dissemos, foi solicitada.
>
> A execução de tal medida, todavia, conquanto seja de real interêsse à Pasta, depende de assentimento do legislativo, eis que deve possuir fôrça de lei, pelo caráter de excepcionalidade de que se reveste ante dispositivo legal vigente no particular.
>
> Resta saber, no entanto, antes de um eventual encaminhamento do projeto à apreciação da Assembléia Legislativa, do amparo legal oferecido à pretensão exposta."

Após a distribuição foi anexado ao processo atestado do Senhor Diretor da Escola de Polícia onde se declara que os resultados dos concursos de admissão acima mencionados não foram ainda homologados.

É o relatório.

2. Antes de tudo, cumpre firmar: do ponto de vista exclusivamente jurídico, ou seja, do ponto de vista de sua adequação aos princípios constitucionais — que, — a rigor, é o único que obsta a edição, pelo menos edição sem perigo de não-aplicação, de uma lei — inexistem impedimentos em que o projeto de lei, na forma em que está redigido, seja encaminhado à Assembléia Legislativa.

Isto porque a regra nêle contida, regra geral e impessoal de conduta, pode, formal e materialmente, transformar-se em lei, não lesando, de outra parte, qualquer direito adquirido.

3. Leciona SEABRA FAGUNDES:

> "No sentido formal ou orgânico, a lei é o ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa. Todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, é lei, do ponto de vista formal. Tem a forma de lei. Poderá acontecer que, ao mesmo tempo, apresente a substância do ato legislativo, como se contiver uma regra geral e impessoal de conduta, imperativamente, imposta para o ordenamento da vida coletiva. Neste caso será também lei no sentido material." (Contrôle dos Atos Administrativos, Editôra Revista Forense, 3.ª edição, 1957, p. 36)

Ora, se assim o é, é evidente que, contendo regra geral e impessoal de conduta, o projeto de lei do expediente, desde que cumpra as formalidades do processo legislativo, poderá transformar-se, formal e materialmente, em lei, não lesando, de resto, qualquer direito adquirido.

4. Certo, o art. 5.º da Lei 5.600 estabelece que se considerará automàticamente reprovado o candidato que, embora obtendo nota superior à mínima necessária à aprovação, não conseguir classificar-se para o número de vagas existentes nos cursos de formação, mas, é evidente, tal dispositivo não gera aos candidatos classificados direito a que, após a classificação, o Estado não aumente o número de vagas nos cursos de formação e, pois, em conseqüência, que o provimento dos cargos vagos existentes não se dê por nova classificação, agora, então, entre os aprovados nos cursos de formação.

Tal orientação, mera mudança no critério de verificação de aproveitamento, é lícita ao Estado tomá-la da mesma forma como lhe seria lícito aumentar a nota mínima para a aprovação ou incluir novas disciplinas no "curriculum" dos cursos de formação.

O direito do candidato classificado nos concursos de admissão é, tão-só, o de, obedecida a ordem de classificação, ser matriculado e realizar o curso de formação correspondente. Não, nunca, o de ver mantida a correspondência, note-se, embora observada, **não estabelecida em lei,** entre os números de vagas nos cursos de formação e o número de cargos vagos existentes; nem, muito menos, o de ver mantidos, durante o desdobramento do curso, os critérios de verificação do aproveitamento.

Desde que não se lhes tolha, aos candidatos classificados, em benefício de piores classificados, o direito a ser matriculados e fazer o curso de formação correspondente, não há qualquer lesão a direito adquirido.

De resto, na espécie, a discussão é despicienda, eis que, em primeiro, o projeto não diz — e, sustentamos, poderia dizê-lo — que os candidatos matriculados além do número de vagas iriam disputar, em nova classificação, o provimento dos cargos, e, em segundo, qualquer direito dos candidatos classificados só surgiria com a classificação e, conforme se verifica pelo atestado de fls., os resultados do concurso não foram sequer homologados, vale dizer, não surgiu ainda o fato jurídico (classificação) de que se irradiaria o direito questionado.

5. Assim, como se vê, inexistem impedimentos jurídicos (= constitucionais) a que o projeto de lei seja encaminhado à Assembléia Legislativa e, cumprido o processo legislativo, transformado em lei.

6. Mas, se isto é certo, não menos certo é que o projeto de lei, se editado, poderá ocasionar uma série de perplexidades no sistema de ingresso nas carreiras e quadros especializados da Secretaria de Segurança, as quais devem ser gravemente meditadas pela Administração para ajuizar da conveniência de seu encaminhamento e, mais, no caso de entender-se conveniente tal encaminhamento, de ser êle complementado a fim de evitar discussões futuras.

7. Com efeito, o projeto de lei não trata da situação, durante o curso e após êle, dos matriculados além do número de vagas (note-se: o número de vagas nos cursos de formação é estabelecido em função do número de cargos vagos existentes). Disputariam êles com os demais, em nova classificação ao final do curso de formação, os cargos vagos existentes ou, o que seria profundamente injusto, fariam o curso de formação sem direito a serem nomeados para os cargos correspondentes às vagas do

curso de formação? Em qualquer das hipóteses, qual a situação dos aprovados e não nomeados para os cargos vagos existentes? Aguardariam a criação ou a vacância de outros cargos? E por quanto tempo aguardariam? Pois, conveniente é notar, há interêsse público em que não o seja por tempo indefinido.

Outro problema: a remuneração dos matriculados além do número de vagas. Seriam êles remunerados com 50% do vencimento básico do cargo conforme estabelece o art. 8.º da Lei 5.600/68 ou não perceberiam remuneração? O que, diga-se de passagem, seria manifestamente não-equidoso. De qualquer forma, em caso positivo, o projeto de lei deveria indicar a verba a isso necessária e, em caso negativo (não-remuneração), deveria dizê-lo expressamente, pois no silêncio é de se interpretar pela remunerabilidade do curso por incidência do art. 8.º da Lei 5.600/68.

8. Desta forma, como se vê, várias são as dúvidas suscetíveis de ocorrerem por incidência do projeto, se e quando transformado em lei na forma em que está redigido, cabendo, assim, quando mais não seja, se se entender conveniente o seu encaminhamento, acrescer-lhe dispositivos que regulem as situações duvidosas.

9. Cumpre, no entanto, aqui, precisar posições: se cabe a esta Consultoria-Geral emitir parecer sôbre dado jurídico a partir do qual a Administração formule juízo de conveniência; refoge, no entanto, à sua competência pronunciar-se sôbre a conveniência, ou não, de tal dado, nítida atribuição dos órgãos administrativos.

E, se assim o é, é evidente que, firmada a possibilidade jurídica (= a adequação aos princípios constitucionais) do encaminhamento do projeto de lei, deve a Administração, a partir das implicações mencionadas no item 7, decorrentes da transformação em lei do projeto, ajuizar da conveniência, ou não, dessa transformação e, mais, de como, segundo a regras de conveniência e oportunidade, se deverão solucionar cada uma daquelas implicações, acrescendo-se, então, ao projeto, dispositivos regradores delas para obviar discussões futuras.

Assim, de todo o exposto, ENTENDO (a) que é juridicamente possível o encaminhamento do projeto de lei à Assembléia Legislativa; (b) que cabe à Administração ajuizar da conveniência, ou não, de sua transformação em lei, face, principalmente, às relevantes implicações que teria no sistema de ingresso nas carreiras e quadros especializados da Secretaria de Segurança; (c) que, julgada conveniente a transformação em lei do projeto, deve ser ajuizado pela Administração de como, segundo as regras de conveniência e oportunidade, deverá ser solucionada a situação, durante o curso e após o mesmo, dos candidatos matriculados além do número de vagas e da remunerabilidade, ou não, dêsses, (d) acrescendo-se, então, ao projeto, dispositivos regradores dessas situações para evitar discussões futuras.

É o parecer, smj.

Pôrto Alegre, 8 de setembro de 1971.

Caio Martins Leal
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1073/UAJ

APOSENTADORIA DO EX-COMBATENTE. Aplicação do art. 197, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Continuidade da vigência da Legislação ordinária não conflitante com a nova ordem constitucional.

P. de J. G. P., Engenheiro, Padrão 15-7, lotado na Secretaria de Obras Públicas, em abril do corrente ano reitera seu pedido de aposentadoria, agora nos têrmos do art. 197, letra "c", da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

Seu pedido anterior foi baseado na letra "c" do art. 178, da Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 e dispositivos complementares, entre os quais a Lei n.º 5.315 (art. 1.º, § 2.º, letra "a", item II).

Para confortar seu pedido, anexa os seguintes documentos:

a) certidões de tempo de serviço prestado ao Estado;
b) certidão do Ministério da Guerra, III Exército, comprovando ter servido 2 anos, 6 meses e 8 dias no curso de Artilharia (de 10-4-40 a 18-10-42);

c) certidão do Ministério do Exército de inclusão como aspirante a oficial R-dois, para estágio, no Terceiro Regimento de Artilharia Montada, perfazendo 3 meses (de 1.º-4-43 a 1.º-7-43);

d) certidão fornecida pela Ajudância Geral do III Exército, do Ministério da Guerra, dando conta de que o requerente foi incluído em 13-1-45 na Terceira Bateria Intendente de Artilharia da Costa e Forte de Imbuí, em em razão de ter sido convocado para o serviço ativo do Exército, tendo sido licenciado em 21-4-46 do serviço ativo do Terceiro Regimento de Artilharia de Divisão de Cavalaria, perfazendo um total de 1 ano, 3 meses e zero dias.
Pelo mesmo documento comprova ter servido, no período de 13-1-45 a 8-5-45 em zona definida como de Guerra, pelo Decreto reservado n.º 10.490-A, de 1942;

e) Declaração fornecida pelo Quartel-General do III Exército, assinada pela Chefia do Estado-Maior comprovando que o postulante serviu na Terceira Bateria Independente de Artilharia da Costa, e Forte do Imbuí, tendo essa unidade participado efetivamente da 2.ª Grande Guerra, em missão de vigilância e segurança do litoral, reafirmando, dessarte, o que consta do documento anterior.

Assim instruído, inclusive, com a cópia fotostática da Lei n.º 5.315, de 12 de setembro de 1967, regulamentadora do dispositivo constitucional em que arrima seu pedido, vem o expediente colhêr Parecer desta Consultoria-Geral do Estado.

O Consultor Jurídico, Dr. Ney Sá, em 15 de abril de 1968, através do Parecer n.º 461/DAJ, denega o requerido por entender que a Lei n.º 5.315/67 ampliou indevidamente os lindes do dispositivo regulamentado, incluindo "o integrante da Fôrça do Exército" no conceito de ex-combatente, para fins de gôzo da **benesse** constitucional. Conclui pela inconstitucionalidade da lei precisamente nos dispositivos de que pretende o postulante se beneficiar.

Em 7 de junho de 1968, o Senhor Consultor-Geral do Estado aprovou, **in totum**, o parecer 641/DAJ. Em abril do corrente ano, mediante provocação do interessado, volta o processo para colhêr orientação do mesmo órgão, face à vigência da nova Carta Constitucional.

É o relatório.

O engenheiro P. de J. G. P., com mais de 25 anos de efetivo serviço, pretende usufruir a vantagem expressa na letra "c" do art. 197 da Emenda Constitucional n.º 1/69, por ter servido em Zona de Guerra definida pelo Decreto n.º 10.490-A, de 22 de setembro de 1942, no período de 13 de janeiro a 9 de maio de 1945, integrante que foi da Terceira Bateria Independente de Artilharia da Costa e Forte de Imbuí, Unidade que participou efetivamente de missão de vigilância e segurança do litoral, durante a Segunda Grande Guerra.

A situação que alega é comprovada com documentos idôneos.

Estabelece o art. 197, das Disposições Gerais e Transitórias, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, **verbis**:

> "Ao civil, ex-combatente da 2.ª Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Marinha, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha Mercante ou de **Fôrça do Exército,** são assegurados os seguintes direitos: (grifamos)
>
> a) .....
> b) .....
> c) aposentadoria com proventos integrais aos 25 anos de serviço efetivo, se funcionário público da Administração direta ou indireta ou contribuinte da previdência social;"

A Constituição do Brasil de 1967, em seu art. 178, atribuía ao ex-combatente idêntica vantagem; entretanto, não arrolou os elementos da Fôrça do Exército na enumeração taxativa dos que integravam o conceito de ex-combatente, o que se verifica pelo "caput" do artigo, **verbis**:

> "Ao ex-combatente da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e Marinha Mercante do Brasil, que tenha participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, são assegurados os seguintes direitos:"

Na Lei n.º 5.315, de 12 de setembro de 1967, que regulamentou o dispositivo predito, lê-se:

"**Artigo** 1.º: Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do art. 178 da Constituição do Brasil, todo aquêle que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como **integrante da Fôrça do Exército,** Fôrça Expedicionária Brasileira, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente. (grifamos)

§ 2.º — Além da fornecida pelos Ministérios Militares, constituem, também, dados de informação para fazer prova de ter tomado parte efetiva em operações bélicas **a)** no Exército:

I — .....

II — O certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões."

Ressalta, à evidência, que a Lei n.º 5.315/67 extravasou os lindes do dispositivo constitucional, inserido, prefacialmente, o integrante da Fôrça do Exército no conceito de ex-combatente, credenciando-o ao gôzo das vantagens outorgadas pela Carta Magna de 1967.

A matéria foi exaustivamente estudada e decidida no Parecer C.G.E. n.º 641/DAJ, da autoria do Consultor Jurídico Ney Sá, em razão do que nos permitimos destacar trechos:

"Nota-se, assim, desde logo, que a Lei n.º 5.315, de 12 de setembro de 1967, que regulamentou o dispositivo constitucional, ampliou o conceito de ex-combatente, com o afirmar que a prova da participação efetiva em operações bélicas se poderá fazer, também, mediante "certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões". (art. 1.º, parágrafo segundo, — a —, II, da Lei n.º 5.315/67)

Flagrantemente ampliado foi o dispositivo constitucional, como se verifica da simples comparação entre o texto do art. 178 da Constituição e o art. 1.º da lei em referência.

.....

"Nem vale argumentar com a circunstância de que o art. 191, § 1.º, da Constituição de 1946, encontra símile no art. 100, III, da vigente Constituição da República.

Note-se que, tanto um, como o outro, consentem que o legislador ordinário reduza o limite de idade para aposentadoria "atendendo à natureza especial do serviço". E, ainda que na vigência da lei anterior se pudesse entender, como fêz o Pretório Excelso, que não seria inconstitucional a lei que, embora não atendendo para a natureza especial do **serviço**, reduzisse o tempo de serviço em simples consideração ao **servidor** que, em determinada época, prestou certo serviço, hoje isto não mais é possível, no que respeita ao serviço de guerra, como deflui, claramente, do mandamento constitucional em exame.

Por outras palavras, poderá o legislador ordinário, através da permissão contida no art. 100, III, da Constituição, reduzir o tempo de serviço para o efeito de aposentadoria, considerada a natureza do serviço desempenhado, qualquer que seja, menos o decorrente do serviço de armas, ao tempo da segunda guerra mundial, a não ser nos precisos limites do art. 178, da Constituição. "Legem habemus".

.....

Em conclusão:

A Lei n.º 5.315/67 é inconstitucional naqueles dispositivos em que o conceito de ex-combatente foi alargado para os efeitos da vantagem pretendida, deferida, por via constitucional, apenas àqueles "... que tenham participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial."

Não resta dúvida de que a Lei n.º 5.315/67 nasceu eivada de grave vício, pois, ao invés de cumprir sua finalidade de porme-

norizar o conteúdo sintético do dispositivo constitucional regulamentado, inovou a matéria, incluindo, indevidamente, no conceito de ex-combatente, uma categoria não prevista na Lei Maior, qual seja, o integrante da Fôrça do Exército.

Impõe-se a conclusão do Parecer 641/DAJ, sôbre a inconstitucionalidade parcial da Lei regulamentadora, face à afronta do princípio básico de "Reserva da Lei".

Entretanto, ainda que não aplicada a Lei, por inquinada de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, ela permaneceu vigente e eficaz, e nessa condição atravessou o período de vigência da Constituição de 1967 bem como o advento da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.

Releva, dessarte, reconhecer que, inobstante os vícios apontados, a Lei n.º 5.315/67, que ultra-regulamentou o art. 178 da Constituição do Brasil de 1967, permaneceu eficaz, eis que não foi derrogada, nem teve suspensa a aplicação de qualquer de seus dispositivos pelo Senado Federal, o que ocorreria se o Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva, houvesse declarado a inconstitucionalidade.

De outro lado, o art. 197, da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, repetiu e ampliou o disposto no **caput** do art. 178 da Constituição de 1967, guardando perfeita sintonia com a regulamentação contida na Lei n.º 5.315/67.

Chamamos à colação os doutos ensinamentos de Pontes de Miranda que leciona:

> "À Constituição têm de amoldar-se as leis, assim as leis a serem feitas, as leis futuras, como as leis já promulgadas. Mas a noção de constitucionalidade é, jurìdicamente, a partir do momento em que começa a ter vigor a Constituição; todo material legislativo, que existe, considera-se revogado, no que contraria os preceitos constitucionais. Porque a lei não tem sempre a vida ligada ao momento em que foi feita: a lei incide nos fatos à medida em que êles se dão. O ato administrativo ocorre em determinado instante, de uma vez, e opera os seus efeitos. A lei não: lei (o que não se refere a um só caso), enquanto permanece vigente, continua, através dos tempos, a produzir os seus efeitos, que são os da sua incidência em cada caso previsto pelas suas disposições.

. . . . . .

> **O princípio da continuidade da legislação,** a despeito da mudança da Constituição, apenas traduz a necessidade de se evitar o "vazio jurídico" (o vácuo).
>
> Já os habitantes contavam com a estabilidade da ordem jurídica, que não dependia dêles; a **anterioridade** não se impõe contra as regras **posteriores** que sejam contrárias às anteriores, mas enche o que, no tempo futuro, está vazio." (**In** Comentários à Constituição de 1946, Vol. IV, páginas 478, 479 e 480)

A situação do requerente, como integrante da Fôrça do Exército, foi expressamente contemplada na atual Constituição, logo, a regulamentação referente a esta categoria que consta da Lei n.º 5.315/67, está em pleno vigor, e é eficaz, eis que não conflita com os princípios constitucionais vigentes. Ao contrário, há perfeita adequação entre a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, e a lei ordinária (Lei 5.315/67) que define a expressão "integrante da Fôrça do Exército", situação em que se enquadra o postulante.

Em conclusão:

Somos pelo deferimento do pedido, de vez que foram provados os pressupostos legais para obtenção da aposentadoria aos 25 anos.

Pôrto Alegre, 7 de julho de 1970.

Cyl Paranhos de Lima
Consultora Jurídica

PARECER N.º 1146/UAJ

> LIMITE DE IDADE — A idade mínima para ingresso como servidor público, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, é de 12 anos; nada dispondo a lei quanto a idade máxima.

Com vistas a fixação de orientação definitiva, de parte da administração estadual, no que se refere a idade mínima para

ingresso como servidor do Estado, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, vem a esta Consultoria-Geral, expediente encaminhado por S. Exa. o Sr. Secretário da Administração.

Destaca, na oportunidade, S. Exa. o disposto no art. 417, itens II e III, que assim estatui:

"Art. 417 — A emissão da carteira será feita a pedido do menor, mediante a exibição dos seguintes documentos:

.....

II — autorização do pai, mãe ou responsável legal;
III — autorização do Juiz de Menores, nos casos dos artigos 405, § 2.º, e 406;

....."

Êstes, assim dispondo:

"Art. 405 — .....

§ 2.º — O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral.

§ 3.º — Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;
b) em emprêsas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;

....."

"Art. 406 — O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3.º do art. 405:

I — desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral;

II — desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral."

É o relatório.

2. A relação de emprêgo que com o Estado se estabelece é, via de regra, de natureza estatutária, só se permitindo existência sob outro regime quando a Constituição, explícita ou implicitamente, o autorize.

A Constituição do Brasil de 1967 determinou o regime da Legislação do Trabalho para os servidores admitidos temporàriamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, deixou para ser regulado em legislação especial o regime jurídico dêsses servidores, ao mesmo tempo em que ampliou o campo de abrangência dos servidores admitidos temporàriamente. Se, antes, tal possibilidade era restrita a pessoal para obras, já agora se estende a outras atividades, observados certamente os limites estabelecidos no Ato Complementar n.º 52, de 2-5-69.

3. O "pessoal temporário" e o "pessoal de obras" da União e de suas autarquias estão inteiramente sujeitos ao Regime da Consolidação das Leis do Trabalho e à Justiça Trabalhista por expressa determinação de lei. Nos Estados e Municípios, porém, por inexistência de lei disciplinadora, ora é aplicado o regime estatutário, ora o da CLT.

Lê-se no art. 7.º do Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, que, "salvo quando fôr, em cada caso, **expressamente determinado em contrário**, não incidem as suas regras jurídicas, a) aos empregados domésticos, b) aos trabalhadores rurais, c) **aos funcionários públicos**, d) aos servidores das autarquias.

Definida a disposição legitimadora dessa forma de relação de emprêgo, contrato de trabalho, cabe dizer do âmbito das regras jurídicas que a disciplinam, a fim de que possa ser respondida a questão objeto do presente expediente.

Ao pessoal não vinculado pelo Regime do Estatuto dos Funcionários Públicos aplicam-se **integralmente** os preceitos da legislação trabalhista.

O suporte fáctico do contrato de trabalho compõe-se com as manifestações de vontade do empregado e empregador, que tenham os requisitos que lhes exige a legislação trabalhista. No que se refere ao limite de idade para o trabalho, estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho apenas o limite mínimo, aquêle a partir do qual se há de caracterizar "o menor" para os efeitos dessa Consolidação. Diz a lei, em seu art. 402:

> "Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos."

Enquanto da vigência da Constituição do Brasil, de 1946, a idade mínima era de 14 anos. Com o advento da Constituição do Brasil, de 1967, entretanto, êsse mínimo foi reduzido a 12 — art. 158, item X — o que não foi modificado pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 — art. 165, item X.

Nada disseram as Constituições quanto ao limite máximo, como também nada diz a Consolidação das Leis do Trabalho, o que inegàvelmente leva a concluir que não existe limitação máxima de idade para o trabalho. Qualquer pessoa pode contratar, desde que não seja absolutamente incapaz, diz o Código Civil, art. 145, n.º I. Nos têrmos do art. 5.º, inciso I, dêsse mesmo Código, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos. Não podem êles, em conseqüência, praticar vàlidamente atos jurídicos em que a vontade seja relevante, ou, em outras palavras, não possuem capacidade para realizar negócios jurídicos ou atos jurídicos "stricto sensu". As disposições constitucionais, entretanto, excepcionaram a regra de incapacidade absoluta, consignada no art. 5.º, inciso I, do Código Civil, possuindo o maior de 12 anos capacidade negocial, embora para o fim restrito de celebrar contrato de trabalho.

Refere a consulta às disposições do art. 417, itens II e III. Conforme se depreende da leitura dos artigos anteriormente transcritos, muitos são os óbices a serem enfrentados **pelo menor,** para o estabelecimento de uma relação de trabalho. Apresentada, porém, a carteira de trabalho, nada obsta a que o Estado estabeleça o vínculo empregatício. Entretanto, como bem disse S. Exa. o consulente, é de se indagar da conveniência do Estado nessas admissões, face à legislação especial que ampara o menor.

Tem-se de distinguir, no tocante às relações jurídicas entre os empregados e o empregador, o que resulta de lei e o que resulta do contrato de trabalho, que é de direito privado. Não há

nada de institucional na relação jurídica entre o empregado contratado e o Estado. No terreno dos contratos, o elemento institucional desaparece e a vontade das partes adquire facilidade de expansão.

Pontes de Miranda, analisando o regime jurídico dos admitidos em serviços de caráter temporário, dos que se não empregaram como funcionários públicos, assim se manifesta:

> "O art. 106 apenas explicita o que resulta da diferença — cientìficamente assente — entre funcionário público e empregados do Estado, meros trabalhadores "stricto sensu". A função dêsses é exercida como "serviço", e não como função pública." (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, Tomo III, pág. 542)

"In casu", trata-se de servidores a serem admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, logo, de servidores que servirão ao Estado como serviriam a outra pessoa, física ou jurídica. Se não são funcionários públicos sujeitos ao regime estatutário, hão de estar na situação dos trabalhadores de emprêsas particulares, cuja legislação é da competência privativa da União (C.F. art. 5.º, XV, b). Não estabelecendo, esta, outra limitação de idade, além dos 12 anos, para o exercício do trabalho remunerado, é de concluir-se nesses têrmos a liberdade da administração estadual, para contratar.

É o parecer.

Pôrto Alegre, 17 de dezembro de 1970.

Dilma Macedo Machado
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1903/CGE

LICENÇA-PRÊMIO — Inteligência do artigo 162 da Lei n.º 1.751, de 22-02-1952.
A licença para tratar de interêsses particulares obsta a formação do decênio, sem o qual não há direito ao benefício, mas não impede nova contagem.

A Prefeitura de Giruá faz a seguinte consulta:

"Um funcionário admitido em 1956, sendo licenciado antes de 1960, para tratar de interêsse particular, requer agora licença-prêmio, por contar mais de 10 anos de serviço ininterrupto. Pode a licença ser concedida ou ela é por decênio de serviço prestado sem interrupção, a contar da data de início das atividades do funcionário?"

A consulente informa que não tem estatuto próprio, seguindo o dos Funcionários Públicos do Estado e, quanto aos professôres, o Estatuto do Magistério Público do Estado.

É o relatório.

2. A Constituição do Brasil, em seu artigo 108, determina que se aplica aos funcionários dos três podêres da União e aos funcionários, em geral, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, o disposto em sua Seção VIII.

Aí encontram-se previstos os direitos mínimos a serem concedidos aos funcionários públicos. As demais vantagens e benefícios que o Estado pode deferir-lhes decorrem do preceituado no artigo 13 da Lei Maior, quando autoriza que os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas constituições e leis que adotarem, respeitados os princípios nela contidos.

Assim, a Constituição Estadual vigente declara que:

"Serão assegurados ao funcionário, nos têrmos 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 dôbro, como tempo de serviço, para os efeitos previstos em lei." (Art. 99)

A Lei que rege os funcionários públicos civis do Estado, de n.º 1.751, de 22-02-1952, no artigo 162, dispõe:

"Ao funcionário que, durante dez (10) anos ininterruptos, não se houver afastado do exercício de suas funções estaduais, é assegurado o direito de gozar licença-prêmio de seis meses por decênio, com tôdas as vantagens do cargo, como se nêle estivesse em exercício."

3. Examinando a figura da licença-prêmio prevista na Constituição Estadual e no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, verifica-se que, como sua denominação indica, é um prêmio. Também uma pausa remunerada na prestação de serviço do funcionário. Prêmio por sua assiduidade durante o transcurso de tão largo lapso (dez anos). Pausa na prestação de serviço, como necessidade à sua recuperação física e mental, em tempo maior do que o das férias regulamentares.

E, por uma ficção legal, no período de gôzo dessa licença, que configure um ócio com os vencimentos e demais vantagens que são inerentes ao funcionário, é êste considerado como se estivesse em atividade regular.

Pode a licença-prêmio ser requerida em qualquer tempo, porque a faculdade de gozar êsse benefício é direito imprescritível. Não se faz necessário que a requeira imediatamente após o decênio, sob pena de decadência, o que não ocorre. Entretanto, não pode ser convertida em vantagem pecuniária.

O direito à licença-prêmio é potencial, a tornar-se efetivo desde que transcorra o decênio, com os pressupostos legais para a sua concessão, e o beneficiário a requeira.

Pelo Estatuto, será gozada no todo ou em parcelas não inferiores a um mês, de acôrdo com a escala aprovada pelo chefe da repartição, tendo em conta a necessidade do serviço (Art. 163). Também o tempo da licença não gozada, mediante requerimento, será convertido em dôbro, para os efeitos de aposentadoria e gratificações adicionais (Art. 165).

4. Como o decênio é previsto em lei estadual que não explicita, em minúcia, a contagem de seu têrmo inicial e de seu têrmo final, motivo que deu lugar à consulta, nesse sentido terá de ser buscada a inteligência do mencionado artigo 162.

Em face de "Ao funcionário que, durante dez anos ininterruptos, não se houver afastado do exercício de suas funções estaduais..." constituir têrmos caracterizadores de assiduidade absoluta, para a qual não se consideram os afastamentos relacionados no parágrafo único do artigo enfocado, em que a licença para tratar de interêsses particulares não foi incluída, resta saber do início e do término do prazo gerador do benefício.

Ressalte-se que a lei usa a expressão "por decênio", considerando cada período de dez anos como um fato distinto.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, no artigo 116, concede o mesmo benefício em análise. Interpretando dito dispositivo, A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, "in" Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado, Vol. I, pág. 356, esclarece que, se dentro do decênio se verificar o fato que invalidará o direito do funcionário à concessão da licença, contar-se-á "o nôvo período de dez anos a partir do dia em que cessarem os efeitos da suspensão ou da licença ou do dia seguinte ao em que ocorreu a falta não justificada."

O Parecer do DASP, no proc. 10-522/51 — D. O. 16-11-51, pág. 16.816, também sustenta o mesmo ponto de vista:

> "INÍCIO DO DECÊNIO — Há que se considerar, para a concessão da licença especial, um período de dez anos, nos quais se observem os requisitos exigidos, **podendo o marco inicial dessa contagem datar de qualquer época.** (o grifo é nosso)
>
> O que se há de observar é que, durante dez anos consecutivos, o servidor preencha todos os requisitos legais para a concessão da licença, sendo que a interrupção do decênio, por qualquer falta que a determine, possibilita nova contagem de tempo, a partir dessa falta."

5. Em conclusão: o funcionário municipal apontado fará jus à licença-prêmio requerida, se durante dez anos ininterruptos não se afastou do exercício de suas funções, nos têrmos da lei.

O decênio começa com o efetivo exercício inicial do funcionário, ou logo após qualquer afastamento que o invalide, e transcorre ininterruptamente.

Os afastamentos previstos pelo Parágrafo único do artigo 162 não constituem interrupção ao serviço e, por isso, não acarretam a perda do direito à licença-prêmio.

O mesmo critério aplica-se aos professôres.

É o parecer.

Pôrto Alegre, 3 de setembro de 1971.

José Carlos Torres Miller
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1909/CGE

PETROBRÁS. As ações que a União transferiu, sem ônus, ao Município desfalcado, de conformidade com o disposto no § 3.º do artigo 10 da Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, não constituem bens que devam ser repartidos proporcionalmente ao território desmembrado para a formação de nôvo Município.

A Prefeitura Municipal de Sertão solicita parecer desta Consultoria quanto à legitimidade de pedido feito à PETROBRÁS no sentido de receber ações daquela Companhia.

Junta cópia do ofício encaminhando, em que afirma estarem, os municípios criados posteriormente ao ano de 1962, excluídos na distribuição das mencionadas ações e entender, por uma questão de justiça, que os mesmos têm direito idêntico aos demais.

Esclarece que Sertão foi criado distrito de Passo Fundo em 1933 e desmembrado em 5 de novembro de 1963, para constituir-se em mais um município gaúcho.

Finalmente, alega que as ações pertencentes a Passo Fundo devam ser divididas proporcionalmente à área territorial de cada município dêle desmembrado.

É o relatório.

2. O município de Sertão foi criado na vigência da Constituição Estadual, promulgada em 8 de julho de 1947, e da Lei n.º 4.054, de 29 de dezembro de 1962, que dispõe sôbre a alteração na divisão territorial do Estado.

A então Lei Maior do Estado, em seu Capítulo III, rezava:

> "Art. 45 — Compete à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador:
>
> .....
>
> XI — criar municípios, observando o disposto nesta Constituição, ou extinguir os que não estiverem em condições de prover as despesas com os seus serviços administrativos, e, nesse caso, decidir sôbre a anexação do respectivo território aos municípios limítrofes, obedecidas as disposições constitucionais;

XII — autorizar a realização de plebiscito para a criação de municípios ou para decidir sôbre o destino do território de municípios extintos, nos têrmos do inciso anterior;

XIII — autorizar a realização de plebiscitos para a incorporação, subdivisão ou desmembramento de municípios."

A Lei 4.054/62 estabelecia:

"Art. 43 — Os bens municipais situados em território desmembrado só passarão a pertencer ao nôvo município se utilizados exclusivamente no serviço e abastecimento locais.

Parágrafo único — Se os bens estiverem aplicados ao uso das populações dos dois municípios a propriedade e a administração continuarão pertencendo ao município desfalcado, regulando-se o uso comum e o custeio dos serviços locais por acôrdo ou arbitramento."

A Prefeitura de Passo Fundo recebeu as ações de que trata a consulta, em virtude do disposto no § 3.º do artigo 10 da Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, que dispõe sôbre a política nacional do petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a sociedade por ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima, e dá outras providências, determinando:

"A União transferirá, sem ônus, aos Estados e Municípios, em cujos territórios existem ou venham a ser descobertas jazidas e minas de petróleo de rochas betuminosas e pirobetuminosas e de gases naturais, respectivamente, 8% (oito por cento) e 2% (dois por cento) das ações relativas ao valor atribuído a essas jazidas e pelo qual sejam incorporadas ao capital da Petrobrás no ato de sua constituição ou posteriormente."

3. Transcrita a legislação que concerne à reivindicação do município de Sertão, verifica-se, em primeiro lugar, ser despicienda a afirmação de estarem os municípios criados posteriormente ao ano de 1962 excluídos na distribuição das mencionadas ações. Não houve alteração nos têrmos do § 3.º do artigo 10 da Lei 2.004/53 que, por êsse motivo, tem aplicação atual.

4. De outra parte, as ações pertencentes a Passo Fundo, município desfalcado, de conformidade com a legislação que presidiu a criação de Sertão, não se incluem entre os bens municipais situados em território desmembrado, que a êste passariam a pertencer, se utilizados exclusivamente no serviço e abastecimento locais. São essas ações da Petrobrás, assim como as bonificações e os dividendos que lhes correspondem, da propriedade exclusiva, enquanto existir, da pessoa jurídica de direito público que é o Município de Passo Fundo, independentemente do aumento ou da diminuição da área de seu território.

5. Merece ser observado, também, que o ofício reivindicatório foi mal endereçado à Petrobrás, pois que a transferência das ações em causa, sem ônus, aos Estados e Municípios, compete à União.

6. De todo o exposto, é de concluir-se que a argumentação e a pretensão da Prefeitura consulente carecem de amparo legal.

É o parecer, s.m.j.

Pôrto Alegre, 16 de setembro de 1971.

José Carlos Torres Miller
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1917/CGE

CONVÊNIO — Validade de ato praticado por quem devidamente credenciado. Legitimidade da representação. Convênio entre o Estado e o Município, para a execução dos serviços de prevenção de incêndios, combate ao fogo e socorros públicos de emergência. Autorização legislativa.

Necessidade e obrigatoriedade de elaboração do convênio de conformidade com o padrão legal. Aprovação pela Assembléia, se contiver inovações em seu texto.

Estado e Município de Canoas estão decididos a firmar convênio para a execução dos serviços de prevenção de incêndio,

combate ao fogo e socorros públicos de emergência. Ambos os governos já foram autorizados a celebrar dito instrumento, o primeiro, pela Lei estadual n.º 6.019, de 25 de agôsto de 1970, o segundo, pelo Decreto legislativo n.º 08/70, de 27 de novembro de 1970, tendo o prefeito canoense já assinado o respectivo têrmo. Entretanto, e por sugestão do Senhor Corregedor Policial, segundo o qual deve o Estado ser representado, no ato, pelo Senhor Secretário da Segurança Pública, ao invés de o ser pela Brigada Militar, submete o titular daquela Pasta o processo à audiência desta Consultoria-Geral.

É o relatório.

2. Com efeito, preceitua a Lei n.º 6.019/70:

> "Art. 1.º — É o Poder Executivo autorizado a firmar e renovar convênios com os Municípios para a execução por parte de Unidades (ou frações) de Bombeiros da Brigada Militar, dos Serviços de Prevenção de Incêndios, Combate ao Fogo e Socorros Públicos de emergência, nos têrmos da minuta anexa, que fica fazendo parte integrante desta lei."

A minuta a que se refere a predita lei constitui, pois, o modêlo oferecido pelo legislador às partes convenientes. Qualquer alteração que porventura se introduza no texto traria, como conseqüência, a necessidade de aprovação do convênio pela Assembléia. Isso, aliás, poderá ocorrer na espécie, se se pretender, como parece, modificar o padrão legal. De fato, a redação da alínea "h", da Cláusula Segunda, do texto enviado pela Secretaria da Segurança, inovando o teor da minuta que acompanha a lei, não foi muito feliz.

Consta da minuta legal:

> "h — transporte e demais vantagens pessoais asseguradas aos componentes da Brigada Militar."

Já o texto elaborado pela Secretaria da Segurança dispõe:

> "h — transportes e demais vantagens asseguradas ao pessoal."

Ressalta, **prima facie**, a impropriedade em omitir o qualificativo "pessoais" às vantagens, pois, sendo os integrantes da

Brigada Militar os beneficiários da norma, têm êles vantagens próprias, específicas, que devem ficar acobertadas. Dêste modo, a omissão do citado adjetivo poderá determinar dúvidas, quando da sua aplicação. Por tais razões, imperiosa e obrigatória é a elaboração do convênio de conformidade com o texto da minuta que integra a lei antes aludida.

3. Nesta altura, convém fixar o entendimento da exigência constitucional inserta no Inciso XV, do art. 27, da Carta estadual em vigor, segundo a qual é de exclusiva competência da Assembléia a aprovação dos convênios em que o Estado fôr parte.

Pergunta-se, assim, se em face da autorização constante do art. 1.º, da Lei n.º 6.019/70, deva o convênio de que tratam os autos ser submetido à apreciação do Legislativo. Entendemos que não, se, porém, conformado ao padrão legal, já que, "em qualquer sentido jurídico, que se lhe dê, autorização significa sempre a permissão ou o consentimento dado ou manifestado por certa pessoa, seja física ou jurídica, pública ou privada, para que se pratique ato ou se faça alguma coisa, que não seriam legalmente válidos, sem essa formalidade. Êsse consentimento ou essa permissão, **implicando prévia aprovação ao ato que vai ser praticado** (grifei), seja dada de modo expresso ou de modo tácito, põe em evidência o poder ou o direito decorrente da pessoa ou entidade, a quem cabe autorizar." (VOCABULÁRIO JURÍDICO, de Plácido e Silva, vol. I, pág. 200) Contudo — frise-se — se a Secretaria da Segurança insistir na inovação que propõe na alínea "h", da Cláusula Segunda, indispensável se torna a aprovação do convênio pelo Poder Legislativo, em obediência ao mandamento constitucional vigente.

Ademais, a alteração referida, que se reputa desnecessária, viria frustrar o objetivo precípuo da Lei n.º 6.019/70, que é o de acelerar a celebração de tais convênios, mediante (a) autorização — como prévia aprovação — e (b) fornecimento de minuta-padrão a ser meramente preenchida pelas partes celebrantes.

4. Finalmente, importa indagar acêrca da representação, ou seja, se, em lugar da Brigada Militar, possa figurar a Secretaria da Segurança, como parte, na assinatura do convênio em tela.

Entendemos que sim, eis que a Lei n.º 6.079/70, autoriza, como se viu, ao Poder Executivo a assinar e renovar convênios

com aquela finalidade — vale dizer — deferiu ao Govêrno do Estado, como pessoa jurídica de direito público, tal faculdade. Isso significa que, devidamente credenciada pela autoridade administrativa, qualquer pessoa poderá representá-la e firmar o mencionado convênio. A credenciação, assim formalizada, faz surgir o mandato, a representação. "Por êle, o mandatário representa, faz as vêzes do mandante; em nenhuma outra relação jurídica, oriunda de contrato, se dá essa substituição de pessoas, de modo que uma apareça como um prolongamento, uma projeção da outra." (**apud** Bevilacqua, PARECER n.º 733/DAJ). Daí ser válido o ato jurídico praticado por quem devidamente credenciado pelo Govêrno do Estado, já que o será em nome, como representante legal, de quem legìtimamente autorizado a fazê-lo.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Pôrto Alegre, 4 de outubro de 1971.

José Joaquim Monteiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 219/DAJ

Não há o "jus accessionis" em favor do particular, a respeito de terrenos acrescidos em águas públicas, a não ser nos casos de correntes que, não sendo navegáveis, nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e não navegáveis (artigos 2.º, 16 e 17 do Dec. n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868; artigo 16 e parágrafos, e artigo 17 do Código de Águas, Dec. n.º 24.643, de 10 de julho de 1934; artigos 89 e 116 do Decreto Estadual n.º 5.539, de 13 de março de 1934).

A inobservância das formalidades essenciais, prescritas em lei especial para o ato administrativo de aforamento das terras públicas, tem como conseqüência a nulidade do ato.

Essa nulidade, quando praticado o ato noutra esfera da administração e para valer "erga omnes", deve ser declarada pelo Juiz, se o particular interessado não quiser reconhecê-la na decisão administrativa.

As preferências relativas ao aforamento, estabelecidas na lei, em atenção ao interêsse privado, perdem o sentido, quando, com dito interêsse, concorre a utilidade pública, e só valem em caso de aforamento.

O aforamento é forma obsoleta, anti-social e antieconômica — hoje, pelo menos em Pôrto Alegre — de aproveitamento de terras públicas. O Estado dispõe de meios mais adequados para tal fim e tem o dever de utilizá-los da melhor forma possível, na persecução do bem-comum.

Trata-se no expediente de verificar a situação legal dos terrenos, onde se projeta construir a nova Estação Rodoviária de Pôrto Alegre.

Conforme exposição do Senhor Engenheiro Diretor da Diretoria do Patrimônio, os terrenos escolhidos para a aludida construção constituem-se, com exceção de um, de terrenos acrescidos, cujos aforamentos, no entender do Estado, foram concedidos pela União, aos foreiros confrontantes, irregularmente, mediante Apostilas, ou alterações nos próprios títulos originais de aforamento.

Do fato exposto, conclui a Diretoria do Patrimônio, resultam dois problemas de ordem jurídica, os quais enuncia a fls. 5 e de cuja solução, diz, depende a construção ou não, no local, da projetada Estação Rodoviária.

Submetidos êsses problemas a estudo da Procuradoria Fiscal, foram afinal apreciados na própria Diretoria-Geral do Tesouro do Estado.

Sôbre o mesmo assunto, o Sr. Secretário da Fazenda solicitou parecer da Procuradoria Geral, que encaminhou o expediente a esta Consultoria.

As questões jurídicas suscitadas no expediente, e sôbre as quais é solicitado parecer, foram expostas pelo Sr. Secretário da Fazenda nos seguintes têrmos:

"1.º) se é viável a impugnação das alterações irregularmente feitas nos títulos de aforamento de terrenos marginais do Rio Guaíba;

2.º) se é viável a concessão a terceiros das áreas acrescidas, apesar da preferência que assiste aos titulares dos aforamentos fronteiros à faixa acrescida."

É o Relatório.

2. Quanto à primeira questão, "se é viável a impugnação das alterações irregularmente feitas nos títulos de aforamento de terrenos marginais ao Rio Guaíba", impôs-se-nos preliminarmente o exame de:

I — o sentido das referidas alterações;
II — o alcance das irregularidades apontadas.

Relativamente às alterações, apuramos, no expediente, que as mesmas se verificaram na fixação da medida que vai da frente ao fundo dos terrenos aforados. Êsses, de acôrdo com os títulos originais de aforamento, expedidos entre 1835 e 1858, tinham **33m de** extensão no sentido da frente ao fundo; já, segundo os títulos expedidos entre 1858 e 1870, delimitavam-se tais terrenos, pelos fundos, com o **"Canal** ou projetada rua sôbre o Canal"; enquanto, pelos títulos posteriores, até o ano de 1912, aos mesmos terrenos, indicava-se-lhes a extensão da frente ao fundo até encontrar a "projetada rua das Flores ou 600 palmos", ou seja **132 m.**

Essa última extensão, de 132 m, no sentido da frente ao fundo, é aceita atualmente pelo Estado, também como referente à delimitação marcada simplesmente pelo "Canal ou projetada rua sôbre o Canal" (fls.).

Havia, assim, nos títulos primitivos de aforamento, apenas duas dimensões distintas, quanto à distância da frente ao fundo, relativa aos terrenos aforados: **33 m** e **132 m.**

"A partir de 1912 (fls. 3, parágrafo 4.º, "in fine"), apareceu" — em geral sob a forma de apostila — "**nos títulos** de aforamento **já expedidos,** a extensão frente-fundos delimitada pela projetada rua do Cais", constando, em raros casos, a explicação: "rua do Cais em prolongamento da Avenida Mauá" (histórico, entre outros,) do terreno n.º **113,** fls. **13).**

No entanto, "essa denominada **rua do Cais** (exposição da Diretoria do Patrimônio, fls. 12), de acôrdo com as plantas dos arquivos desta Diretoria, **era** de fato **o nôvo alinhamento da rua das Flores,** que marginava o Cais, então projetado, **e não** o atual prolongamento da Avenida Mauá". (o grifo é nosso)

3. **Sentido das Alterações:**

"Alteração", na técnica jurídica, "é a modificação que a coisa sofre no seu estado, valor ou fins, ou na sua ordem, qualidade ou quantidade". (Dic. de Técn. Jurídica, de Pedro Nunes — Rio de Janeiro — 1948)

As alterações na medida dos terrenos aforados, formalizadas em Apostilas, várias décadas após a expedição dos títulos de aforamento, objetivaram — como se depreende do estudo da matéria — modificar para mais, com terrenos acrescidos, a área dos terrenos aforados, aumentando-lhes, conseqüentemente, o valor, sem maiores ônus para os respectivos foreiros.

Admitiu-se, dêsse modo, o "jus accessionis" em favor dos foreiros confrontantes; e isso "contra legem", visto que a concessão dos acrescidos e respectivo processo, bem como o direito de preferência à concessão, vêm pormenorizadamente disciplinados no Dec. n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, então em vigor.

4. **Alcance das Irregularidades Apontadas**

Sob o ponto de vista legal, não existia, como ainda hoje não existe, o "jus accessionis" em favor do particular, quando se trata de acrescidos em correntes navegáveis; nem mesmo direito à concessão: as autoridades "**poderão,** segundo a localidade e as circunstâncias, **conceder ou não** os terrenos e aterros, **como entenderem conveniente, observando,** porém, **no caso de resolverem concedê-los,** as regras sôbre **as preferências** estabelecidas no art. 16, **impondo as condições** que parecerem vantajosas para o aproveitamento dos terrenos...". Sendo o terreno pretendido por mais de um indivíduo, que não tenha a seu favor o direito de preferência garantido pelo art. 16, ou dado o caso de perda do mesmo direito na forma do art. 18, o **domínio útil** do terreno será **pôsto em hastapública...**" (art. 5.º e seu parágrafo único, Dec. citado). A discrição administrativa a respeito da concessão se confirma em seguida, no artigo 6.º do mesmo diploma legal:

"**Deliberada a concessão...**". O longo processamento da concessão deixa evidente o zêlo do Estado no exame da conveniência ou oportunidade da medida.

"**Quanto à denegação do aforamento do terreno fronteiro**, ou seja como marinha, ou como artificial, não é claro que o suplicante recorresse também disso; quando fôsse, a Secção não tomaria conhecimento dêsse meio, pois que **a matéria pertence à autoridade discricionária da Administração.** Tal é o seu parecer, Vossa Majestade Imperial, porém, mandará o que fôr mais justo. Sala das Conferências, em 30 de abril de 1868. Visconde de S. Vicente. — José Maria da Silva Paranhos. — Francisco de Salles Tôrres Homem". (Manoel Madruga, Terrenos de Marinha, vol. I, 1928, p. 137)

Tôdas essas regras dizem expressamente com a concessão de terrenos acrescidos.

"Os terrenos de aluvião, quando constituídos junto aos de marinha, tomam o nome de **acrescidos,** como todos os que, natural ou artificialmente, se tiverem formado, ou se formarem além do ponto em que começam os de **marinha,** ou os **reservados** nas margens dos rios, respectivamente, para a parte do mar ou das águas dos rios.

O aforamento dêsses terrenos é feito como os de marinha e por lotes correspondentes à testada mas de metro de largura: o lote subseqüente para o mar, da mesma largura, se chama "**acrescidos de acrescidos**". (Rodrigo Octavio, "Do Domínio da União e dos Estados", 2.ª ed., 1924, p. 161, nota 229)

O mesmo se verifica da Circular de 29 de novembro de 1860, que "MANDA OBSERVAR NOS TERRENOS DE ALUVIÃO AS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AOS TERRENOS DE MARINHA. Ângelo Muniz da Silva Ferraz, presidente do Tribunal do Tesouro Nacional, tendo resolvido que na **concessão** por aforamento dos terrenos de **aluvião** onde existirem marinhas, e bem assim dos alagadiços ou terrenos devolutos encravados nas povoações e seus arredores, e quaisquer outros de que trata o art. 11, § 7.º, da lei n.º 1.114, de 27-9 do corrente ano, **se observem na medição, demarcação, avaliação, arbitramento de fôro e outros direitos dominicais, preferência e mais condições do aforamento, e em tudo mais que respeite à referida concessão, às léis, regulamentos, instruções** e **ordens** do Tesouro **concernentes aos terrenos de marinha;** assim o comunica aos Srs. Inspetores

das Tesourarias de Fazenda para seu conhecimento." (M. Madruga, ob. cit., vol II, p. 332-333)

Chamou-se algumas vêzes, impròpriamente, aos reservados das margens dos rios navegáveis "terrenos de marinha" "porque a lei autorizou o Govêrno a concedê-los em lotes razoáveis na forma das disposições sôbre terrenos de marinha." (Clóvis Beviláqua, Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª ed., 1946, p. 261, nota n.º 4)

5. A **Concessão formal** e não o apostilamento sôbre o fato da Acessão e respectivo direito constitui, legalmente e sob o ponto de vista doutrinário, o Ato do Poder Público de transmissão do domínio útil, e particularmente do relativo aos terrenos acrescidos, prevista no Decreto de 1868: "As Capitanias dos Portos e as Câmaras Municipais, estas na forma de suas Posturas e aquelas na do seu Regulamento, **não consentirão quaisquer construções, aterros, e obras sôbre o mar, rios navegáveis e seus braços, ou sôbre os terrenos do domínio público,** de que trata o presente Decreto, **sem concessão...**" (art. 20).

A linguagem do Decreto não permite dúvidas sôbre essa matéria: Segundo a ementa, "regula a **concessão** dos terrenos de marinha, dos reservados nas margens dos rios e **dos acrescidos** natural ou artificialmente". Na justificativa, diz: "Atendendo à necessidade de regular a **forma da mesma concessão** no interêsse, não só do domínio nacional e privado, como no da defesa militar, alinhamento e regularidade dos cais e edificações, servidão pública, navegação e bom estado dos portos, rios navegáveis e seus braços; ... decreta...".

Em seu art. 1.º dispõe: "A **concessão** direta ou em hasta pública dos terrenos de marinha, dos reservados para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, e **dos acrescidos** natural ou artificialmente **aos ditos terrenos,** regular-se-á pelas disposições do presente Decreto."

O processamento da concessão vem minuciosamente regulamentado a partir do art. 2.º e — é impressionante — refere-se particularmente à "**concessão de terrenos acrescidos** natural ou artificialmente ou para aterros e quaisquer obras particulares sôbre o mar, rios navegáveis, e seus braços".

Só, afinal, no art. 9.º, são estendidas essas normas de concessão de acrescidos às concessões de terrenos pròpriamente de "marinha" e às de "terrenos situados na zona da servidão pública dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis".

6. A legislação sôbre a matéria não permite admitir-se na carta de aforamento, o apostilamento de alterações na medida dos terrenos foreiros, como ato de transmissão do domínio útil de terrenos acrescidos.

Em verdade, o Decreto de 1868 se refere a **alterações**, no § 1.º do art. 8.º, mas essas alterações são as "propostas nas informações das Autoridades e Repartições" de acôrdo com os artigos 3.º e 5.º, durante o processamento da concessão, ou "as que tiverem lugar quando se resolver definitivamente sôbre a concessão", nos têrmos do art. 6.º: "Deliberada a concessão, proceder-se-á a **medição** e avaliação **dos terrenos acrescidos** ou da área, que tiverem de ocupar os aterros e obras...".

Depois da expedição dos títulos de concessão assinados "pelo Ministro da Fazenda na Côrte e Província do Rio de Janeiro, e pelos Presidentes nas demais Províncias" (art. 7.º), não cogita o Decreto de alterações posteriores nos referidos títulos, e em parte alguma de seu texto permite controvérsia sôbre a possibilidade de substituir-se o processo da concessão de terrenos acrescidos — em que se garante ao Estado o direito de examinar a oportunidade ou não da concessão, em que se lhe atribui o dever de deliberar sôbre a conveniência do ato, tendo em vista o interêsse público; em que se lhe reconhece, enfim. o poder de discrição — em parte alguma, é de repetir-se, permite controvérsia sôbre a possibilidade de dispensar-se tal processo com a promoção de uma simples alteração aditada aos títulos primitivos de aforamento, sob a forma de APOSTILA. Carta de Aforamento e Apostila formalizam dois atos administrativos distintos, cujos objetos lhes são peculiares: o objeto do primeiro é a transmissão do domínio útil; o objeto do segundo é, no caso, a pretendida modificação do direito do foreiro, resultante da alteração, para mais, na medida do terreno aforado, em virtude de acrescidos.

As APOSTILAS são, assim, NULAS, porque não são a forma impreterível indicada na lei para o ato de concessão de terrenos acrescidos. E ainda que o fôssem, seriam nulas de pleno direito, já, porque — por não haver o fato da acessão, na época em que foram expedidas, como exigia a lei — dariam forma a um ato sem objeto; já, porque, ainda que tivesse havido o fato da acessão, esta não se daria em favor da propriedade privada ribeirinha, mas do domínio público.

Os acrescidos sôbre as correntes navegáveis não modificam o direito dos foreiros confrontantes. Êsses não têm a seu favor o "jus accessionis".

Sôbre a matéria, não podemos esquivar-nos à lição dos doutos: "**A rígida observância da lei**, na teoria dos atos administrativos, toma o lugar que, nos atos jurídicos em geral, se atribui, pela sua importância, à manifestação da vontade". (T. B. Cavalcanti, in "Direito e Processo Disciplinar, Fund. Get. Vargas, s/d., p. 55) "Nem a urgência justifica a inobservância das **exigências formais** previstas em lei". Ê o que ensina Laferrière (ver Lalande "Repertoire de Philosophie, verb., Cause). "L'urgente dûment justifiee d'une décision administrative, l'affranchit-elle de la nécessité des formes? Non, car lorsque le législateur a prescrit des formalités, in n'appartient qu'à lui de les simplifier et les abréger en cas d'urgence; c'est ce qu'il a pris soin de faire en matière d'expropriation urgente et dans les questions bien plus pressantes encore de "péril imniment" provenant d'édifices menaçant ruine; il a alors simplifié les procédures; mais ni l'administrateur ou le juge de l'excès de pouvoir ne peuvent le faire à sa place." (Citação de T. B. Cavalcanti, em Direito Disciplinar, p. 55)

"Assim, ao contrário do que acontece, em regra, com os atos civis, a validade do ato administrativo depende de **forma especial**". (Prof. Dr. Ruy Cirne Lima, em "Princípios de Direito Administrativo Brasileiro", 3.ª ed., 1954, p. 96)

"A forma é o conjunto de solenidades com que a lei cerca a exteriorização do ato administrativo, estabelecendo o vínculo aparente entre a manifestação da vontade e o objeto. Obedece a normas instituídas, não só no interêsse da boa ordem do serviço público, senão também em amparo do administrado contra decisões "precipitadas, mal estudadas, e, por isso mesmo, errôneas ou injustas". Quando essas solenidades são preteridas, ou mal observadas, o ato se torna defeituoso por vício extrínseco. Êste implicará na invalidez do ato, em dois casos: se a lei expressamente exigir a forma preterida, declarando-a indispensável, ou se a forma fôr instituída com **finalidade** que só possa ser atendida pela sua obediência." (M. Seabra Fagundes, O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 3.ª ed., 1957, p. 92) No caso, a finalidade da forma é resguardar o interêsse público, o que se compreende pela Introdução ao Dec. 4.105, de 1868:

"Reconhecendo quanto é importante semelhante concessão (inclusive de "acrescidos"), a qual, além de conferir direitos de propriedade aos concessionários, torna os ditos terrenos produtivos e **favorece**, com o **aumento** das povoações, o das **rendas públicas;**

Atendendo à necessidade de **regular a forma** da mesma concessão no **interêsse,** não só do **domínio nacional** e **privado,** como no da defesa militar, alinhamento e regularidade dos cais e edificações, **servidão pública,** navegação e bom estado dos portos, rios navegáveis e seus braços;

. . . . . ."

Outro não foi o entendimento da matéria, há mais de 40 anos, como se pode apreciar do Parecer emitido em 1923 pelo Dr. Dídimo da Veiga num caso de transmissão de domínio útil: "**Deve ser expedida nova carta de aforamento e não apostilada a anterior**, uma vez que se reúne em um só foreiro todo o terreno antes dividido por herança, **comprando** um dos herdeiros a parte dos demais. O laudêmio será, em tal caso, de 5%." (in Manoel Madruga, ob. cit. vol. I, p. 454)

"Quando (o aforamento) recai sôbre **terrenos de marinha** e **outros,** está sujeito a um **processo administrativo especial,** determinado nos regulamentos do Govêrno." (Instruções de 14-11-1832; Dec. 4.105/1868; Perdigão Malheiro, "Manual do Procurador dos Feitos", §§ 307 e seguintes; Lafayette, "Direito das Coisas", § 144 — **in** M. Madruga, ob. cit. vol. II, p. 369-370)

8. Talvez se pudesse admitir a validade dessas Apostilas, apesar de tardias, se as alterações que lhes deram causa, visassem a modificações na medição defeituosa dos terrenos de marinha concedidos em aforamento, no século passado.

9. Ter-se-ia de admitir-lhes a validade, se o objeto fôssem alterações na medição dos terrenos foreiros, resultantes do "jus accessionis".

Êsse direito, porém, "in casu", nunca existiu em favor do particular, conforme se concluirá do estudo realizado, principalmente na 2.ª parte dêste Parecer, a partir do n.º 17.

10. Afastada a possibilidade do "jus accessionis" em favor do particular, resta considerar a Apostila como um meio para simplificar o ato da Concessão, que, sobretudo como relação de

administração, não pode ter outra forma, senão a prescrita em lei, pois que disposição legal existe a respeito, além do que o não-atendimento da forma atenta contra o interêsse público.

11. Aliás, o uso indevido, entre 1912 e 1932, de Apostilas como forma de concessão de acrescidos, apenas se compreende pela impossibilidade mesma da concessão, nos têrmos legais.

Tal concessão, regulada pelo Decreto n.º 4.105/22-2-1868, como ato jurídico administrativo que é, exige, para sua validade, pelo menos: autoridade competente, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não defesa em lei.

Segundo o art. 7.º do Decreto acima referido, são autoridades competentes para assinar os títulos de concessão "o Ministro da Fazenda na Côrte e Província do Rio de Janeiro" e "os Presidentes nas demais Províncias".

"Pelos Acórdãos n.ºs 1877, de 24-8-1917 e 29 de dez. 1920, o S.T.F. havia negado competência aos Delegados Fiscais nos Estados para aforar terrenos de marinha". (M. Madruga, ob. cit., vol. II, p. 355)

No entanto, em 1923, mudou a Jurisprudência do S.T.F. no sentido de reconhecer competência aos delegados fiscais do Tesouro Nacional para assinar os títulos de aforamento dos terrenos de marinha. Não concordamos "data venia", com a **fundamentação legal** exposta na obra supracitada, a respeito desta nova orientação.

A questão, porém, é irrelevante, pois a incompetência do delegado fiscal seria, no caso, relativa, cabendo, aqui, encerrar o assunto com a palavra autorizada do professor Cirne Lima (in Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, 3.ª ed., 1954, p. 147):

"Incompetência relativa, à sua vez, é a que se verifica quando o agente hierarquizado de uma pessoa administrativa, procedendo embora dentro do quadro geral do serviço a que pertence, se arroga atribuições incumbentes a outro agente da mesma pessoa administrativa dentro do mesmo quadro geral de serviço. Em tais casos, pode o defeito de competência não ter reflexo nenhum sôbre o conteúdo do ato, que se mostrará, talvez, em tudo o mais, conforme ao direito e aos interêsses da Administração. A infração das regras de competência, em tal caso, não determina, pois, a nulidade do ato; torna-o **anulável e**, como é óbvio, **suscetível de ratificação**, quando cabível esta." (o grifo é nosso)

12. O que importa, sobretudo, no caso, é o exame do **objeto** sob o ponto de vista legal, ou, mais precisamente, sob o ponto dc vista de sua possibilidade.

O supracitado Decreto 4.105/22-2-1868, em seu art. 2.º e parágrafos, aos pretendentes à concessão de terrenos acrescidos, impõe que, em seus requerimentos, delimitem êsses terrenos com a planta dcmonstrativa da extensão e confrontação dêles, atentando para que a planta dos mesmos seja traçada "na escala de 1:200, os detalhes de 1:100, e os perfis e cortes de 1:50, referindo-se ao metro." Mais adiante, no art. 6.º, dispõe: "Deliberada a concessão, proceder-se-á à **medição e avaliação** dos terrenos acrescidos... a fim de se marcar o fôro". E no art. 7.º, "Concuída a medição e avaliação", expedir-se-ão "os títulos de concessão".

Os terrenos acrescidos, representados em plantas, **medidos e avaliados**, são, portanto, uma realidade, uma coisa concreta, assim definidos legalmente: São terrenos acrescidos todos os que natural ou artificialmente se tiverem formado ou formarem — em se tratando de terrenos de marinha — além do ponto a que chega o preamar médio; em se tratando de reservados para a servidão pública — além do ponto médio das enchentes ordinárias (Parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do art. 1.º do já citado Dec. 4.105/1868).

No caso em estudo, não teria objeto a concessão de acrescidos, então, inexistentes.

Em 1932, quando, pelo Decreto n.º 21.235, de 2 de abril, o Govêrno Federal assegurou aos Estados o domínio dos terrenos marginais e acrescidos dos rios, que correm em seus territórios, a situação dos terrenos acrescidos aos marginais do rio Guaíba era a que exibe a planta de fls. . Os aforamentos de acrescidos só poderiam, dêste modo, abranger naquela época os plenamente constituídos.

Na falta dêsses "plenamente constituídos", a concessão havida só se poderia, legalmente, ter formalizado "para aterros", conforme o art. 2.º do Dec. 4.105/1868, ou — admitindo-se uma interpretação muito liberal do aludido Decreto — de acrescidos, que se viessem a formar com aterros feitos pelo foreiro.

Não consta tivesse havido êsse tipo de aforamento, porque os aterros foram feitos à custa do erário público.

Portanto, o **objeto** das concessões de acrescidos, — se concessões houvera — feitas entre 1912 e 1932, era, em face da lei,

"um vir-a-ser", porque os acrescidos não existiam. E não bastava, na época, para a referida concessão, que houvesse os acrescidos, constituídos, ou a se constituírem por conta do foreiro, era necessário que fôssem delimitados, medidos, avaliados, a fim de se estabelecer o fôro (art. 12, parágrafo único, do citado Decreto); e, além disso, representados em plantas, "traçadas na escala de 1:200, os detalhes (na escala) de 1:100, e os perfis e cortes de 1:50, referindo-se ao metro", plantas essas que seriam arquivadas nas repartições competentes "para a todo o tempo se verificar a extensão dos terrenos e suas confrontações".

Concluindo, não se poderia alegar que o objeto, então — sob o ponto de vista legal — impossível, se viesse a tornar possível com os aterros feitos pelo Estado, validando-se, assim, um ato juridicamente **nulo**, porque:

I — o Decreto n.º 4.105/1868, em seus artigos 2.º, 6.º, 8.º e 12, expressamente afastou tal hipótese, prevendo, na falta de acrescidos, não a concessão, no momento, dos que se viessem a formar no futuro; mas o que então era possível, isto é, "a concessão para **aterros** e quaisquer obras particulares **sôbre o mar, rios navegáveis**, e seus braços", nos mesmos moldes das demais concessões;

II — o ato nulo de pleno direito não convalesce.

Se o ato de concessão é nulo, por ser seu objeto impossível, a Apostila que pretendeu formalizá-lo é, pelo menos, igualmente nula, sem quaisquer conseqüências jurídicas.

É, ainda, nula de pleno direito, se teve em vista o "jus accessionis", porque, entre 1912 e 1932, época das Apostilas:

1) o fato da acessão não existia, por não haver os acrescidos em causa;

2) não tendo havido o fato da acessão, não poderia haver o respectivo direito;

3) se já houvesse os acrescidos, a acessão se daria ao leito do rio, sendo, pois, do domínio público, se o rio também o fôsse, conforme Resolução de 1852, referida adiante, a respeito dos terrenos de marinha, cujo tratamento é, em tudo, idêntico, nos têrmos do Decreto de 1868, ao dos rios navegáveis;

4) de acôrdo com o Dec. n.º 4.105/1868, teremos, forçosamente, de admitir ou que os acrescidos são acessórios do principal, que é a água, ou melhor, o seu álveo; ou que os "terrenos reservados" eram concedidos sob a forma de "ager limitatus", com exclusão, portanto, do direito de acessão.

13. Realizados êsses estudos preliminares, cabe-nos agora responder à primeira pergunta formulada pela Secretaria da Fazenda sôbre a possibilidade de impugnação de tais atos.

Damos a palavra ao Dr. Dídimo da Veiga, uma vez que o tratamento dispensado aos terrenos de marinha era o mesmo atribuído aos reservados e acrescidos:

"Pode-se promover a anulação de aforamento de terreno de marinha, mesmo aprovado pelo Tesouro, caso se verifique ter sido ilegalmente concedido" (in M. Madruga, ob. cit., vol I, p. 236).

"Recebe, diz o professor Cirne Lima, o Direito Administrativo, nesta matéria (de nulidades), os princípios gerais do Direito Civil. As causas de nulidade dos atos administrativos, continua o mestre, são, destarte, estabelecidas pelo artigo 145 do Código Civil". (Obra citada, p. 96)

Em comentários a êsse artigo e ao de n.º 146, referindo-se às nulidades de pleno direito, apontadas pelo Código Civil, ensina Clóvis Bevilaqua que "sendo (elas) de ordem pública, são vícios insanáveis. Qualquer interessado as pode alegar, independentemente de prova de prejuízo; o Ministério Público, representante da coletividade juridicamente organizada, quando lhe couber intervir, deve alegá-las; ao juiz cabe também a obrigação de as pronunciar, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos. São conseqüências da inexistência jurídica do ato. As partes não podem ratificar o ato nulo, expungindo-o da mácula, que o inutiliza, porque é um interêsse superior da sociedade civil, que a **lei** defende, quando **decreta as nulidades de pleno direito**. E contra o interêsse geral expresso na lei é, de todo, impotente a vontade individual." (Comentários ao Código Civil, vol. I, p. 434-435)

14. "A questão, porém, está em saber se a própria administração pode revogar o ato inquinado de irregularidade.... É certo que os atos administrativos podem ser eivados de vícios que os tornam inválidos, como é o caso, por exemplo, quando praticados em violação das regras jurídicas a que êles deviam conformar-se. Nessa hipótese, é comumente admitido que à própria administração cabe rescindir as suas decisões." (Francisco Campos, "Pareceres", Rio de Janeiro, 1934, vol. I, p. 237-241)

"A competência do Poder Judiciário, nessas matérias, não é, porém, excludente da administração, senão relativamente aos

atos administrativos anuláveis. Os atos nulos podem ser, em regra, diretamente declarados tais pela administração pública." (Cirne Lima, obra citada, p. 95)

15. Tratando-se de ato nulo praticado na órbita federal, convém — em nosso entender — para salvaguardar direitos de terceiros, que a nulidade seja declarada pelo Juiz, se o particular, interessado, não quiser reconhecê-la na decisão administrativa.

16. Quanto ao mandamento contido no art. 3.º do Dec. 22.658/20.4.1933, relativamente à obrigação de os Estados manterem e respeitarem os **contratos** de aforamento feitos pela União até 2-4-1932, não há que imputar-se ao Estado o desatendimento dessa norma, pois o que se impugna não são os contratos legalmente formalizados, mas — o que é impugnável, por dever — os atos administrativos ilícitos, que comprometem tôda a comunidade.

17. Relativamente à segunda questão submetida a parecer desta Consultoria, "se é viável a concessão a terceiros das áreas acrescidas, apesar da preferência que assiste aos titulares dos aforamentos fronteiros à faixa acrescida", cumpre-nos, preliminarmente, determinar:

I — **quanto à "preferência":**

A) seu sentido comum e regulamentação legal;
B) como direito, a respectiva extensão;
C) sua observância, apenas no caso de aforamento, que é uma das formas de utilização dos bens públicos;
D) a situação do particular relativamente ao interêsse público.

II — **quanto aos "acrescidos" sôbre os rios públicos:**

A) o conceito de "rio" e respectivo regime quanto à propriedade;
B) que os **acrescidos** sôbre os rios públicos têm a mesma natureza jurídica dos rios em que se formam;

C) que aos acrescidos não têm direito:
   a) os foreiros confrontantes;
   b) os proprietários dos terrenos contíguos aos acrescidos;
   c) quem quer que pretenda alegar "usucapião";

D) os acrescidos são bens públicos inalienáveis.

18. **Preferência**

A) Preferência (do verbo latino "praeferre", preferir, id est, antepor, dar primazia a, escolher...) — "significa ato ou efeito de preferir uma pessoa ou coisa a outra..." (C. de Figueiredo, Novo Dic. da Língua Portuguêsa, 4.ª ed.)

Em caso de aforamento de terras públicas, a "preferência" implica na escolha de um pretendente à concessão do domínio útil dessas terras, com exclusão de quaisquer outros; e vem expressamente regulamentada em tôda a legislação referente à matéria.

O Dec. n.º 4.105/1868, em seu art. 16, ao dispor sôbre a **preferência** para o **aforamento** dos terrenos de marinha, **dos reservados** nas margens dos rios e dos **acrescidos** natural ou artificialmente, firmou princípios que se mantiveram, diz Temístocles B. Cavalcanti, "em quase tôda a sua integridade, na legislação posterior, salvo a redação de certos dispositivos, cujas normas foram ampliadas". (Tratado de Direito Administrativo, 3.ª ed., 1956, vol. III, p. 502)

Determina o supracitado artigo 16:

"Têm preferência à concessão dos terrenos de marinha, e outros (os reservados nas margens dos rios e os acrescidos natural ou artificialmente), a que se refere o presente Decreto:

1.º — Nas suas respectivas testadas e frentes, os que aí (nos terrenos de marinha, nos reservados, ou nos acrescidos) tiverem **estabelecimentos** de sua propriedade, como trapiches, armazéns, e outros semelhantes, **dependentes de franco embarque e desembarque.**

2.º — Nas mesmas circunstâncias os posseiros, na suposição de lhes pertencerem os terrenos (de marinha, reservados ou acrescidos), e fazerem parte de suas fazendas, sítios, ou outras propriedades contíguas.

3.º — Os que tiverem arrendado ou aforado os terrenos (de marinha, reservados ou acrescidos), como parte de sua propriedade, em concorrência com os arrendatários ou foreiros, ainda que êstes tenham benfeitorias.

4.º — Os posseiros de terrenos contíguos a terras devolutas, havendo benfeitorias.

Parágrafo único — Se a forma do litoral do mar ou margem do rio por sua curvatura ou outra circunstância não permitir que a concessão seja da extensão correspondente à testada ou frente, poderá conceder-se o terreno proporcionalmente aos confinantes, ou reservar-se para uso comum dos mesmos confinantes ou para logradouro público, como fôr mais conveniente."

Cabe reproduzir aqui, também, o art. 17 do mesmo diploma legal, visto como a norma que estabelece, é ainda sôbre preferências:

Art. 17 — A preferência, de que trata o artigo precedente, não tem lugar a respeito dos terrenos de marinha, ou nas margens dos rios ou acrescidos, não ocupados ou possuídos, quando estiverem contíguos a estrada, rua ou outro caminho de servidão pública.

Parágrafo único — Em igualdade de circunstâncias serão preferidos os proprietários dos terrenos fronteiros, que pegarem do lado de terra com a mesma estrada, rua ou caminho público.

A regulamentação estadual sôbre preferência para aforamento está consubstanciada no Decreto n.º 5.539, de 13 de março de 1934, sobretudo em seu art. 89 e parágrafo 1.º:

Art. 89 — Os proprietários de terrenos confinantes fronteiros têm preferência à concessão de terrenos reservados, nas respectivas testadas e frentes. Sòmente com expressa desistência dêles, poder-se-ão processar pretensões de **terceiros.**

§ 1.º — Esta preferência poderá não ser atendida, quando o proprietário tiver o terreno separado por estrada, rua ou caminho público.

A) "**A concessão dos terrenos acrescidos**, natural ou artificialmente, **é regida**" **pelas mesmas regras** que disciplinam a concessão dos reservados (art. 116 do referido Decreto Estadual n.º 5.539, de 1934).

B) A **preferência**, como se acaba de ver, tem em vista **resguardar**, imediatamente, **interêsses privados**, geralmente de ordem econômica.

C) Na órbita estadual, é o direito atribuído, legalmente, ao particular de avocar-se o aforamento de terrenos reservados nas margens dos rios navegáveis estaduais, ou de seus acrescidos, **no caso de o Estado querer alienar o domínio útil de tais terrenos.**

D) A preferência, porém, perde o sentido, quando, com o interêsse privado, concorre a utilidade pública.

19. Quando se fala em **concessão a terceiros**, tem-se presente a idéia de que êsses terceiros se põem em igualdade de condições com os que têm preferência na concessão, que são todas pessoas de direito privado com interêsses particulares, pessoas essas que o Estado considera em face da lei, para, afinal, atribuir a vantagem a quem a ela fizer jus. Assim entendida a expressão, não pode o Estado fazer "concessão a terceiros" com preterição dos que legalmente têm assegurada a preferência.

No caso em estudo, o de que se trata não é de concessão a terceiros, particulares, mas de aproveitamento, pelo Estado, de terrenos seus, acrescidos com aterros por êle realizados, para instalação de serviços de utilidade pública. E êsse aproveitamento deverá ser feito por ato que corresponda ao verdadeiro fim do Estado, que é o interêsse comum.

20. **Acrescidos**

A) Antes de ingressarmos, pròpriamente, no estudo dos terrenos acrescidos para a parte das águas dos rios públicos, do domínio estadual, convém determinar o conceito de **rio** e o regime do mesmo quanto à propriedade.

— "Flumen consistit ex quattuor nempe: littore, ripa, alveo e acqua".

Já o entendimento antigo dava o rio como formado por quatro elementos: água, leito, ribanceira e margem. Autôres há que reduzem êsses quatro elementos a três: água, leito e margem, subdividida essa em margem interna ou ribanceira e margem externa. Êsses elementos constitutivos do rio formam um todo, integram um conjunto, uma unidade econômica, de tal modo que, na desapropriação das águas, importa, para a utilização delas, a desapropriação dos respectivos álveos e margens (art. 32 do atual Código de Águas).

Mas "o que constitui pròpriamente o rio, é a água corrente" (I, § 23, de rer., divis.). O álveo, as ribanceiras e as margens são acessórios dela.

Quanto à propriedade, naquilo que particularmente interessa no caso, são publicas, de uso comum, as correntes navegáveis (art. 2.º, C Águas).

a) "Alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium" (Caio, Dig., L. 41, 1, 7, 85). "O álveo segue a condição jurídica do rio: é público quando o é o rio" (I, § 23, de rer., divis.). O álveo (superfície que as águas cobrem sem transbordar para o solo natural e ordinàriamente enxuto) **será** público **de uso comum** ou **dominical, conforme a propriedade das respectivas águas;** e **será particular no caso** das águas comuns ou **das águas particulares**" (art. 9.º e 10 do atual C. Águas).

b) "**Ripa** ea esse putantur quae plenissimum flumen continet" (Dig., L. 43, § 1, De flumin.). "Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellare, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare (Justiano, Inst., 2, 1, 4). A ribanceira é a parte que contém o rio na sua maior altura. "A ribanceira segue a condição jurídica do leito" confirma o Dr. Alfredo Valladão, Direito das Águas, 1931, p. 81, e continua: "ribanceira — riba de rio talhada a pique — segundo Morais, ou — il lembro rilevato di quella cavità entro cui scorre il fiume — de que fala Meucci", constitui a **margem interna, que forma com o álveo uma só coisa.** "O leito dos rios, prossegue o autor na ob. cit., compreende, assim, as suas margens até o ponto em que chegam as suas mais altas águas, no seu estado normal e sem transbordamento; tal é o limite entre a **ribanceira** e a margem externa".

Com efeito, "nossa doutrina jurídica comporta a distinção entre margem **interna** e **externa.** Aquela é a superfície por onde corre o rio prolongada e elevada lateralmente, segundo uma figura qualquer, e **forma com o álveo uma só coisa**; é sua parte integrante e, portanto, o que para um se dispõe, é extensível à outra." (M. I. Carv. de Mendonça, "Rios e Águas Correntes", Curitiba, 1909, p. 236)

Quanto à propriedade, as **águas públicas** de uso comum, **bem como o seu álveo,** pertencem ou à União, ou aos Estados, ou aos Municípios (art. 29, C. A.).

c) "**Margem externa**" ou margem pròpriamente dita, "é a zona de terreno circunstante que confina com a água ou o leito" (autor e obra supracitados, p. 81). Nessa margem, quando a corrente é navegável e está fora do alcance das marés, existe uma

faixa de terreno de 7 braças craveiras (15,4m) ou simplesmente 15m, contadas, desde o ponto médio das enchentes ordinárias, para a parte da terra (Lei n.º 1507/1867, art. 39; Dec. n.º 4.105/1868, art. 1.º, § 2.º; Á. de 1934, art. 14) que se chama "reservada" — terrenos reservados — que faz parte do rio, podendo, entretanto, ser utilizada pelos **ribeirinhos** (art. 11, § 2.º, C. Á.), e que, assim como o rio, **é pública**, e do domínio estadual, no caso do art. 29, II, C. Águas). Ditos "terrenos reservados" são bens dominicais do Estado que os pode destinar ao uso comum, ou pode concedê-los em aforamento, **conforme legislação especial**, de direito público, editada a partir de 1831, se reconhecer "quanto é importante semelhante concessão, a qual, além de conferir direitos de propriedade aos concessionários, torna os ditos terrenos produtivos e favorece, com o aumento das povoações, o das rendas públicas", nos têrmos da motivação do velho e ainda vigorante decreto de 1868, motivação essa que, podemos adiantar, perde o sentido, quando se trata de aproveitamento, pelo Estado, de terrenos dominicais situados em centros populosos, sobretudo em época de inflação. Com autorização legal, pode ainda o Estado alienar tais terrenos.

Assim, conforme as leis vigentes, **"os terrenos reservados nas margens das correntes públicas** de uso comum, compreendidas entre essas as correntes navegáveis, seguem a condição jurídica das águas: **são públicos**, dominicais ou de uso comum, e pertencem ao Estado, que poderá, ainda, ter dêles apenas o domínio direto, se os houver concedido em aforamento.

Só serão particulares, se houverem sido alienados pelo Poder Público, mediante lei especial" (C. Águas, arts. 11, 2.º, letra b; C.C.B., art. 67).

Assim foi de acôrdo com a legislação anterior, pelo menos, desde 1867. Se não, releiamos os têrmos do Parecer, emitido em 1918, pelo ilustre Desembargador Dr. André da Rocha:

> "Margens do rio destinadas à servidão pública. Seu desmatamento no interêsse da navegação.
>
> Em 30 de dezembro de 1918.
> Sr. Dr. Secretário das Obras Públicas.
>
> Consultastes se, "em se tratando de um rio público estadual, como é o Gravataí, pode o Estado, ou não,

mandar proceder ao desmatamento das margens para fins que interessam à navegação, independentemente de qualquer aviso aos ribeirinhos e se êstes têm direito à indenização pelas árvores que fôrem abatidas e prejuízos decorrentes para as suas propriedades".

Tenho a informar-vos que o **desmatamento** a que se alude só poderá ser feito **independentemente de aviso aos proprietários ribeirinhos**, se as margens daquele rio estiverem na zona de sete braças reservada para servidão pública, contadas do ponto médio das enchentes para o interior, consoante ao disposto no art. 39 da Lei n.º 1.507, de 26 de set. de 1867.

Se, porém, ao tempo da promulgação da lei referida, os terrenos das margens do rio Gravataí já se achavam por algum título legítimo no domínio particular, as obras só poderão ser realizadas de acôrdo com os proprietários ou, se êste não fôr possível, mediante desapropriação do terreno, nos têrmos do art. 72, § 17 da Constituição Federal e art. 434 do Cód. de Proc. Civil e Comercial."

Assim é, na atualidade.

"A expressão **título legítimo** de que se vale o art. 11 do Código de Águas (dec. n.º 24.643, de 1934) deve ser interpretada em consonância com o art. 39 da lei n.º 1.507, de 1867, decorrendo dessa combinação que o título legítimo é aquêle emanado da União, por fôrça de concessão e não proveniente de mera aquisição particular. Julga-se o reivindicante carecedor de ação de reivindicação de faixa de terreno situado à margem de rio navegável, que banha a mais de um Estado se se funda em título de aquisição de particular, sem comprovar que êle ou seus antecessores obtiveram qualquer concessão do Poder Público."

> Ac. por maioria, 4.ª CCTASP., 9-12-58, Rev. Trib. 285/648 — (A Const Bras. de 46, vista pela Jurisprudência, de Dirceu Victor Rodrigues, art. 34 da Const., n.º 767, p. 113)

Também "os anti-dominalistas europeus — continua o Dr. Carvalho de Mendonça em sua citada obra, p. 230, distinguem no rio a água, o álveo e as margens, e como **é a água o principal elemento nesse conjunto**, deferem-na ao domínio público, **convindo**

que as **margens possam**, como as ilhas e aluvião, **pertencer aos ribeirinhos,** salvo as servidões. Segundo essa posição, à margem externa, "faixa lateral de terreno que vem terminar na aresta da interna", "se aplicam as disposições relativas à propriedade dos terrenos marginais". "Não há dúvida — afirmam os que assumem tal posição — que, em regra, as margens pertencem aos ribeirinhos. As servidões públicas estabelecidas à margem dos rios navegáveis constituem uma exceção, uma limitação que implica a existência de tal domínio".

Não vale, entretanto, a observação apressada de que a "servidão" estabelecida no interêsse público, às margens dos rios navegáveis, pela Lei de 1867, esteja a indicar que ditas margens sejam do domínio particular, por isso mesmo que sôbre elas pesa o ônus da servidão pública; nem se faz mister qualificar de imprópria a expressão "servidão pública" usada na lei de 1867, porque, como elucida nosso eminente jurista e professor, Dr. Ruy Cirne Lima, "dentre as servidões administrativas, a mais antiga, porque rastreável, segundo a origem, até o Direito Romano, é a servidão à margem dos rios públicos. Pela Lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867, ficou reservada, para servidão pública, nas margens dos rios navegáveis e dos que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés,... a zona de sete braças, contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior (art. 39). Trata-se de servidão a benefício do público, e não sòmente da navegação (M. I. Carv. de Mendonça, ob. cit., Rio de Janeiro, 139, n.º 109, p. 231), constituída, porém, em favor de um serviço público pròpriamente tal. O rio, ainda que acidente natural, é, enquanto adaptado, ou conservado apto pela administração pública, aos usos de que é suscetível, prestação de um serviço público, feita diretamente à coletividade. **O Código de Águas não revogou o art. 39 da Lei n.º 1 507, de 26 de setembro de 1867, com declarar que os terrenos, reservados para servidão pública, em se tratando de rios públicos, hão de reputar-se** "públicos dominicais", se não estiverem destinados ao uso comum, ou, por algum título legítimo, não pertencerem ao domínio particular (art. 11). Públicos dominicais, reputava-os já a Lei 1.507, em têrmos análogos, ao permitir, no mesmo artigo 39, a concessão dêles, pelo Govêrno, "em lotes razoáveis", "na forma das disposições sôbre terrenos de marinha". Situação semelhante conheceu, a respeito, o Direito Romano. À parte a diversidade possível de domínio quanto aos terrenos reservados (C. Águas, art. 31: "... se, por algum título, não forem do domínio federal, municipal..."), e a

diversidade das competências, acêrca dos serviços públicos de águas (Const. Federal, art. 5.º, XV, e art. 153; C. Águas, art 68), cabe não se esqueça que, já no Direito Romano, a máxima "nemini res sua servit" não obstava a que a servidão pudesse incidir, ainda que não de regra, sôbre coisa, própria do senhor da coisa dominante (Jolowicz, ob. cit., p. 427; f. Dig.,lib. VIII, tit. III, de servitutibus praediorum rusticorum, fr. 31).

Inovação do Código de Águas foi meramente a servidão de trânsito, nomeadamente tal, que criou, sôbre as margens das correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem para formar outras simplesmente flutuáveis, e não navegáveis (art. 12 e art. 11, 2.º). **Essa servidão, de trânsito,** restrita à passagem de agentes da administração pública, quando em execução do serviço público (art. 12), **incide sôbre as margens de correntes, que não são necessàriamente públicas,** de vez que sòmente poderão considerar-se públicas, com aquêles característicos, se influirem na flutuabilidade das correntes flutuáveis que concorrem para formar (art. 2, f.)

(Das Servidões Administrativas, Separata da Revista Jurídica — Vol. 27, 1957 — p. 5-14 — Pôrto Alegre, p. 9, n.º 6. Ruy Cirne Lima)

1) Diferença-se a **servidão administrativa** da servidão real do direito privado em que, diversamente desta, se estabelece, — não entre duas coisas — senão **entre uma coisa e um serviço público, em tal hipótese havido como "res dominans".**

(Ruy Cirne Lima, Princípios, p. 196, 3)

"Os terrenos marginais **reservados** ao serviço da navegação, sofrem entre nós a servidão, **em virtude da reserva que a lei dêles faz,** quando limitam com os nossos rios navegáveis." "O último estado da legislação monárquica deixou bem definidos os terrenos de marinhas, os **reservados** e os acrescidos", diz o autor que estamos citando, em sua obra, à p. 122. Êsses terrenos reservados às margens dos rios navegáveis são do domínio público.

"Desde o direito português era geralmente recebido o princípio que ao Estado e não aos proprietários confinantes pertenciam as margens dos rios navegáveis." (Abel Andrade, Com. ao Cód. Civil, Port., n. 65, apud Carvalho de Mendonça, ob. cit. p. 238) Isso passou para o direito brasileiro (Lei n.º 1.507, de 1867, art. 39; Dec. 4.105, de 1868, art. 1.º, § 2.º; Dec. n.º 6.617, de 1907,

art. 173; C. de Carv., Dir. Civ. Recopil. art. 204), que deu a tais terrenos a extensão de 15,4m para a parte da terra, contados do ponto médio das enchentes ordinárias (Carv. de Mendonça, ob. e lugar cit.).

"Êstes terrenos são, pois, do domínio público e dos Estados, se por algum título legítimo não se acharem no domínio federal, ou municipal, ou, por concessão, no uso de algum particular (C. de Carv., Dir. Civil Recopilado, art. 216 c, apud Carv. de Mendonça, ob. e lugar cit., e art. 31 do Cód. de Águas de 1934).

Posteriormente, dispuseram no mesmo sentido sôbre êsse assunto a lei n.º 3.644, 31-12-1918, art. 110; o Dec. n.º 21.235, de 2 de abril de 1932; o Dec. n.º 22.658, de 20 de abril de 1933; Dec n.º 24.643, de 10 de julho de 1934 (Cód. de Águas, art. 29).

O princípio romano da **propriedade das margens pelos ribeirinhos se aplica ao caso de correntes** não navegáveis nem flutuáveis, **que concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis** e não **navegáveis,** como determina o Cód. de Águas, no art. 11, n.º 2 (§ 4 Inst. div. rer.; 1.5D eodem, apud Carv. de Mendonça, ob. cit., p. 238 e Cód. de Águas, art. cit.). Conforme dispõe o C. Águas, no art. 12, as margens de propriedade dos ribeirinhos não estão sujeitas à servidão pública, a não ser nos casos de correntes que concorrem para formar outras simplesmente flutuáveis (art. 12, C. Á.); nessas margens existe uma servidão de trânsito dentro apenas de uma faixa de 10 metros para os agentes da administração pública, quando em execução do serviço.

"Tudo isso — diz o eminente Carvalho de Mendonça, já em 1909, data da publicação de sua obra citada — é, sem dúvida, direito vigente, mas pode-se dizer que em completo desuso entre nós. À exceção dos rios que atravessam povoações em nosso país, não nos consta que os nossos governos, do extinto e do atual regime, tenham tido em grande conta os reservados à margem dos rios navegáveis. É verdade que sôbre tais terrenos jamais se têm construído quaisquer obras de uso particular ou de emprêsas sem concessão prévia; mas quanto ao **gôzo** de tais margens pelos proprietários ribeirinhos, no interior do nosso país, êle foi sempre **constante e tolerado.** É conveniente fazer cessar êsse estado de coisas para fazer dominar a letra da lei? Não seremos nós quem o afirme.

Não é raro, antes é muito comum, ver-se (sic) à margem de nossos grandes rios extensas e luxuriantes culturas que só prosperam à borda das correntes. Em um país que tem tôda a sua vida, todo o seu futuro na lavoura; em uma terra abençoada que as leis naturais fadaram a produzir a matéria-prima de tudo, **essa tolerância é digna de todos os aplausos,** em tôdas as circunstâncias em que ela não ferir os interêsses imediatos da navegação. Êste é, com efeito, um outro problema que nosso país tem a resolver e intimamente conexo com o desenvolvimento agrícola" (p. 238 e seg.).

A tolerância de que fala o autor, tão importante para a agricultura, está consagrada hoje no § 2.º do art. 11 do C. Águas:

"**Será tolerado o uso dêsses terrenos (reservados** nas margens das correntes públicas) **pelos ribeirinhos,** principalmente os pequenos proprietários, que os cultivem, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interêsse público."

B — ACRESCIDOS SÔBRE OS RIOS PÚBLICOS

a) O aforamento de terras públicas no Brasil regeu-se inicialmente, como refere T. B. Cavalcanti, "pelas Ordenações, Alvarás, Ordens e Decretos, relacionados diretamente com a nossa organização jurídica até o Código Civil" (Tratado, vol III, p. 479).

Daí o ser-nos dado o conceito de acrescidos, pelo próprio e já citado Decreto n º 4.105, de 1868, em seu artigo 1.º, § 3.º:

> "São terrenos acrescidos todos os que **natural** ou **artificialmente** se tiverem formado ou formarem além do ponto determinado nos §§ 1.º e 2.º **para a parte** do mar ou das águas **dos rios** (Res. do Cons. de 31 de janeiro de 1852 e Lei n.º 1.114, de 27 de setembro de 1860, art. 11, § 7.º)", sendo o ponto determinado nos parágrafos acima referidos — no caso dos terrenos de marinha — aquêle "a que chega o preamar médio"; e — no caso dos reservados nas margens dos rios — "o ponto médio das enchentes ordinárias".

A acepção legal de acrescidos não mudou e nela estão compreendidos:

1) **os terrenos de aluvião pròpriamente tais,** isto é, o "incrementum latens, quod ita paulatim agro adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoque momento temporis adjuciatur", como

os definem as Institutas de Justiniano; bem assim, a chamada **aluvião imprópria,** formada pela parte do álveo que se descobre pelo afastamento das águas.

O Código de Águas dispõe no art. 16:

"Constituem "aluvião" os acréscimos que sucessiva e imperceptìvelmente se formarem para a parte do mar e das correntes, aquém do ponto médio das enchentes ordinárias, bem como a parte do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas";

2) **os terrenos que se formam artificialmente.**

Exposto o conceito de acrescidos, cabe relembrar a noção de **acessórios** em face de nosso direito positivo.

A "acessão", nome do qual se origina o têrmo "acessório", é um **fato** que pode resultar, ou não, da vontade.

Como fato natural, independente da vontade, a "acessão" "provém de um fenômeno denominado por alguém o "absolutismo" das águas, pois que (estas) a cada momento imprimem nos prédios marginais, modificações que se manifestam ora pela aluvião, ora pela avulsão, ou pela formação de ilha, ou ainda pelo álveo abandonado" (Alfredo Valladão, Bases para o Código das Águas da República, 1907, p. 330).

"Em todos êstes casos — diz o Dr. Valladão, na ob. e lugar supracitados — há a observar o princípio da acessão, em virtude do qual a coisa acessória cede à principal". A distinção que se procura estabelecer entre acessão, fato, e direito de acessão, improcede, quando se tem em vista, com Lafayette, que "tôda a economia do instituto da acessão está em se saber qual a coisa principal e qual a acessória" (Direito das Coisas, § 38, p. 93).

No rio, como acabamos de ver (n.º 20, a água corrente é a coisa principal; o álveo, por onde flui, as ribanceiras que a contém, as margens que lhe permitem o aproveitamento como bem público e, conseqüentemente, **os acrescidos naturais ou artificiais são acessórios dela** e, como tais, **seguem a condição jurídica da água.**

Referindo-se à aluvião, própria e imprópria, diz o Dr. Valladão que, em ambos os casos, os acréscimos ficam pertencendo ao domínio público, quando aderem às margens das **correntes** dêste

domínio, salvo na hipótese das correntes de que **se fazem** as correntes flutuáveis (hipótese essa prevista no C. Águas, art. 11, item 2.º, referida, porém, às correntes que, apenas, **concorrem para formar** outras simplesmente flutuáveis).

E nem há discutir a questão pelo direito pátrio.

O caso está expressamente previsto pelo artigo 1.º do decreto n.º 4.105, de 1868 (Ob. cit. Bases p. 36).

Assim, apesar da boa doutrina e da clareza da lei então vigente sôbre o domínio dos acrescidos em águas públicas, o art. 538 de nosso Código Civil, contràriamente a essas normas especiais de Direito Público, foi interpretado como admitindo o "jus accessionis" em águas públicas em favor do proprietário ribeirinho, isto é, em benefício do particular que, originàriamente, mediante ato do Poder Público obtivera o domínio de terreno reservado.

Êsse art. 538, tal como tem sido interpretado, é inaplicável no plano do Direito Público.

Carvalho Santos, em comentário ao art. 538, em referência, cuja regra transcrevemos:

"Os acréscimos formados por depósitos e aterros naturais, ou pelo desvio das águas dos rios, ainda que êstes sejam navegáveis, pertencem aos donos dos terrenos marginais."

explica, tendo em vista o art. 16 do Código de Águas, que os acréscimos se formam:

I — por **aluvião própria** ou imprópria, conforme se trate de limo e atritos (sic) trazidos pelas águas; ou do fato de as correntes, em sua retirada paulatina, deixarem descoberta parte de **margem interna** e isto, ou porque a água de uma das margens recua, avançando sôbre a outra; ou porque a água diminui de volume.

"Para os efeitos da **acessão,** a aluvião **própria** se **equipara** em tudo à aluvião **imprópria**" (Cód. Civil Brasileiro Interpretado, vol. VII, 2.ª ed., 1937, p. 366).

E continua·

"O Código Civil é claro ao dispor que a aluvião passa a pertencer aos donos dos terrenos marginais, ainda que os rios sejam navegáveis, vale dizer, públicos".

"Mas, conclui a autoridade de Carvalho Santos, o Código de Águas orientou-se noutro sentido, dispondo no § 1.º do art. 16:

> "**Os acréscimos** que por aluvião, ou artificialmente, se produzirem **nas águas públicas** ou dominicais **são públicas** dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou se por algum título legítimo não fôrem do domínio particular."

Outro não é, a respeito da aluvião produzida nas águas públicas, o entendimento de Clóvis Bevilaqua:

"Pelo **Código Civil, art. 538,** diz o grande civilista, os acréscimos resultantes de aluvião pertenciam aos proprietários marginais, na direção das respectivas testadas, ainda que o rio fôsse navegável. O **Código de Águas,** porém, **alterou** essa norma tradicional e estatuiu:

> "**Os acréscimos**, que, **por aluvião,** ou artificialmente, se produzirem **nas águas públicas** (deve ser nas margens) ou dominicais **são públicos dominicais,** se não estiverem destinados ao uso comum, ou **se** por algum **título legítimo,** não forem do domínio particular" (art 16, § 1.º)."

E, em nota de rodapé (8-a), acrescenta: "Há outras disposições, de caráter administrativo, que completam a orientação coletivista dêsse Código (das Águas) V. os arts. 11 e 17." (Direito das Coisas, 2.ª ed., 1946, 1.º volume, p. 158)

"Data venia" a nós parece-nos, pelo estudo realizado, que a legislação sôbre águas afastou desde meados do século passado, ininterruptamente, o individualismo de tradição romana dominante no Direito Privado; e que a norma tradicional a respeito da propriedade dos acrescidos em águas públicas não é a resultante da interpretação dada ao art. 538, do C. Civil, mas é justamente a consagrada no art. 16, § 1.º, do Código de Águas.

Não diferindo, na época, o tratamento legal dado aos acrescidos dos reservados, do dispensado aos acrescidos de marinha, é oportuno reproduzir neste passo as decisões administrativas a respeito da matéria, começando pela célebre Portaria de 3 de fevereiro de 1852:

"... Sua Majestade o Imperador, por sua Imediata Resolução de 31 do mês passado, tomada sôbre Consulta da Secção

de Fazenda do Conselho de Estado, Houve por bem declarar que, na conformidade da legislação em vigor, só se deve compreender na concessão da Lei de 3-10-1834, art. 37, § 2.º, as 15 braças de beira-mar, contadas do lugar onde chegam as marés médias, **não podendo** ter lugar a pretensão da Ilustríssima Câmara da Côrte de ser **considerado marinha,** para dela usufruir os foros nos têrmos da citada Lei, **todo e qualquer terreno que acrescer às sobreditas 15 braças; portanto,** sendo as marés interiores do Município da Côrte além do ponto onde terminam as marinhas, assim como todos os outros que circundam o Império do domínio nacional, **devem** neste mesmo (domínio nacional), entrar quaisquer acumulações de terras que nêles (municípios) aparecerem ou sejam **casuais ou artificiais,** que além de assentarem sôbre o fundo do **mar,** o qual (fundo do mar) tem a mesma natureza (bem do domínio nacional) dêste (do mar), distingue-se a poder separar-se do terreno de marinhas, sem lhe causar detrimento; ficando, por conseqüência, absolutamente proibido, sob as penas da Lei, aos foreiros de marinha fazer obra ou uso exclusivo do terreno **que por qualquer forma lhes acrescer** (aluvião ou aterros artificiais), salvo concessão do poder competente." (Portaria de 3-2-1852: Declara à Ilma. Câmara Municipal da Côrte que não pode ter lugar a sua pretensão a terrenos de marinha acrescidos às 15 braças de beira-mar contadas do lugar onde chegam as marés médias). (M. Madruga, Terrenos de Marinha, Imprensa Nacional, R. de Janeiro, 1928, vol. I, p. 500-501) (Os parênteses, os grifos e a ortografia atualizada são nossos).

Aí estão, de maneira irretorquível, os **acrescidos** qualificados como **acessórios:** os acrescidos são acessórios; não, porém, dos terrenos de marinha ou dos reservados a que se unem, mas do fundo do mar ou do leito do rio sôbre que assentam.

"Os acrescidos (casuais ou artificiais) — deduz-se da Portaria supracitada — devem entrar no domínio nacional, porque:

1) assentam sôbre o fundo do mar (o **fundo do mar** tem a mesma natureza do mar. São ambos do domínio nacional);

2) distingue-se a (a ponto de) poder separar-se do terreno de marinhas, sem lhe causar detrimento." Cumpre se esclareça que o sujeito do verbo **se distingue,** tal como aparece na Portaria acima, são, realmente, **os acrescidos.** O verbo está no singular por influência talvez do Francês, dominante na época.

No mesmo sentido da Portaria de 1852, temos a de 1861, "As Câmaras Municipais não podem aforar os acrescidos sôbre o mar"

(M. Madruga, ob. cit., p. 134). Porque, sendo o mar do domínio nacional, os acrescidos também o são, não podendo, assim, tais acréscimos ser objeto de aforamento por parte dos Municípios.

Segundo o Aviso de 27-1-1862, "A concessão feita à Ilma. Câmara Municipal da Côrte, pela Lei de 3-10-1834, art. 37, § 2.º, só compreende as 15 braças de beira-mar, contadas do lugar onde chegam as marés médias. **Todo e qualquer terreno que acrescer às sobreditas 15 braças, casual ou artificialmente formado sôbre o fundo do mar, pertence ao domínio nacional**, como o declarou a Ordem n.º 42/3-2-1852.

A conseqüência dêstes princípios é que a sobredita Câmara Municipal **não pode conceder licença para se fazerem aterros** sôbre **o mar. Êste direito só compete ao Govêrno, bem como o de aforar os ditos terrenos acrescidos aos de marinhas** em conformidade da lei 1.114/27-9-1860, e nos têrmos da Circular n.º 533, de 29-11, do mesmo ano." (M. Madruga, ob. cit., vol. I, p. 501)

"... e tudo quanto exceder à marinha existente em 1831 para o mar é **acrescido ou aluvião** concessível pelo Estado." (Diretoria Geral do Contencioso, em 20-12-1867, in M. Madruga, ob. cit., p. 134)

Assim não é permitido fazer construções ou atêrro nos terrenos de aluvião, sem permissão expressa do govêrno, mesmo aos concessionários de terrenos de marinha e acrescidos porque as **eoncessões de "marinhas e acrescidos" são feitas com exclusão do direito de acessão.**

Tudo o que se acabou de dizer sôbre acrescidos como acessórios do fundo do mar ou do leito dos rios, transparece da legislação brasileira vigorante em todos os tempos, sôbre o assunto. Já se demonstrou, na primeira parte dêste Parecer, que o foreiro confrontante não tem direito aos acrescidos; que êsses acrescidos, segundo a regra "Accessorium sequitur naturem rei principallis", são terras públicas, que o Poder Público pode ou não aforar, cabendo apenas ao confrontante, em igualdade de condições com outros pretendentes, a preferência no aforamento. Aliás, pelo estudo relativo à "preferência", se dissipa qualquer dúvida, recalcitrante, sôbre a exclusão do direito de acessão.

Transportar-se, assim, o princípio de que "o acessório segue o principal" da órbita privada para o âmbito do Direito Público, quando se trata de terrenos acrescidos aos de marinha ou aos

reservados às margens dos rios navegáveis, para atribuir-se a êsses acrescidos a qualidade de "acessórios" de ditos terrenos, seria:

1) dar ao têrmo "acessório" uma significação estranha à lei e à própria lógica;

2) pôr à margem as regras de Direito Público que disciplinam o aproveitamento das terras públicas.

O aforamento dos terrenos de marinha rege-se por lei especial. O próprio Código Civil Brasileiro enuncia essa verdade na segunda parte de seu art. 694: "A (enfiteuse) dos terrenos de marinha e acrescidos será regulada em **lei especial".** Também o Código de Águas (Decreto 24.643/10-7-1934), prescreve: "Os terrenos que estão em causa (de marinha e reservados) serão concedidos na forma da **legislação especial** sôbre a matéria" (art. 11, § 1.º); e, no art. 30: "Pertencem à União os terrenos de marinha e os acrescidos natural ou artificialmente, conforme a **legislação especial** sôbre o assunto".

Salientando o caráter público das relações de administração, escreve Bielsa: "O regime legal do aproveitamento de tais bens e, em particular, das terras públicas, que não devem permanecer indefinidamente inaproveitadas ou devolutas, diz com a **Ciência da Administração** e inspira-se em **princípios de direito público,** pelo que, acrescenta Bielsa, a interpretação das regras legais deve obedecer a um critério jurídico-político (Derecho Administrativo, 4ª ed., I — Regimen jurídico de los contratos sobre tierras fiscales", p. 540-541), in Rev. Forense, n.º 159, p. 72.

Clóvis Bevilaqua, por sua vez, referindo-se à legislação especial sôbre aforamento de próprios da União, acentua: "As diferenças que se encontram no regime estabelecido pelo decreto-lei n.º 2.490/16-8-1940, em relação ao estabelecido pelo Código Civil, não alteram êste último; porque o referido decreto-lei se refere, exclusivamente, ao aforamento de terrenos de marinha, acrescidos e mangues da costa, bens da União, submetidos assim à **lei especial,** e que, aliás, gozam de situação privilegiada. Além disso, as medidas tomadas pelo referido decreto visavam resguardar interêsses da Fazenda Nacional, comprometidos por irregularidades, indeterminações ou confusões de limites e outros pontos obscuros das concessões existentes. **O Código Civil regula a enfiteuse de bens particulares, pertencentes a pessoas na-**

turais ou jurídicas. A enfiteuse dos terrenos de marinha sempre se regeu por lei especial, ainda que se lhe aplicassem preceitos do direito comum, naquilo em que não havia provisões próprias dêsse caso particular de aforamento. E a essa lei especial remetia o C. Civil, art. 694, a enfiteuse e a subenfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos" (Direito das Coisas, vol I, p. 336), pondo-se, assim, em integral concordância com a boa doutrina: "les biens qui appartiennent à des particuliers sont les seuls dont le Code Civil doit s'occuper, les autres sont du ressort ou d'un Code de Droit Public ou de lois administratives" (Treilhard, apud Planiol, Traité de Droit Civil, n.º 3.067); "as coisas públicas devem gozar de privilégios que as colocam em situação singular, fora dos princípios e normas gerais a que devem obedecer os bens do domínio privado (T. B. Cavalcanti, Tratado de Direito Administrativo, 3.ª ed., 1956, vol. III, p. 319); "... para conservar os privilégios necessários às coisas públicas, só existe um meio: reconhecer que tais privilégios não dependem do direito civil" (Otto Mayer, Droit Administratif Allemand, III, p. 106; citações de T. B. Cavalcanti in ob. cit., p. 319). "Como êste (o direito privado) é subordinado ao público, limita-se a receber-lhe os conceitos, sem procurar discipliná-los" (C. Bevilaqua, ob. cit., p. 315).

"Nunca a atividade do Estado reveste feição tal que se possa equiparar, completamente, à atividade privada. Por mais assemelhável que seja alguma operação administrativa a um ato jurídico privado, tem sempre a diversificá-la a razão determinante (interêsse público), bem como uma série de conseqüências só pertinentes a procedimento das pessoas jurídicas de Direito Público." (M. Seabra Fagundes, ob. citada, p. 268)

"Sendo diversas daquelas, em que se processam as relações privadas, as circunstâncias em que atua o Direito Administrativo, outras são as razões em que se inspiram o seu desenvolvimento e a sua evolução, peculiar é a sua posição em meio aos diversos ramos do Direito" (M. Seabra Fagundes, ob. cit., p. 66).

O Código de Águas parece não deixar duvidas a respeito do domínio dos acrescidos, de vez que preceitua:

1. **Os acréscimos por aluvião pertencem aos proprietários marginais,** isto é, poderão ser particulares, quando formados:

a) às margens das **correntes comuns**, isto é, das correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam;

b) às margens das **correntes** que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, **concorrem** apenas **para formar outras simplesmente flutuáveis,** e não navegáveis.

Nesse último caso, a propriedade particular é gravada com a servidão de trânsito estabelecida sôbre uma faixa de dez (10) metros para os agentes da administração pública quando em execução do serviço, faixa essa que irá recuando na proporção dos terrenos conquistados.

Já, em 1907, o Dr. Valladão, sem ir tão longe, admitia:

"Entretanto, quanto às correntes de que se **fazem** as correntes flutuáveis, as quais não apresentam, por si mesmas, maior importância, entendi não consagrar o mesmo princípio.

Em relação a estas, o interêsse público fica salvaguardado com a servidão de trânsito, que estabeleço, nas suas margens, para os agentes da administração, em execução de serviço público a seu cargo" (Bases para o Código de Águas da República, p. 32).

2. **Os acréscimos** por aluvião, ou formados artificialmente, **são públicos** ou, mediante algum título legítimo, são do domínio particular, **quando:**

a) são produzidos nas águas públicas, isto é, nos **mares** territoriais, nas **correntes navegáveis** ou flutuáveis, nas correntes de que se façam as navegáveis, etc ;

b) **aderem a uma estrada pública** que margina o álveo das correntes comuns ou das correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, **apenas concorrem** para formar outras correntes simplesmente flutuáveis e não navegáveis.

Do mesmo modo que o § 1.º do artigo 16 do Cód. de Águas continua a tradição de nosso Direito Público a respeito do domínio dos acrescidos sôbre as águas públicas, também o art. 18 daquele diploma legal, ao retomar a regra do art. 540 do Código Civil, dêle excluindo as **restrições impostas pela navegação,** torna incontestável o domínio público da aluvião formada sôbre as correntes navegáveis.

Diz o referido art. 540 do Código Civil:

"Quando o terreno aluvial se formar em frente a prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre êles, na proporção da

testada de cada um sôbre a antiga margem; **respeitadas as disposições concernentes à navegação.**"

Diz o art. 18 do Código de Águas:

"Quando o "aluvião" se formar em frente a prédios pertencentes a proprietários diversos, far-se-á a divisão entre êles, em proporção à testada que cada um dos prédios apresentava sôbre a antiga margem."

Os artigos 538 e 540 do Código Civil, na parte em que contrariam a legislação pública especial sôbre acrescidos, são absolutamente ineficazes.

Qualquer dúvida que ainda persistisse referente à propriedade dos "acréscimos que por **aluvião ou artificialmente** se produzam nas **águas** públicas ou dominicais" teria forçosamente de dissipar-se à luz do que dispõe o § 2.º do art. 16 do Código de Águas, relativamente aos acrescidos de terrenos reservados.

Diz o citado § 2.º do art. 16, uma vez que manda aplicar a êsses acréscimos o disposto no art. 11, § 2.º, também do Código de Águas:

> **"Será tolerado o uso dêsses acréscimos,** pelos **ribeirinhos,** principalmente os pequenos proprietários, que **os cultivam,** sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interêsse público."

Sendo "ribeirinho" aquêle "que se encontra ou **vive nos** rios **ou** ribeiras; que **vive junto ao rio** ou ribeira" (Cândido de Figueiredo, Novo Dic. da Língua Portuguêsa), todo aquêle que vive, proprietário ou não, em terreno reservado (o reservado é parte integrante do rio), tem possibilidade de uso dos acrescidos, com as restrições legais (§ 2.º do art. 16 acima transcrito); da mesma maneira que

> "Será tolerado o uso dêsses terrenos (reservados) pelos **ribeirinhos,** principalmente os pequenos proprietários que os cultivam, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interêsse público".

Não a propriedade por acessão, mas a tolerância do uso dêsses acrescidos pelos particulares é o que prevê o Código de Águas nos artigos 11, § 2.º e 16, § 2.º.

E essa tolerância legal constitui inovação do Cód. de Águas, apesar de apontada já como conveniente ao interêsse público, no começo do século pelo eminente magistrado, Dr. Carvalho de Mendonça, quando o uso dos acrescidos dependia, legalmente, de concessão do Poder Público.

Os acrescidos sôbre correntes navegáveis pertencentes ao Estado são públicos estaduais, se não forem, por algum título legítimo, do domínio particular.

Há o fato da acessão, mas êsse fato não implica no "jus accessionis" em favor do particular.

Se houvesse êsse direito de acessão, o Código de Águas tê-lo-ia declarado, como o fêz no artigo 17, com referência às correntes não navegáveis, nem flutuáveis e que apenas concorrem para formar as simplesmente flutuáveis e não navegáveis (art. 11, n.º 2, segunda parte). O que fêz o Código, e muito acertadamente, foi tolerar o uso dêsses acrescidos pelos ribeirinhos, desde que êsse uso não colida por qualquer forma com o interêsse público (art. 16, § 2.º e 11, § 2.º).

"Em relação aos terrenos **reservados,** o assento da matéria é a lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867.

Aí se diz:

> "Fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças, contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior, e o govêrno autorizado para concedê-la em lotes razoáveis, na forma das disposições sôbre os terrenos de marinha (art. 8.º, n.º 3)."

Assim, êstes terrenos e seus **acrescidos** estão sujeitos à mesma legislação que rege os terrenos de marinha (Dec. n.º 4.105, Instruções do Ministério da Fazenda, de 28 de dezembro de 1889), e são mesmo impròpriamente denominados terrenos de marinha.

De modo que tem aplicação a êles os princípios que dominam a matéria dos terrenos de marinha pròpriamente ditos" (A. Valladão, Dir. das Águas, S. Paulo, 1931, p. 90, § 38).

O art. 16 e parágrafos do Código de Águas vigente trata do mesmo modo os terrenos de marinha e os reservados em relação aos acrescidos. E é fora de dúvida que os acrescidos aos terrenos de marinha não são adquiríveis pelo particular, por acessão.

O Código de Águas não trata de outro aproveitamento dêsses acréscimos, mas existe legislação especial a respeito: na esfera federal, o Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, artigo 105; e no Estado, o Decreto n.º 5.539, de 13 de março de 1934, artigos 89 e 116.

Relativamente aos acrescidos dos reservados, dispõe o Código de Águas que lhes será tolerado o uso pelos ribeirinhos (art. 16, § 2.º); e é na legislação pública estadual (Dec. 5.539/34, art. 116) que se dispõe sôbre diverso aproveitamento dêsses acréscimos de acôrdo com o interêsse público.

C — Aos acrescidos não têm direito:

a) apesar da preferência que lhes assiste em caso de aforamento, os foreiros confrontantes, porque está na discrição do Estado aforar ou não êsses acrescidos;

b) os proprietários dos terrenos contíguos aos acrescidos, porque, ainda que se tratasse de acessão a ditos terrenos, está excluído, por lei, o direito de acessão em favor do particular (1ª parte do art. 59 do Código Civil), não favorecendo, conseqüentemente, ao particular o princípio de que "o acessório segue o principal", consagrado na segunda parte do referido artigo 59 do Cód. Civil;

c) quem quer que pretenda alegar "usucapião", porque "o bem do Estado é inintegrável no patrimônio do particular, pela prescrição aquisitiva, ou usucapião" (Direito, Espínola e Carlos Maximiliano. Vol. LXX, p. 158).

"Os bens públicos, em face do que prescreve o art. 67, são isentos de usucapião, porque não podem sair do patrimônio da pessoa jurídica de direito público, senão pela forma que a lei prescreve, e o usucapião pressupõe um bem capaz de ser, livremente, alienado." ... "Tenho por irrecusável, não obstante o que alega o egrégio professor (S. Vampré), que, em face dêste dispositivo, não sendo o usucapião forma prescrita em lei para a alienação dos bens públicos, não sendo êsse um caso especialmente previsto para a perda da inalienabilidade dos bens públicos, estão êles isentos de usucapião. Poderá não ser a melhor doutrina, mas é a da lei. E está confirmada pelo decreto n.º 19.924, 27-4-1931, art. 1º, e pelo decreto n.º 22.785/31-5-1933, art. 2.º, que declara: os bens públicos, seja qual fôr a sua natureza, não são sujeitos a usucapião." (Clóvis Bevilaqua, ob. cit., p. 320, com ao art. 67 do C. C. B.)

21. Se, por aluvião, que é o fato natural, os acréscimos produzidos nas águas do rio Guaíba pertencem ao Estado, ao Estado pertencem — porque a êles se estendem expressamente, e com motivação redobrada, as regras de Direito Público aplicáveis aos acrescidos — os aterros realizados pelo Poder Público em atenção ao interêsse coletivo.

Pelo exposto, com referência à segunda questão formulada pela Secretaria da Fazenda, conclui-se:

Os titulares dos aforamentos fronteiros não têm direito reconhecido em lei, aos acrescidos nas margens do rio Guaíba. Quanto ao disposto no artigo 5.º da Lei n.º 712, de 23 de janeiro de 1937:

> "Ressalvadas as áreas destinadas aos arruamentos, logradouros públicos e construções portuárias, e sem prejuízo dos pedidos de aforamento encaminhados perante a autoridade competente, poderão ser regularizadas as situações de fato, criadas em virtude de atos de autoridade federal, anteriormente ao Decreto do Govêrno Provisório, n.º 21.235, de 2 de abril de 1932, uma vez que os interessados na regularização dessas situações requeiram o aforamento das áreas respectivas, o qual lhes será concedido, na base do valor venal que os terrenos atualmente tiverem e sob o regime de 0,6% de fôro anual e 5% de laudêmio para os casos de alienação."

não podem os interessados invocá-lo em seu benefício.

O Estado facultou — há mais de 28 anos — aos interessados, prometendo-lhes atendimento, no caso de requererem, a regularização "das situações de fato" existentes, relativas a aforamento.

Já, hoje, não pode o Estado, jurìdicamente, em face da conveniência de construção, naquele trecho à beira-rio, da Estação Rodoviária de Pôrto Alegre, renunciar à promoção da utilidade pública com base nesse diploma legal.

Acresce que a obra que se pretende realizar nos terrenos em questão cabe na ressalva do citado art. 5.º, que nada mais expressa senão o incontestável princípio da primazia do interêsse geral sôbre o particular.

Contudo, dispõe o Estado de providência decisiva para afastar qualquer dúvida quanto ao dispositivo citado: é revogá-lo, por não mais atender ao interêsse público.

As obras que se têm em vista realizar naqueles terrenos, são de utilidade pública e o Estado, não sòmente pode, como tem o dever de realizá-las, pois "à utilidade geral que, dêsse modo, se realiza como fim, estão vinculados, pela relação de administração, os bens do domínio público e do patrimônio administrativo" (Ruy Cirne Lima, — Princípios de Dir. Administrativo Brasileiro, 3.ª ed., 1954, p. 192).

Contudo, na administração dos bens públicos, deve o Estado, pelo menos nos centros em que há densidade de população, evitar o aforamento, ato jurídico obsoleto, totalmente contrário, nos dias que correm, ao interêsse comum; qualificado, já no começo do século, pelo Dr. Dídimo da Veiga, como "instituto em completa decadência" (Pareceres, 1922, p. 155).

É o nosso parecer, S.M.J.

Pôrto Alegre, 30 de dezembro de 1965.

Adyles Duarte Pagano
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1893/CGE

FUNCIONÁRIO DE FATO — ESTABILIDADE — CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, § 2.º, art. 177 — INVESTIDURA IRREGULAR.

A falta de investidura regular, impedindo a formação de vínculo entre a administração e o servidor, faz com que não possa ser considerado "de serviço público" o período de trabalho prestado pelo último àquela, o qual não pode, de conseqüência, ser computado para os efeitos do § 2.º do art. 177 da Constituição Federal de 1967.

Oficial de Justiça "ad hoc" — ainda que considerado funcionário substituto — não faz jus à estabilização excepcional concedida pela citada disposição constitucional.

1. P. F., em 28 de setembro de 1970, requereu ao Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado a expedição de ato declaratório de estabilização na função pública, nos têrmos do art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967, e nomeação para o cargo de oficial de justiça.

Alegou que, em virtude do afastamento do oficial de justiça R. S. pôsto à disposição da Assembléia Legislativa, foi designado pelo Sr. Juiz de Direito, Diretor do Fôro de Cachoeira do Sul, para exercer a função de oficial de justiça "ad hoc", a partir de 1956, passando, desde então até agora, sem qualquer interrupção, a concorrer em igualdade de condição na distribuição de todos os feitos daquela comarca com os oficiais de justiça legalmente investidos na função.

Comprova sua assertiva juntando três justificações judiciais.

A postulação mereceu pronunciamento desfavorável do Serviço de Pessoal do Tribunal de Justiça, sendo encaminhada à Secretaria do Interior e Justiça, que pede o parecer desta Casa.

É o relatório.

2. A designação do requerente para desempenhar "ad hoc" a função de oficial de justiça foi feita em consonância com o que estabelecia o então vigente Código de Organização Judiciária (Lei 1.008), o qual dispunha em seu artigo 203:

> "Em suas faltas ou impedimentos, os oficiais de justiça serão substituídos por outros, designados pelo Diretor do Fôro e, não os havendo, por quem o juiz do feito no mear "ad hoc".

Resulta claro que previa a lei, nas faltas ou impedimentos dos oficiais de justiça e na impossibilidade de substituí-los por outros, a designação caso a caso, pelo juiz **do feito**, de um ou mais oficiais de justiça "ad hoc".

Em lugar disso, e por fôrça da permanência de uma situação criada pela ausência de um titular de cargo de oficial de justiça, pôsto à disposição de outro Poder do Estado, passou o peticionário, em face da reiteração das designações "ad hoc", a ser incluído na distribuição dos feitos em igualdade de condições com os oficiais legalmente intitulados nos cargos, tornando-se "de facto" um substituto do oficial de justiça afastado do seu cargo. Ou seja: tornou-se oficial de justiça de fato, por carência de investidura legal.

3. Funcionário de fato — escreve GASTON JÈZE — é o que, em certas condições de fato, ocupa a função, exerce a competência e realiza o ato em virtude de uma investidura irregular (Princípios Generales del Derecho Administrativo, 1949 — Vol. II, pág. 323).

Para RUIZ Y GOMEZ são características essenciais da noção de funcionário de fato:

a) o exercício anormal de uma função pública, seja por irregular investidura, seja por permanência além do têrmo normal para êsse exercício;
b) o exercício plausível.

(Princípios Generales del Derecho Administrativo, 1955, pag. 503).

Não é diverso o sentir de GOODNOW:

> "Os individuos que foram declarados eleitos ou nomeados, ou de boa-fé ocuparam funções além da duração de seus ofícios, ou que exerceram a função durante longo tempo com assentimento público são, em muitos casos, considerados funcionários e os seus atos obterão a mesma fé, o mesmo crédito, nos processos em que servem, que os atos realizados pelos funcionários "de jure". A êstes indivíduos se denomina funcionários "de facto" (Les principes de droit adminitratif des États Unis, pág. 287).

4. Tem a doutrina examinado os efeitos jurídicos do exercício "de facto" de função pública sob o duplo aspecto, da eficácia dos atos praticados pelo agente de fato, e das relações que se estabelecem entre o último e a Administração.

Relativamente ao primeiro aspecto, o complexo de interêsses dos terceiros de boa-fé que participam dos atos praticados pelos funcionários de fato e da própria Administração, que necessita assegurar continuidade aos serviços públicos e segurança às relações sociais, tem levado a doutrina a afastar da solução do problema o rigor lógico, o qual conduziria à declaração, já não de ineficácia, mas da própria inexistência dos atos jurídicos realizados por pessoas não legalmente investidas na função pública.

5. No que respeita às relações que se estabelecem a partir do exercício "de facto" da função pública, tem a doutrina francesa,

fundada no princípio que veda à Administração locupletar-se com o trabalho alheio, reconhecido, ao servidor de fato, direito à remuneração, "pro labore facto". Essa tem sido a posição adotada por esta Consultoria-Geral, como se vê dos Pareceres n.ºs 838, 996 e 928/DAJ.

No direito público anglo-americano, entretanto, segundo refere GOODNOW, "não se permite aos funcionários "de facto" fundamentar qualquer pretensão por si mesmos, baseando-a no fato de que ocuparam uma função. Assim, não podem acionar por indenização" (ob. cit., pág. 317).

6. A inexistência de qualquer vínculo entre a Administração e o funcionário de fato faz com que se não considere tempo de serviço público o período de serviço prestado pelo último àquela, aos efeitos de reconhecer-se-lhe direito à aposentadoria. É a posição do antigo Conselho do Serviço Público (Parecer n.º 7.590) e desta Casa (Parecer n.º 377 GAJ).

A falta de título legítimo levou JÈZE a não julgar computável tal tempo de serviço, para os efeitos de promoção ou aposentadoria, mesmo que o agente de fato seja posteriormente de forma regular (ob. cit., p. 333)

7. Chega-se, por derradeiro, ao exame da possibilidade de ser o funcionário de fato beneficiado com a estabilização excepcional deferida pelo § 2.º do art. 177 da Constituição Federal de 1967.

A êsse respeito impende considerar que, a despeito de haver o legislador constituinte usado da expressão de largo espectro "servidor", é curial se haja referido àqueles que o sejam verdadeiramente, isto é, tenham adquirido tal condição em decorrência de uma investidura regular, sem a qual não se forma o vínculo entre o servidor e a Administração e não se pode, conseqüentemente, considerar "de serviço público" o período de trabalho prestado pelo primeiro à última, — o que afasta para logo a incidência da invocada norma constitucional à espécie.

8. Ademais, ainda que, à vista das iterativas designações do requerente para oficial de justiça "ad hoc", nas quais se atomizou sua atividade, que foi ininterrupta segundo se diz, o considerássemos, "ad argumentandum", oficial de justiça substituto — ainda assim — em nada se alteraria a solução a ser dada à espécie.

De feito, já tem o Supremo Tribunal Federal jurisprudência consolidada, no sentido de que a estabilidade prevista no art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967, não abrange funções, temporárias. Assim, em acórdão unânime proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 54.447, o Tribunal Pleno negou aquêle benefício a Defensores Públicos Substitutos **regularmente investidos** nos respectivos cargos depois de já o não haver reconhecido em relação aos Promotores Substitutos da Justiça Militar (Rev. Trim. de Jurispr. — Vol. 54, pág. 433). No Recurso Extraordinário 68.667, a Segunda Turma do Excelso Pretório igualmente o indeferiu a Suplente de Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo (Rev. Trim. de Jurispr. Vol. 55, pág. 54).

Por todo o exposto não tem qualquer possibilidade de atendimento o pedido de estabilização formulado, o qual deve ser indeferido, ficando em conseqüência prejudicado o requerimento de nomeação para o cargo, o qual, aliás, encontraria óbice constitucional para o seu deferimento.

É o parecer.

Pôrto Alegre, 31 de agôsto de 1971.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1898/CGE

RENDA CONSTITUÍDA SÔBRE IMÓVEL — DIREITO REAL.

Impossibilidade, à luz dos princípios que informam o instituto e foram acolhidos em nosso direito, do pagamento de renda dupla dentro de um mesmo período de tempo, ainda que ocorra uma substituição do lado do rentista ou censuísta.

Através de escritura pública celebrada em 20.1.1945, ratificada e retificada por outra de 15.1.1949, I. A. e sua espôsa doaram ao Estado do Rio Grande do Sul o prédio n.º 1.335 da Rua Riachuelo, nesta capital, com o encargo de pagar o donatário a renda constituída sôbre o dito imóvel, inicialmente fixa e ulteriormente variável, passando a corresponder aos vencimentos anuais, atribuídos aos Procuradores do Quadro do Ministério Público.

Dita renda, consoante o estipulado, devia ser paga adeantadamente, isto é, até o dia 30 de novembro de cada ano seria paga a renda correspondente ao ano seguinte, e eram seus beneficiários os doadores de modo reversível, vale dizer, por morte de um passaria integralmente ao outro, e, na falta do sobrevivente, passaria à então nora dos mesmos, L. I. A., hoje, em virtude de nôvo casamento, L. I. Q.

Já falecido I. A., em 9 de setembro de 1968 vem a verificar-se o óbito de sua espôsa, M. A. C. Em 11.11.68 o Estado ultimou o pagamento da renda correspondente ao ano seguinte (1969), reduzida, porém, de um têrço, entregando Cr$ 2.720,00 a L. I. Q.

A última, em dois petitórios, datados de 24 de setembro e 12 de novembro de 1968, requereu lhe fôssem pagas:

a) a renda correspondente ao período que vai de 9 de setembro a 31 de dezembro de 1968, ou sejam, 3 meses e 21 dias;
b) a renda correspondente ao ano de 1969, integral.

A postulação mereceu pareceres contrários da Secretaria da Fazenda, o que motivou novos requerimentos da interessada, que sòmente conseguiu lhe fôssem pagos Cr$ 1.360,00, correspondentes ao têrço que havia sido descontado.

Inconformada, volta L. I. Q. a requerer ao Sr. Secretário da Fazenda, desta feita a anuidade correspondente a 1969, não mais mencionando a renda relativa aos 3 meses e 21 dias de 1968 antes postulada, juntando parecer, que lhe é favorável, do insigne Dr. C. M. C.

É o relatório.

3. Tendo como antecedentes, no direito anterior ao Código Civil, o censo reservativo e o consignativo, a renda constituída sôbre imóvel é direito real temporário, ou não, que onera determinado bem de raiz, obrigando seu proprietário (rendeiro ou censuário) a pagar prestações periódicas e determinadas ao rentista ou censuísta.

Distinguindo-se da renda, simples relação obrigacional regulada nos arts. 1.424 a 1.430 do Código Civil (CLÓVIS — Manual do C. Civil XIV, pág. 305; C. Civil 3.º ed. — Vol. 5, pág. 189; PONTES DE MIRANDA — Tratado D. Privado — Vol. 19, pág. 402 e 404), a renda constituída sôbre imóvel, (C. Civil, arts. 749 a 754 e 1.431) provém do acôrdo de constituição, que é o seu título causal, mas adquire natureza real através da transcrição no Registro de Imóveis.

4. A renda constituída sôbre o imóvel — que é o de que se trata na espécie — é um direito unitário (ENNECCERUS — Derecho de Obligaciones — II, 461) ou uno, embora as pretensões singulares à prestação de valor sejam muitas e nasçam a cada período a que corresponda a renda (cf. PONTES DE MIRANDA — Tratado — Vol. 19, págs. 404 e 409).

Mas — e isso é importante para o desate da controvérsia — "a obrigação real de renda sôbre imóveis nasce a cada momento em que nasce a pretensão real correspectiva, que é no momento em que se há de fazer a prestação periódica" (PONTES DE MIRANDA — Tratado — Vol. 19, p. 409).

Isso significa que, dentro do mesmo período, não pode nascer mais de uma pretensão à prestação para o rentista ou censuísta e, respectivamente, não pode surgir mais de um dever para o rendeiro ou censuário, ainda que haja, como ocorreu no caso presente, uma substituição no lado do primeiro.

A unicidade do ônus real de renda dentro do mesmo período de tempo não sòmente resulta da natureza dêsse direito real mas está, em nosso direito, afirmada nos artigos 1.424 e 1.428 do Código Civil.

5. Postas essas premissas, é fácil perceber-se ser, "data venia", irrelevante a circunstância de não ser L. I. Q. herdeira ou sucessora de M. A. C. A.,mas sim, nova titular do direito de renda, pois, tornou-se tal em razão da relação jurídica de sucessividade em que se encontrava em face da última e da substituição ocorrida, e há de exercer seu direito — ainda que próprio — consoante os princípios que informam o instituto e mostram-se acordes com nosso sistema jurídico.

O contrário, ou seja, a hipótese de percepção de renda dupla dentro de um mesmo período, vulnera ao mesmo tempo os referidos princípios e o nosso sistema jurídico, obriga o Estado rendeiro ou censuário à satisfação de um ônus em proporção a que se não obrigara e produz um enriquecimento injustificado do lado da rentista ou censuísta.

6. E não se diga que a possibilidade de pagamento de renda dupla, nas condições pretendidas, é uma decorrência do caráter aleatório do contrato de renda, pois a álea assumida pelo Estado rendeiro ou censuário foi a decorrente de haver concordado em vincular o tempo de pagamento da renda à vida dos rentistas ou censuístas.

7. Por todo o exposto e rendendo as devidas homenagens ao eminente autor do parecer que conforta o pedido da requerente e adversa nosso ponto de vista, opinamos contràriamente ao pretendido.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Pôrto Alegre, 31 de agôsto de 1971.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1914/CGE

PENSÃO ESPECIAL — Não é considerada estipêndio, para efeito de limite legal das vantagens a serem percebidas pelos servidores do Estado, porque o beneficiário não a recebe em decorrência da condição de servidor público.

1. A Sra. N. M. L. M., beneficiada com pensão especial, equivalente aos vencimentos de Secretário de Estado, concedida pela Lei n.º 4.815, de 12 de novembro de 1964, requereu ao Senhor Diretor-Geral da Secretaria da Fazenda o pagamento da diferença entre a pensão recebida em janeiro de 1971 e os vencimentos percebidos pelos Secretários de Estado no mesmo mês.

As diversas informações constantes do processo esclarecem que os Secretários de Estado perceberam no referido mês vencimentos de Cr$ 4.000,00 (quatro mil cruzeiros), fixados pela

Lei n.º 6.152, de 31 de dezembro de 1970. A requerente, de outra parte, só teve sua pensão reajustada em fevereiro, tendo percebido no mês de janeiro a quantia de Cr$ 2.250,00 (dois mil duzentos e cinqüenta cruzeiros), em virtude do disposto no art. 96 da Constituição Estadual de 1970, que proibe a fixação de estipêndios em quantia superior aos atribuídos ao Governador do Estado.

Diante da divergência de opiniões quanto ao direito da requerente receber a diferença pleiteada, o Exmo. Sr. Secretário da Fazenda solicitou pronunciamento desta Consultoria-Geral.

2. Dispõe a vigente Constituição Estadual:

> "Art. 96 — Não é permitida a fixação de estipêndios em quantia superior aos atribuídos ao Governador, excluídas as gratificações adicionais e as vantagens de representação."

O dispositivo constitucional fixou no art. 96 um limite legal de vantagens a serem percebidas pelos servidores públicos estaduais, de vez que estabeleceu não ser permitida a fixação de **estipêndios** em quantia superior aos atribuídos ao Governador do Estado, excluídas tão-sòmente as gratificações adicionais e as vantagens de representação.

Para saber se a pensão vitalícia está compreendida no limite impôsto pela Constituição Estadual, é necessário esclarecer qual o conceito de **estipêndio** utilizado pelo legislador constitucional.

3. A Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, deu nos parágrafos 1.º e 2.º, do art. 54, a definição legal de estipêndio, para efeito do limite legal de vantagens a serem percebidas pelos servidores estaduais, "verbis":

> "§ 1.º — Para efeito dêste artigo, entende-se por estipêndio tôdas as vantagens pecuniárias, percebidas pelo servidor, a qualquer título, dos cofres públicos".
>
> "§ 2.º — Excluem-se do disposto no parágrafo anterior, as vantagens correspondentes a diárias, ajudas de custo e gratificações adicionais por tempo de serviço".

No Parecer n.º 479/GAJ, de autoria do Consultor Jurídico PAULO GERMANO JOÃO, esta Consultoria-Geral entendeu estarem em vigor os referidos parágrafos 1.º e 2.º, "verbis":

> "Não cabe, tampouco, dúvida alguma quanto à inteira vigência do predito parágrafo 1.º, pois, como é evidente, nenhuma lei posterior com êle conflita e nem o revoga, implícita, ou explìcitamente. O mesmo cabe dizer-se do parágrafo 2.º daquele mesmo artigo, pois que nêle se cuida de excluir do "teto" as ajudas de custo e as diárias, vantagens estas que não se **fixam** como estipêndio do servidor. Daí adequar-se êle, também, à letra do artigo 96 da Constituição, que, em seu texto, proíbe — como vimos — a fixação de estipêndio superior ao do Governador".

4. A teor da definição legal, estipêndios são tôdas as vantagens pecuniárias percebidas, a qualquer título, pelo servidor dos cofres públicos, excluídas, tão-sòmente as vantagens correspondentes a diárias, ajudas de custo e gratificações adicionais.

Sendo o estipêndio vantagem percebida pelo **servidor público,** conclui-se que não está incluída na definição legal a **pensão especial,** percebida por pessoa que não detém a condição de servidor público.

A pensão concedida à requerente não tem característica de estipêndio, porque a pessoa beneficiada não detém a condição de servidor público. A pensão não tem característica de contraprestação por serviço prestado, ou seja, não é vencimento nem remuneração de qualquer espécie, concedida à requerente por mera liberalidade do legislador estadual. Constitui uma renda concedida por lei especial que não guarda relação com qualquer serviço prestado pelo beneficiário ao poder público. Não pode, por isso, ser incluída no conceito de estipêndio para efeito do limite legal de vantagens percebidas pelos servidores.

5. EM CONCLUSÃO, entendo que o pedido deve ser deferido, pois a pensão instituída em favor da requerente não se inclui no "teto" das vantagens a serem percebidas pelos servidores estaduais, uma vez que a beneficiária não detém a condição de servidor público.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Pôrto Alegre, 29 de setembro de 1971.

Jorge Alberto Diehl Pires
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1912/CGE

BRIGADA MILITAR.
INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA AOS PROVENTOS DE INATIVIDADE. — Decorre, diretamente, da determinação clara de lei. Impossibilidade de extensão indireta do benefício. Necessidade de provimento legislativo específico. Não-ocorrência de vinculação ou equiparação vedadas pela Constituição Estadual.

Chancelado pelo Senhor Secretário da Segurança Pública, vem a esta Consultoria-Geral do Estado expediente formado pelo Comando Geral da Brigada Militar, no qual se inclui memorial reivindicatório de oficiais de reserva daquela corporação, postulando lhes sejam estendidas as vantagens das leis n.º 4.708, de 31/12/1963 e n.º 4.941, de 26/2/1965.

A lei n.º 4.708/63 criou uma série de funções gratificadas com o fito de remunerar encargos especiais de comando, chefia administrativa, ou tarefas de responsabilidade especial como "Tesoureiro" ou "Professor Instrutor".

A Lei n.º 4.941/65, por sua vez, determinou no seu art. 1.º modificações de redação do diploma legal antes mencionado, dispondo da seguinte forma:

> "Art. 1.º — O art. 2.º da lei n.º 4.708, de 31/12/1963, passa a ter a seguinte redação:
>
> Art. 2.º — As vantagens de que trata o artigo anterior serão incorporadas aos proventos dos militares que tenham, no mínimo, cinco (5) anos ininterruptos ou dez (10) intercalados de exercício nas atribuições concernentes às referidas funções e que por ocasião da reforma ou passagem para a reserva estejam investidos numa delas.

> § único — As funções referidas no artigo anterior poderão ser transformadas, a juízo do Governador do Estado, em cargos em comissão, segundo regra de equivalência estabelecida pelo art. 3.º da Lei n.º 3.264, de 13/12/1958."

Desta forma, os oficiais da Brigada Militar do Estado que passaram para a reserva, posteriormente à Lei n.º 4.941/65, encontravam-se no exercício de uma das funções gratificadas estabelecidas em lei, e contassem no seu tempo de serviço com o desempenho de 5 anos contínuos ou 10 anos intercalados de postos de chefia ou especiais contemplados com FG, ganharam direito a incorporar aos seus proventos de inatividade a remuneração da FG.

Os postulantes, no presente processo, passaram para a reserva ou se reformaram antes da Lei n.º 4.941/65, e ,embora preenchessem as condições favoráveis ao benefício, que viria a ser estabelecido naquela lei, não foram direta e expressamente atingidos por aquêle mandamento legal citado.

Invocam, destarte, a desigualdade remuneratória surgida, não só entre ativos e inativos, como entre os próprios inativos.

De fato, aquêles que passaram para a Reserva ou Reforma antes de 26/2/1965, data da Lei n.º 4.941, não incorporaram aos seus proventos o quantitativo da função gratificada que, porventura exercessem no momento de passar para a inatividade, enquanto que os oficiais que se retiraram do serviço ativo após aquela data, preenchendo idênticas condições, passaram a fazer jus à incorporação.

No intuito de desfazer essa diferença de tratamento, e de reclamar o direito a fruir das mesmas vantagens conferidas da Lei n.º 4.941/65 em diante, os peticionários invocam não apenas postulados de justiça, mas recorrem, também, a argumentos de ordem legal.

Invocam o artigo 1.º da Lei n.º 3.096, de 31/12/1956, que estabelece:

> " Art. 1.º — Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade por aposentadoria, reserva ou reforma, **perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos** que, em qualquer época, ve-

nham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, padrão, pôsto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço." (grifo nosso).

Êste dispositivo legal é complementado, interpretativamente, pelos postulantes, com o que especificam os parágrafos 1.º e 2.º do art. 40 da Lei n.º 6.195, de 15/1/1971 (Estatuto da Brigada Militar), assim redigidos:

"Art. 40 — .....

§ 1.º — Vencimentos — É o quantitativo mensal, em dinheiro, devido ao policial-militar da ativa e compreende:

I — Sôldo.

II — Gratificações.

§ 2.º — Proventos — É o quantitativo mensal em dinheiro, que o policial-militar recebe na Reserva remunerada ou na situação de reformado."

A partir daí, embora reconhecendo os requerentes que a incorporação da função gratificada não se estende, de forma automática, aos inativos, porque a lei não previu tal situação, consideram-se, contudo, com direito a êsse beneplácito do Poder Público por entenderem a FG como parte integrante dos vencimentos, ou pelo menos a êles incorporável.

Destarte, se a Lei n.º 3.096/56, previu a correlação, e até mesmo a igualdade, entre proventos e vencimentos, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço, e se a Lei n.º 6.195/71 definiu os vencimentos como constituídos pelo sôldo e pelas gratificações, sendo a FG uma gratificação, entendem-na integrante dos vencimentos.

Ora, se a função gratificada fizer parte dos vencimentos, e êstes devem ser iguais aos proventos, consoante a lei, então surge que, indiretamente, se configura direito à incorporação daquela nos proventos.

Até aqui, o relatório.

2. Não resta dúvida de que a Lei n.º 3.096/56 introduziu um princípio generalizador, procurando manter o nivelamento entre o que percebia o servidor nas fileiras ativas do serviço público, e o que passa a perceber quando se retira.

Obedecendo a imperativo de eqüidade, êsse mandamento legal busca não prejudicar o servidor, por ocasião de sua aposentadoria, reforma ou passagem para a reserva, salvaguardando o padrão remuneratório daquele que por tantos anos serviu ao Estado e que, não seria justo, visse, agora, reduzida a retribuição financeira que lhe cabe.

Todavia, é imperioso reconhecer que a Lei n.º 3.096/56 limitou-se a igualar **proventos e vencimentos da mesma categoria, padrão, pôsto ou graduação.**

Resta, portanto, indagar a extensão, legalmente exata, da expressão vencimentos, para que se possa dizer o que êstes constituem, e, identificados seus elementos formadores, determinar aquêles que devem ser incluídos nos proventos.

No caso específico, em exame, já vimos que a Lei n.º 6.195, de 13/1/1971 (Estatuto da Brigada Militar), definiu vencimentos, no seu art. 40, § 1.º, compreendendo sôldo mais gratificações.

No que tange ao sôldo, êste é representado pelo quantitativo básico que corresponde a um pôsto ou graduação, não havendo qualquer dificuldade no seu reconhecimento.

Quanto às gratificações, é necessário distinguir entre as diferentes espécies integrantes do gênero, definindo-as e examinando o seu alcance, para depois concluir sôbre a sua aplicabilidade à hipótese em questão.

Bàsicamente, encontramos três grandes tipos de gratificações:

a) gratificações decorrentes do tempo de serviço, tais como os avanços trienais, qüinqüênios, adicionais de 15% e 25%;

b) gratificações decorrentes da natureza particular do serviço, tais como as gratificações por insalubridade ou por risco de vida;

c) gratificações decorrentes do exercício de chefia, ou assessoramento, ou funções de especial responsabilidade, criadas em lei com a denominação de funções gratificadas ou cargos em comissão.

Dos três tipos apontados, só o primeiro (a), formado pelas gratificações decorrentes do tempo de serviço, abrange a generalidade dos vencimentos, por expressa determinação das leis

estatutárias, e porque sua aplicação universal ao funcionalismo provém do mero decurso do tempo de serviço de todos os funcionários.

Os demais tipos de gratificações, sejam as advindas da insalubridade ou periculosidade do serviço, v.g., como as funções gratificadas, só atingem os casos expressamente delimitados e obedecidas as estritas condições estabelecidas em lei.

Desta forma, em se tratando de função gratificada ou cargo em comissão, só a determinação legal poderá fixar quem receberá, em que modalidade e a que título.

Não cabe, pois, cogitar-se de uma extensão indireta, à luz de textos legais não especìficamente aplicáveis, como ora se pretende.

Do exposto, parece ficar claro que as gratificações a que alude o Estatuto da Brigada Militar são gratificações genéricas oriundas do tempo de serviço, e não abrangem os outros dois tipos mencionados, que se destinam a contemplar situações especiais, particularizadas, a teor da rigorosa disposição de lei.

Nestas circunstâncias, a incorporação das funções gratificadas aos proventos dos que passaram à reserva ou foram reformados, não só não tem aplicação automática, como reconhecem os próprios postulantes, como, ainda, não decorre de fórmula indireta, proveniente da interpretação de outros dispositivos legais, os quais, como se viu, não estão, legìtimamente, habilitados a atingir e resolver a "quaestio".

Assim sendo, sòmente uma expressa determinação legal poderá estender aos inativados antes da Lei n.º 4.941/65, a incorporação da vantagem, conforme foi concedida aos que se inativaram após aquêle diploma legal.

Ocorrendo esta decisão, isto é, baixando-se norma que amplie a concessão do benefício, nos moldes em que é solicitada, não haveria transgressão do art. 95 da Carta Magna Estadual, consoante a observação levantada pelo Assessor Técnico-Administrativo da Secretaria de Segurança.

Tal não se daria, uma vez que a Constituição do Estado vedou a vinculação ou equiparação de qualquer natureza, para fins de remuneração dos servidores públicos, e as figuras da vinculação e da equiparação implicam na presença de cargos ou funções diferentes que são colocados em paralelo.

"In casu", encontraríamos situação diversa; não dois postos distintos cujas remunerações são ligadas uma à outra, ou colocadas no mesmo plano, mas sim a remuneração de um único pôsto público somado à FG — a que se passaria a dar tratamento idêntico quer para os ativos quer para os inativos.

Podemos, ante o discutido, concluir:

a) sem entrar no mérito da justiça do requerido, sòmente mediante provimento legislativo nôvo e declarado, a juízo da Chefia do Executivo Estadual, poder-se-á contemplar de maneira positiva o pedido feito. A decisão cabe ao Senhor Governador do Estado, que concluirá pelo envio, ou não, de projeto de lei específico à solução do petitório;

b) se decidido em sentido favorável aos requerentes, e completada a provisão legislativa sôbre a matéria, não haverá infringência do artigo 95, da Constituição do Estado vigente, por não se tratar de vinculação nem de equiparação de vencimentos.

Êste é, s.m.j., o parecer.

Pôrto Alegre, 23 de setembro de 1971.

José Hugo V. Castro Ramos
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1902/CGE

Exegese da Lei n.º 4.190, de 6/11/61. Vantagens aos servidores da Brigada Militar que participaram das campanhas de 1893, 1923, 1924, 1925, 1926, 1930 e 1932. Prescrição qüinqüenal. Ex-servidor da Brigada Militar que se inativou em cargo público pertencente aos quadros de outra Unidade Administrativa não faz jus às vantagens da Lei n.º 4.190.

A. C. A., Tesoureiro, classe "N", matrícula n.º .... 39.515, do Quadro dos Funcionários Fazendários — Órgãos de Arrecadação, lotado na Exatoria de Palmeira das Mis-

sões, foi aposentado por Decreto registrado no Boletim n.º ... 94/65-SA, publicado no Diário Oficial de 27-3-1965.

Pretende, agora, o aludido funcionário ver alterados os seus proventos na forma estatuída pela Lei n.º 4.190, de 6 de novembro de 1961, ou seja, "a diferença de vencimentos entre a letra "N" e a imediatamente superior, a contar de 10 de outubro de 1956".

Junta ao seu pedido vários documentos, demonstrando, através de um dêles, ter servido na Brigada Militar no período de 27 de junho de 1923 a 31 de dezembro do mesmo ano.

Assim instruído, foi o processo encaminhado à Secretaria da Administração, que, ao examiná-lo, anotou "que não basta apenas provar o tempo de serviço na Fôrça, à época da campanha. Deve comprovar que participou da campanha".

Atendida a exigência com a juntada de novos documentos, manifesta-se a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração pelo encaminhamento do processo à Consultoria-Geral.

B. É de notar, desde logo, que a se deferir a vantagem pretendida, em nenhuma hipótese poderia ela ser concedida a partir de 1956, como é postulado. A lei invocada é expressa em fixar a sua vigência em 1.º de janeiro de 1959, não deixando possibilidade de protrair as vantagens que prodigaliza à data apontada no petitório. Aliás, o art. 1.º dêsse diploma é claro em estabelecer que o benefício é devido a partir da inativação.

De outra parte, não se pode ignorar a prescrição qüinqüenal que, nos têrmos do art. 1.º do Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932, atinge tôdas "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal seja qual fôr a sua natureza... contada da data do ato ou fato do qual se originaram".

In casu, o direito invocado teria origem no Decreto de inativação do requerente, publicado no Diário Oficial de 27 de março de 1965, como se disse acima e desta data, portanto, se há de contar o prazo prescricional que, embora não atingindo o direito de reclamar, fulmina o direito às prestações com mais de cinco anos de vencimento, na data da reclamação.

Pôsto isso, é de ser analisado o mérito da questão.

A postulação vem acompanhada de dois Pareceres da Auditoria do Tribunal de Contas do Estado que entendem aplicável aos servidores civis as vantagens liberalizadas pela lei em questão aos servidores da Brigada Militar que tenham tomado parte em campanhas ocorridas no Estado.

Diz a lei:

> "art. 1.º — Aos servidores da Brigada Militar que participaram de qualquer das campanhas ocorridas em 1893, 1923, 1924, 1925, 1926, 1930 e 1932, tomando parte efetiva nas operações bélicas respectivas e que estejam atualmente reformados ou transferidos para a reserva são promovidos ao pôsto imediato, revisando-se, em conseqüência, os proventos a que fazem jus, a partir da data da publicação desta lei.
> § 1.º — No caso de militar que já tenha sido reformado ou transferido para a reserva na pôsto de Coronel, terá direito à diferença entre os vencimentos dêste pôsto e os do imediatamente inferior.
> § 2.º — São também reconhecidos os direitos dos militares já falecidos."

Entendeu a digna Auditoria do Tribunal de Contas do Estado que "é norma que preside tôda a outorga de vantagens, da natureza da presente, não visa pròpriamente à pessoa do beneficiário, mas o ato que praticou..." e que "não entra em cogitação da autoridade concessora a pessoa do servidor, mas apenas a situação funcional que exercia à época do evento..."

Assim pensando, entendeu a douta Auditoria que "não importa que o participante daqueles movimentos tenha-se afastado da Fôrça e passasse a exercer suas atividades noutra unidade administrativa. O que interessa, o que se torna necessário para o deferimento dessa vantagem, é que o beneficiário, à época, tenha tomado parte naquela ou naquelas campanhas, e continue integrando os Quadros Administrativos do Estado, quer como ativo ou inativo". (Parecer de 23.7.65, no Proc. n.º ..... 2731/8.99.63, Relator Dr. Raul Gudolle)

Aduz o outro Parecer, emanado da mesma Auditoria, que "não poderia o legislador estabelecer limitações ao direito dos servidores que importassem em discriminação não decorrente do fato gerador do direito e êste é a participação em movimento como servidor da Brigada Militar à época em que os mesmos

ocorreram". Assinala, ainda, que "... o espírito da lei é conceder vantagem semelhante à deferida pela Lei n.º 2.558, a servidores que dentro dos Quadros da Brigada Militar tenham participado de qualquer das campanhas ocorridas em 1893, 1923, 1924, 1925, 1926, 1930 e 1932, tomando parte efetiva nas operações bélicas respectivas". (Parecer de 18.6.65, no Proc. n.º ... 2731/8.99.65, Relator Dr. Fernando Gay da Fonseca)

Data venia, não se encontra amparo para a assertiva alinhada pela douta Auditoria do Tribunal de Contas no que respeita à pretendida existência de norma a presidir a outorga de vantagens da natureza da que se encontra em exame que obrigue a concessão de tais vantagens indiscriminadamente, pela simples verificação do fato gerador do direito, sem a consideração de outros fatos que possam eventualmente modificar ou mesmo determinar o não reconhecimento dêsse mesmo direito.

Em realidade, é norma assente na doutrina e na jurisprudência administrativas que a lei que rege a aposentadoria é a vigente por ocasião do ato de inativação. E como corolário dessa norma várias vêzes se manifestou o extinto Conselho do Serviço Público no sentido de que "... o servidor sòmente se aposenta nos têrmos da legislação a que está sujeito no momento da aposentação, não sendo possível o acréscimo uma vez que o servidor seja investido em outro cargo que lhe não garanta essas prerrogativas". (v. Pareceres n.ºs 4.778, e 5.130)

A concessão de vantagens em oposição a tal entender só se pode operar quando a lei concessora seja expressa em tal sentido, como se colhe no Parecer n.º 5.440—A, do mesmo Conselho do Serviço Público. No caso aí focado discutia-se a contagem de tempo ficto, para efeito de aposentadoria, durante o tempo em que o servidor interessado prestara serviço policial. Entendeu o C.S.P. de acolher o tempo ficto aludido porque o art. 26 da Lei nº. 1.752 manda contar o tempo de serviço policial aumentado de 1/6, ou de 2/5, mesmo quando o funcionário passar a exercer outras funções não sujeitas àquele regime.

Não há, pois, porque dar agasalho ao entendimento esposado pela douta Auditoria do Tribunal de Contas, pelo menos face ao argumento examinado. Como se viu, a Lei nº. 4.190 faz referência expressa aos servidores da Brigada Militar, como decorre claramente não só de sua ementa como do próprio texto. O art. 1.º é expresso em aquinhoar com as vantagens que defere "aos servidores da Brigada Militar que participaram de

qualquer das campanhas ocorridas em 1893, 1923, 1924, 1925, 1926, 1930 e 1932..." não dando margem a qualquer interpretação ampliativa.

O mesmo dispositivo faz referência ùnicamente a "reformados ou transferidos para a reserva", situações não desfrutáveis pelos servidores civis que ao se inativarem se diz "aposentados". E mais: os parágrafos dêsse mesmo art. 1.º referem expressamente a categoria que contemplam: os "militares".

Nem seria possível, **data venia,** interpretar a lei em causa, por forma extensiva de maneira a ler, por exemplo, "servidores já falecidos" onde ela inscreve "militares já falecidos". Não se pode aquinhoar o gênero com aquilo que a lei brindou ùnicamente a espécie.

Nesta mesma ordem de idéias é evidente que não se pode entender o vocábulo "pôsto", consignado no diploma em causa, como expressão legal compreensiva de "cargo", única forma de se dar acolhida à pretensão manisfestada neste processo.

Nem vale, **data venia, invocar** os ditames da Lei n.º 2.558, de 20 de dezembro de 1954, para se dar a pretendida interpretação extensiva à Lei n.º 4.190.

Dos têrmos de tal diploma legal se chega exatamente à conclusão contrária ao ponto de vista expendido nos Pareceres trazidos à colação.

Com efeito, a Lei n.º 2.558/54 é expressa em contemplar os servidores civis que, nessa qualidade, ou como militares, prestaram serviços à Brigada Militar do Estado no período de guerra compreendido entre as datas de 31 de agôsto de 1942 e 8 de maio de 1945. A diferença aí estabelecida consistiu, apenas, em que enquanto aos oficiais e praças da Brigada Militar se outorgaram vantagens especiais pelo simples fato de terem servido em zona de guerra definida e delimitada pelo Decreto Federal n.º 10.490—A, de 25 de setembro de 1942, aos servidores civis as mesmas vantagens só foram reconhecidas quando "participaram de serviço ou operações de guerra".

Diz o § 1.º, do art. 1.º, da comentada Lei n.º 2.558/54:

> "§ 1.º — O disposto neste artigo se aplica a "todos os servidores públicos civis, inclusive policiais, ferroviários e autáquicos, que participaram de serviços ou operações de guerra."

Menos preciso não é o § 2.º dêsse mesmo artigo, no abranger os servidores civis:

> "§ 2.º — Estendem-se, ainda, as disposições desta lei aos militares convocados e aos servidores que por ela abrangidos já tenham falecido ou estejam APOSENTADOS, reformados ou transferidos para a reserva."

É igualmente claro o art. 2.º do mesmo diploma que, em seu contexto, não deixa de contemplar os vocábulos "avanço", "vencimentos", e "aposentadorias", como não poderia deixar de fazer uma vez que era intenção do legislador aquinhoar com as vantagens editadas não só os servidores militares como também os civis:

> "Art. 2.º — Sempre que o servidor beneficiado por esta lei estiver no pôsto, 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 pôsto, gradução, AVANÇO ou PADRÃO imediatamente inferior"

Não há, assim, ao que entendemos, qualquer simetria entre a Lei n.º 2.558/54 e a aqui invocada Lei n.º 4.190/61, ao menos no que respeita à questão em exame: enquanto a primeira deu condições de imediatamente se subjetivarem direitos, a segunda, atingindo, apenas, a categoria dos servidores da Brigada Militar, condicionou, como vimos, a outorga da vantagem liberalizada à circunstância de que o beneficiário tivesse passado para a reserva ou estivesse reformado, como integrante dos quadros da Fôrça Pública estadual ou, ainda, tivesse falecido na condição de militar.

Conseqüentemente, o servidor que tenha deixado os quadros da Brigada Militar, passando a ocupar em outra Unidade Administrativa, não faz jus às vantagens da Lei n.º 4.190/61.

É o parecer, s.m.j.

Pôrto Alegre, 3 de setembro de 1971

Ney Sá
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1891/CGE

TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA — ISENÇÃO. Inteligência do art. 7.º, alínea c, do Decreto 68.296, de 26/2/71, que concede isenção daquele tributo a veículos empregados em atividades agrícolas.

1. Para parecer desta Consultoria-Geral expediente encaminhado pela Prefeitura de Uruguaiana em que o chefe do Poder Executivo indaga sôbre a amplitude da isenção prevista no artigo 7.º, alínea c, do Decreto 68.296, de 26/2/71, que institui a Taxa Rodoviária Única.

É o relatório.

Nos têrmos da legislação referida:

> "São isentos do pagamento da Taxa Rodoviária Única:
> .....
> c) os proprietários de veículos empregados em serviços agrícolas, quanto aos veículos que transitarem tãosòmente dentro dos limites de suas propriedades, ou quando, transitando por vias públicas, não sejam utilizados em transporte de natureza comercial, entendido êsse como envolvendo pagamento de qualquer espécie pelo uso do veículo";

O problema focado na consulta envolve três questões, que se constituem nos elementos da norma em exame.

a) constituir-se numa norma de isenção;
b) conceito de veículo;
c) serviços agrícolas a que se destinam os veículos beneficiados com a isenção.

2. O fato de ser uma norma de isenção oferece alguns aspectos peculiares quanto ao modo de interpretar o texto legal.

O Código Tributário Nacional, ensejando algumas críticas, tratou de definir o método interpretativo aplicável às normas que disponham sôbre outorga de isenção:

Diz o Código, em seu artigo 111:

"Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sôbre:
I — ....
II — Outorga de isenção
....."

De um modo geral, condenam-se as definições inseridas em texto de lei, porquanto a tarefa é própria da doutrina.

Neste sentido verifique-se Marcello Caetano, in Manual de Direito Administrativo, pg. 110, (citando opinião de Germano Saraiva).

Mais pròximamente do problema aqui enfocado, o art. 111, do Código Tributário Nacional, sofreu censura de Alípio Silveira, que assevera:

> "Não foi feliz o legislador ao exigir aquela interpretação literal. De tudo quanto foi dito na parte geral do nosso livro, ficou claro que a interpretação das leis é um processo mental único, uma síntese dos vários elementos — gramatical ou literal, lógico, sistemático, teleológico, etc. O legislador brasileiro daria cópia de atraso injustificável, se obrigasse o aplicador, mesmo em certos casos, a limitar-se à interpretação literal. Além disso o próprio legislador, em princípio de caráter geral, consignado no art. 5.° da Lei de Introdução ao Código Civil, preceitua que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina, e às exigências do bem comum".

Prosseguindo, o autor procura resolver o problema, com a seguinte reflexão:

> " Em conclusão, somos levados a admitir que, no art. 111, a lei veio proibir, com terminologia inadequada, nos casos especificados em suas alíneas, o uso da extensão analógica, e, assim, preconizar a interpretação estrita dêstes casos, processo, aliás, muito diferente da interpretação literal". (In Hermenêutica do Direito Brasileiro, p. 129)

Ora, a nosso ver, ainda que houvesse êrro de orientação quanto à não-adoção pelo legislador da doutrina moderna em

matéria de metodologia de hermenêutica jurídica, é verdadeiramente difícil desobedecer ao mandamento legal, apenas supondo-se que o legislador incorreu em equívoco de denominação do método que designadamente prescreveu para as normas de isenção.

Ainda que censurável o querer da lei, o certo é que estamos em face a um mandamento legal que determina a interpretação literal do texto.

A lei anterior, que é a de Introdução ao Código Civil, não tem alcance para revogar a ulterior, o Código Tributário Nacional, sendo aquêle codificação de direito privado e pertencendo êste a ramo do direito público.

O que é possível, isto sim, inferir-se, numa interpretação da própria norma de hermenêutica, exarada no Código Tributário Nacional, é que ela não estatui exaustivamente acêrca da conduta do intérprete.

O fato de determinar que o texto que outorga isenção seja interpretação literalmente tem um sentido de predominância e não tem fôrça para excluir os demais métodos capazes de informar as reflexões do intérprete, tendo-se como certo que "a interpretação é um processo mental único", como refere Alípio Silveira.

É também esta a reflexão do grande mestre do neokantismo Rudolf Stammler, citado por Paulo Dourado de Gusmão, em "O Pensamento Jurídico Contemporâneo":

> "quanto a interpretação sustentou Stammler que esta equivale a compreender a vontade jurídica (expressa em normas gerais ou em negócios jurídicos) em seu modo de ser concreto.
> Não é lícito, no entender de Stammler, distinguir-se a interpretação "gramatical" da interpretação "lógica", porque a "expressão" e o "pensamento" não podem ser separados. A interpretação "gramatical" é sòmente uma fase provisória do processo interpretativo" (pág. 25).

Como ficaria o aplicador da lei, ou seu intérprete, em face ao texto gramaticalmente obscuro ou, mesmo, contraditório?

É indeclinável que deverá buscar, da interpretação sistemática e do sentido da lei, os elementos que possibilitem concluir por uma solução lógico-jurídica da questão examinada.

Outra coisa é a proibição de espraiar-se pela interpretação extensiva, esta, defesa pelo princípio geral de que as normas excepcionais têm caráter restritivo.

3. Estabelecidos os pressupostos acima lançados, passemos ao exame do texto objeto da consulta, cuidando em privilegiar o seu elemento literal em conveniência com o sentido da lei e a valoração restritiva que a mesma carrega.

4. Como se destacou, de início, há dois elementos essenciais integrantes da norma: veículos e o emprêgo dos mesmos em serviços agrícolas. Voltemo-nos para o segundo elemento.

Como serviços agrícolas deve ser compreendida tôda a série de atividades desenvolvidas tendo como objetivo a produção rural.

Algumas há que não é difícil distinguir pela sua extrema identificação com o trabalho especificado, "verbi gratia", o transporte da produção, podendo-se fàcilmente identificar o veículo utilizado neste tipo de trabalho, ou seja, caminhões, camionetas e utilitários.

Já a dificuldade aparece quando se trata de um automóvel utilizável no transporte de pessoas ligadas à administração do estabelecimento

À luz do texto legal, verifica-se que os veículos isentos serão sempre aquêles efetivamente necessários ao serviço rural ao qual se destinam.

É inaceitável que, meramente por pertencerem a um proprietário rural, sejam os automóveis de passeio objetos de isenção.

Poderá acontecer em algum estabelecimento se comprove a utilização de tal tipo de veículo em serviço próprio de transporte de pessoal, mas, sem dúvida, deverá o mesmo ficar adstrito a esta designada utilização.

Chegamos ao ponto oportuno de dizer que cabe à autoridade arrecadadora, concedente da isenção, fiscalizar a efetiva utilização no molde que deu causa ao favor fiscal, bem como ajuizar, prèviamente, de que o veículo se destina ao fim definido na lei.

Assim, por exemplo, quando fôr o caso de declarar-se mais de um automóvel para o uso nos serviços rurais de transporte de pessoal, num mesmo estabelecimento, deverá ser comprovada

e ajuizada a efetiva necessidade de tal número de veículos em relação aos serviços que se desenvolvem no estabelecimento para evitar-se o disfarce de situações inadequadas ao favor fiscal.

5. Do exposto, podemos voltar-nos para o elemento designado como veículo, comprendendo que é bem ampla a lei, não especificando nenhum tipo.

Não há distinção, não há caracterização, não se discrimina o tipo de veículo isentado.

Assente, portanto, que quaisquer tipos de veículos se compreendem no comando da lei, desde que, claro, empregados nos serviços agrícolas, consoante se examinou.

O Código Nacional de Trânsito, que regula a matéria, define os diversos tipos e todos êles, considerados como tais, se entendem compreendidos na isenção, desde que integrados os outros elementos que a configuram.

6. Há nesse ponto outra nuança da lei que merece exame.

Diz a norma que os veículos isentos são os que, pertencentes a alguém, transitem nos limites da propriedade dêste.

Surge aí uma dúvida quanto àqueles que sejam meramente arrendatários de áreas rurais, onde estejam desenvolvendo atividade agrícola.

Seria duvidoso determinar-se que a expressão propriedade, envolvesse apenas o conceito de propriedade da terra.

Antes, como está a lei objetivamente um favor fiscal que visa aos empreendimentos agrícolas, é compreensível inferir-se que a propriedade é a dos empreendimentos a que se referem os serviços que utilizam os veículos, objetos da isenção.

7. Em conclusão, somos de parecer que a isenção abrange todo tipo de veículo efetivamente utilizado em serviços agrícolas, comprovado, perante a autoridade que concede a favor fiscal, o seu uso pelos proprietários nos limites dos empreendimentos agrícolas; a utilização, fora dêsses limites, é possível desde que não seja para realizar fretes a terceiros.

É o nosso parecer, s.m.j.

Pôrto Alegre, 27 de agôsto de 1971.

Mário Nunes Soares
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1905/CGE

TAXA DE ÁGUA — Impossibilidade da alteração dêste tributo pelo Poder Executivo, sem exame da Câmara.
Viabilidade de substituição da cobrança por preço público.

1. A Prefeitura Municipal de Bagé formula consulta a esta Casa, contida em ofício, assim expressa, **verbis:**

> " Muito agradeceria a gentileza de V. Sa. em mandar examinar a juridicidade da Lei n.º 1.599, de ..... 24.3.1969, aprovada pela Câmara Municipal de Bagé e inclusa por cópia.
>
> Em especial, solicito a análise dos seguintes dispositivos:
>
> 1) art. 5.º, letra **a**, para verificar da possibilidade da tarifa ser fixada a exclusivo critério da Autarquia, com aprovação do Prefeito. Sem, portanto, a audiência da Câmara.
>
> 2) art. 14, parágrafo único, que **data venia** parece conflitar com a natureza autárquica. Assim, por conseqüência, o art. 16.
>
> 3) art. 17, que estabelece uma condição desnecessária, até porque a citada lei não cria órgão nôvo e nem modifica a **organização administrativa** do município, visto que apenas altera a lei municipal n.º 1.137, também anexa por cópia".

Em aditamento, envia razões de veto que o Sr. Prefeito Municipal ofereceu a emendas da Câmara ao projeto que resultou na Lei n.º 1.559, de 24.3.1969, referida na consulta.

É o relatório.

2. A controvérsia básica que envolve a consulta gira em tôrno dos conceitos de taxa e preço público, para saber-se sob qual das formas é possível virtualizar a receita referente aos serviços de água prestados pela municipalidade, em conveniência sempre com a viabilidade jurídica da instituição de um ou de outro modo de cobrança, naquela localidade, em face do sistema legal lá existente.

Examinemos, pois, a natureza jurídica e as características de cada um.

3. Pelo nosso sistema tributário, com vigência emanada da Constituição da República e codificada no Código Tributário Nacional para tôdas as esferas do poder público, são os seguintes os tributos vigorantes: "impostos, taxa e contribuições de melhoria" (art. 5.º do C.T.N.).

Além dêsses, há "contribuições" especiais previstas nas leis constitucionais, que não vêm ao caso, por seu caráter especial.

No que se refere a taxa, define o Código Tributário Nacional.

> " Art. 77 — As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou pôsto à sua disposição."

Leia-se, antes, o art. 3.º, do mesmo Código:

> " Tributo é tôda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Temos, então, que a taxa possui caráter compulsório por tratar-se de tributo.

Por tratar-se de tributo, também, bastará que os serviços sejam postos à disposição do contribuinte para que se vença a obrigação tributária e seja exigível do virtual usuário.

Por ser tributo, ainda, cumpre considerar que sua instituição ou alteração está sempre sujeita à lei. Leia-se, do Código:

> " Art. 9.º — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I — Instituir ou majorar tributo sem que a lei estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos arts. 21, 26 e 65;"

É o "princípio da legalidade dos tributos", contido na fórmula "no taxation without representation", nascida no Parlamento inglês.

4. Inobstante essa limitação, conforme ensina BERNARDINO RIBEIRO DE MORAES:

> " Nada impede que o Poder Público explore seus bens e serviços, obtendo receitas industriais ou patrimoniais diferentes das receitas fiscais." (A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro, p. 59).

É o preço público, o qual tem conceituação intrincada na Ciência das Finanças, o que não será discutido aqui, bastando o exame que se fará quanto aos requisitos formais.

Define ALBERTO DEODATO:

> " Os preços são as contra-prestações pagas, pelos serviços pedidos ao Estado e que constituem a sua receita originária." (M. de Ciência das Finanças, p. 63, 5a. edição)

É característico do preço público o fato de que sua tarifa é fixada pelo Executivo e, assim também, a alteração de seus quantitativos em qualquer época.

> " Em conseqüência, ensina ALIOMAR BALEEIRO, podem ser criados ou majorados em qualquer época do ano. Se uma lei o autoriza expressa e inequivocamente, as majorações e alterações de preço podem ser fixadas em tarifas ou atos expedidos pelo Poder Executivo, ou por autoridade dêste." (in Uma Introdução à Ciência das Finanças, p. 141, 6.ª edição)

5. Aproximando as duas fontes de receita pública, encontramos pontos de contato na natureza de cada uma que podem confundir a sua distinção. A perplexidade é generalizada na doutrina.

Desde logo, cumpre uma nota esclarecedora em tôrno do que seja tarifa.

Define PLÁCIDO E SILVA:

> " Tarifa — Do italiano **tariffa**, de origem árabe **tar'if** (fazer constar, a anunciar), entende-se, de um modo genérico, tôda tabela ou relação de preços, de direitos, de impostos ou de taxas, que se devem pagar por alguma coisa. Neste aspecto, a tarifa tem a significação de pauta, por onde se fixa, ou se determina, a exata quantia a ser cobrada, em razão de um tributo, de um preço ou de uma taxa.
>
> Por vêzes, a tarifa exprime o próprio valor estipulado, ou seja, o preço, ou a quantia anotada na tabela, ou na pauta, e que deve ser cobrada, quando ocorrente o fato em que é devida.
>
> Em realidade, a tarifa, mesmo neste estrito sentido, não significa nem impôsto, nem taxa. Exprime a quantia, a importância, o quanto, em que se fixam o impôsto, a taxa, ou o preço de alguma coisa, ou o catálogo de mercadoria, com os respectivos preços."

Assim taxa e preço público são espécies jurídicas, enquanto que a tarifa é a expressão monetária, numerária, de qualquer daquelas espécies.

6. Voltando aos traços comuns da natureza das receitas públicas em exame, verificamos que ambas se referem à contra-prestação pelo público consumidor de serviço público.

Não serve, pois, para distinguir ou definir uma ou outra, o traço, por exemplo, de se referir a serviço industrial prestado pelo Estado.

A taxa também pode ser instituída como contrapartida pelo fornecimento de serviços públicos industriais.

O que vem a caracterizar a fonte de receita, como sendo taxa ou preço público?

Certamente, a forma com que são instituídos pelo Poder Público, obedecidos os requisitos próprios de cada um. Ganham a natureza outorgada pelo ato da administração (poder público) que os institui.

Qual o ato da administração?

É a lei.

A lei que institui os serviços industriais determinará se a sua fonte de receita será auferida através de taxa, ou de preço público. Assim, o diploma legal que cria o serviço institui taxa d'água para compor as receitas dêste serviço. Ou, de outro modo, ao criar o serviço, determina que sua receita seja colhida através do pagamento pelo usuário de preços públicos.

Uma terceira coisa pode ocorrer: uma ou outra forma de cobrança ser alterada "a posteriori".

Então, se era preço público, sobrevirá lei que converta em taxa tal receita.

Alternativamente, pode a taxa, que fôra instituída por determinada lei, ser revogada por lei ulterior, instituindo-se o preço público como meio de arrecadação.

Pode acontecer, finalmente, que se institua taxa, com denominação incorreta, por tratar-se de preço público, e vice-versa.

É oportuno dizer que, se é a lei que institui uma ou outro, ela não poderá dispensar os requisitos que naturalizam cada instituto, nos moldes configurados pelas normas que os conceituam.

E no que se refere à taxa, tais normas são de caráter legal, estatuídas no sistema tributário nacional, algumas encartadas na própria Constituição e outras configuradas no Código Tributário Nacional. Não raro, confundem-se os institutos.

Há um longo inventário de tais controvérsias arroladas na obra de BERNARDINO RIBEIRO DE MORAES, enfrentadas pela jurisprudência.

7. Feita esta tomada doutrinária das receitas em causa, chegamos ao objeto da consulta.

Por Lei Municipal que tem o n.º 1.559 foi criado no Município de Bagé o Departamento Autônomo de Água e Esgôto, estabelecendo o seu texto, dentre outras fontes de receita, a seguinte:

"o produto da arrecadação de taxa".

Previsto está, também, na letra **f**, da mesma lei, que a receita pode advir das "rendas obtidas por serviço que prestar".

Em vigor, atualmente, na Municipalidade consulente, a Lei n.º 1.605 fixa as tarifas referentes à taxa de água.

Não há dúvida, por decorrência, que hoje os serviços industriais de água e esgôto no Município têm sua receita formada através de taxa.

Através dos princípios doutrinários antes consignados não é difícil concluir pela impossibilidade de serem as tarifas da taxa de água alteradas pelo Executivo, com dispensa da lei. É a lei que pode criar, extinguir ou alterar tal tributo.

8. Visualizado por outro ângulo o problema, conforme se viu, também é possível, mediante prévia revogação da lei que institui a taxa, ser a receita em questão atendida por preço público, porquanto o próprio diploma que criou o serviço prevê outros tipos de recolhimento de receitas, onde aparece a forma genérica:

" Art. 5.º — .....
f) as rendas obtidas por serviços que prestar".

Evidentemente, convém salientar que neste caso não poderia nunca ser cobrada do usuário potencial tarifa referente a "serviços postos à disposição do usuário", fator compulsório de cobrança de tributo independente do serviço prestado, próprio da taxa e impróprio para o preço.

9. No que pertine com os dispositivos 2 e 3 da consulta, serão, de logo, analisados e, posteriormente, encaminhados, não o sendo neste, em face da urgência da matéria objeto do presente estudo.

10. Impende concluir, de todo o exposto, no que diz com o dispositivo 1, que, na atualidade, no Município consulente, está em vigor a taxa de água e esgôto, a qual sòmente pode ser alterada através de lei, reportando-nos aos demais elementos constantes do parecer onde se colhe o exame da juridicidade da formação de receita prevista na Lei n.º 1.559.

É o nosso parecer, "sub censura".

Mário Nunes Soares
Consultor Jurídico

GOVERNADOR DO ESTADO — IMPEDIMENTOS.

Ausência do território estadual, sem afastamento do país, por tempo igual ou inferior a 15 dias.

Substituição pelo Vice-Governador.

Artigos 59 e 63 da Constituição do Estado.

1. Indaga, na espécie, Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, se, em face do sistema legal vigente, é obrigatória a

transmissão do cargo ao Vice-Governador, quando queira ou necessite o seu titular se afastar do Estado e permanecer em território nacional, por tempo igual ou inferior a quinze (15) dias.

2. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul dispõe:

> "Art. 59 — Substituirá o Governador, no caso de impedimento, e lhe sucederá, no caso de vaga, o Vice-Governador."
>
> "Art. 63 — O Governador e o Vice-Governador não poderão, sem licença da Assembléia, ausentar-se do País, por qualquer tempo, nem do Estado, por mais de quinze dias, sob pena de perda do cargo."

Êsses preceitos não passam de adaptação, no plano local, com as peculiaridades próprias do Estado, ao paradigma que é a Constituição Federal nos seus artigos correspondentes, **verbis:**

> "Art. 77 — Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente".
>
> "Art. 80 — O Presidente e o Vice-Presidente não poderão ausentar-se do País sem licença do Congresso Nacional, sob pena de perda do cargo".

Iguais dispositivos, no plano federal, existiam nas Constituições anteriores: 1891 — arts. 41, § 1.°, e 45; Emenda Constitucional de 1926 — art. 41, § 1.°, e 45; 1946 — arts. 79 e 85; 1967 — arts. 79 e 82; e, no plano estadual, nas Constituições de 1891 — art. 11 (Substituição): de 1935 — arts. 56 e 59; de 1945 — arts. 57 e 60; de 1947 — arts. 77 e 84; de 1967 — arts. 46 e 52.

3. Logo no **primeiro mandamento, tem-se que o Vice** será o **substituto,** nos casos de **impedimentos,** ou o **sucessor,** nos casos de **vaga,** do Governador, e no **segundo,** as **hipóteses** em que há necessidade de prévia **licença** para **afastamento** do **território** nacional ou **estadual,** sob pena de perda do cargo.

O tratamento da **substituição** do **Presidente** da República, no plano federal, e do **Governador** do Estado, no plano estadual, constitui, como se vê, **tradição constitucional** assente, pois a mesma **sòmente** se verifica nos **casos** de **impedimento,** sendo que o afastamento do Estado, por período inferior a quinze (15) dias, não o caracteriza. A única exceção à regra fêz-se no curto perío-

do da Constituição de 1967, quando o legislador constituinte tentou quebrar a sistemática dominante, inserindo nessa Carta Fundamental o art. 53, que rezava:

> "Sempre que o Governador se afastar, **por qualquer tempo,** do Estado, operar-se-á a transmissão do cargo a seu substituto."

Não chegou, porém, a vingar a tese preconizada porque o Egrégio Supremo Tribunal Federal, pela eiva de constitucionalidade, já que infringente do sistema constitucional brasileiro, **fulminou o mandamento.**

4. O legislador constituinte do Estado, a seu tempo, — seguindo praxe constante, tanto nos demais Estados-membros, quanto na União —, não relaciona, nem se preocupa em definir os casos de impedimento, como o fizeram outros de alguns Estados da América do Norte, da Argentina (art. 75, Const. de 1853) e respectivas províncias, e de outros Estados do Continente Americano (Colômbia (art. 124, 3a. parte), Cuba (art. 148), Costa Rica (art. 100), Chile (art. 66), Equador (art. 75), São Salvador (art. 93), Panamá (art. 79, 2a. parte), Paraguai (art. 58), Peru (arts. 144 e 145) — conforme ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, in "O Vice-Presidente da República na Constituição de 1946" — Rev. For., n.° 120, págs. 361 e segs.).

Êsse registro, que, aos desavisados, poderia parecer especioso assume relêvo e cresce de importância no momento em que se alerta para o fato de que não só a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, como, também, a Constituição Argentina, serviram de roteiro aos convencionais republicanos brasileiros, editôres da primeira Carta Política do País. (conforme CARLOS MAXIMILIANO, Constituição Brasileira, 1948, vol. II, pág. 196)

Em outras palavras, não foi falta de lembrança, de conhecimento ou um lapso do legislador constituinte brasileiro, o não relacionamento dos casos de impedimento do titular do Poder Executivo.

Ao contrário, ato consciente e deliberado!

5. A figura do substituto do agente político, por outro lado, sempre preocupou as lideranças nacionais, desde o primeiro momento do Brasil República, antes mesmo do advento da Carta Política de 24 de fevereiro de 1891. O tema, aliás, não esca-

pou à própria Constituição do Império de 25.3.1824,, tendo sido, também, objeto de ato do Govêrno Provisório que, através do Decreto n.º 113-B, de 31.12.1889, com o só e expresso propósito de garantir a continuidade do exercício do Poder — por quem, também, comungasse dos mesmos ideais da nova filosofia de Govêrno que acabava de se instalar no país —, criou, ao lado do Chefe do Govêrno, dois Vice-Chefes.

As disposições dêsse primeiro ato, afora a simplificação operada para excluir expressões redundantes, muito se assemelham às consagradas no texto atual, **verbis:**

Decreto n.º 113—B, de 31 de dezembro de 1889

Cria os cargos de 1.º e 2.º Vice-Chefes do Govêrno Provisório.

O Marechal MANOEL DEODORO DA FONSECA, chefe do Govêrno Provisório, constituído pelo exército e armada, em nome da nação.

D E C R E T A:

"Art. 1.º — São constituídos os cargos de 1.º e 2.º Vice-chefes do Govêrno Provisório, ambos providos por nomeação do mesmo."

"Art. 2.º — Na falta, ausência, **impedimento,** resignação ou falecimento do **chefe do Govêrno** provisório, a **autoridade** suprema cometida a êste **será transferida ipso facto,** em tôda sua plenitude, ao 1.º **Vice Chefe,** e faltando ou não existindo êste, ao 2.º.

Art. 3.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões do Govêrno Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 31 de dezembro de 1889, 1.º da República.

(ass.) Marechal Deodoro da Fonseca — Aristides da Silveira Lobo".

6. A partir, com efeito, do Decreto n.º 113-B, e sucessivamente, o direito positivo brasileiro — com a conveniente exclusão de palavras desnecessárias e sòmente dentro de melhor técnica — consagrou o instituto, incluindo-o invariàvelmente, em seus textos constitucionais, tal como se vê no Decreto n.º 914-A, de 23/10/1890, nestes têrmos:

"Art. 39 — Exerce o Poder Executivo o Presidente como chefe eletivo da nação.

"§ 1.º — Substitui o Presidente, no caso de impedimento, e sucede-lhe, no de falta, o Vice-Presidente,.."

Certo, por igual, que não só a União passou, invariàvelmente, a sufragar semelhante preceito, como, também, a maioria dos Estados-membros o adotou, desde 1891, tal como São Paulo (art. 27, § 1.º), Minas Gerais (art. 49), Maranhão (art. 43), Piauí (art. 37, § 1.º), Amazonas (art. 33, § 1.º), Pará (art. 27, I), Rio Grande do Norte (art. 28, § 1.º), Pernambuco (art. 48), Alagoas (art. 44), Sergipe (art. 15, § 3.º), Espírito Santo (art... 25, § 1.º), Paraná (art. 23, § 1.º), Santa Catarina (art. 30) e Mato Grosso (art. 17).

Nos demais Estados, a substituição, nas mesmas hipóteses, seria feita com o chamamento do Presidente do Senado ou da Assembléia ou do Presidente do Tribunal de Justiça, uniformizando-se a solução, não só no sistema como, ainda na pessoa do substituto com a Emenda Constitucional n.º 1, **de 1969,** já que generalizou a presença do Vice-Governador, **ut** art. 13, § 2.º.

7. E, agora, para melhor compreensão do tema, já não seria demasiado recapitular as diversas formas de vinculação das pessoas com o Estado — para o desempenho das atividades próprias do Poder Público — que é por três diferentes ordens de relações: políticas, honoríficas e de emprêgo.

HELY LOPES MEIRELLES, com sua natural desenvoltura, analisando essas diferentes posições, sinala:

> "..... no **primeiro caso** se encontram os que **são chamados** a **exercer cargos** de **govêrno,** de **direção político-administrativa,** de legislação e de jurisdição (Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Parlamentares, Magistrados);
> "..... no **segundo** se acham os que **são investidos** em **funções honorárias** de assessoramento, de colaboração **transitória** com a alta administração;
> "..... no **terceiro caso** estão os **funcionários pròpriamente ditos,** isto é, os que **são investidos** em **função** ou **cargo público** de **caráter profissional,** técnico ou administrativo, sujeitos ao regime estatutário pela relação de emprêgo". **(Apud Direito** Municipal Brasileiro, vol. II, 2a. ed., pág. 499)

Nessa mesma linha de pensamento situam-se, entre outros, RUY CIRNE LIMA (in "Princípios de Direito Administrativo" 1945, pág. 155), OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO (in "Relação Jurídica entre o Estado e seus Servidores" — Publicação da Prefeitura de São Paulo, 1945), TITO PRATES DA FONSECA, (in "Direito Administrativo", 1a. ed., pág. 261), PONTES DE MIRANDA (in "Comentários à Constituição de 1934" vol. II, pág. 459; de 1946, vol. III, art. 87, V, pág. 100; de 1967, vol. III, art. 83, VI, pág. 321).

8. Tem-se, com efeito, e induvidosamente, que o **regime jurídico** dos **condutores políticos** e o dos **demais prestadores** de **serviço público não se confunde** e, conseqüentemente, as **relações entre** tais **categorias** e o **Estado hão** de **sofrer tratamento jurídico correspondente** ao seu **campo peculiar**. Os **agentes políticos** do Estado, **têm,** assim, sua **situação definida** nas **leis** de **ordem política** estabelecidas pelo **Poder Constituinte** e só quando êsse legislador, expressamente, o tiver autorizado, poderá tal grupo ficar sujeito a disposições de outra ordem, oriundas do legislador ordinário.

9. A primeira indagação, portanto, que se põe ao intérprete, **in hac specie,** é a de saber a que campo do direito se cinge a matéria: se só ao plano puramente constitucional ou se, por via de autorização do legislador constituinte, a legislação ordinária poderia interferir no caso, dando-lhe, por conseguinte, outro encaminhamento.

10. A esta primeira indagação cumpre observar que **políticos são os podêres de que se cogita compreender** e, como tal, **matéria constitucional,** sendo que sòmente por **expressa disposição** da **lei básica poderiam** ter sido deixadas à **legislação ordinária.** Na **ausência,** pois, de tal **permissão** expressa do **legislador constituinte,** fôrça será convir que o **tema está exaustivamente regulado** pelo **preceito constitucional** e **se não admite** a **interferência** do **Legislador ordinário,** a qualquer pretexto. A razão é simples — a norma comum não poderá, sob a alegação de explicar ou esclarecer a questão constitucional, dizer nem mais nem menos do que está pôsto no princípio básico; se não pode ampliar ou restringir, não tem sentido e não valerá por sua manifesta ineficácia, ante a inarredável incompetência do órgão que editou o diploma, pois como ensina COOLEY:

"..... a legislatura não pode por meio de Lei ordinária definir as palavras da Constituição.
"Seria, essa função interpretativa, alheia a sua esfera". (in Rev. For., n.º 151, pág. 118).

Não será demais assinalar que a atual Carta Política Brasileira, fiel à memória constitucional republicana, conservou íntegro o princípio da independência e harmonia dos podêres (art. 6.º — C. F.), cominando a **pena de intervenção federal** ao Estado-Membro que ouse desobedecê-lo (art. 10, VII, C id.).

Essa filiação à teoria de MONTESQUIEU e seus antecessores da escola francesa, provinda, é certo, do modêlo norteamericano, assume, é bem de ver, maior relevância quando se vai notar que da matriz também copiou a rigidez do princípio da constitucionalidade das leis (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1946", 3a. ed., tomo II, pág. 59, e de 1967, págs. 224 e segs.: DARCY AZAMBUJA, "Teoria Geral do Estado", 2a. ed., págs. 173 e 181).

Vale dizer, com efeito, que cada um dos podêres do Estado age com independência dos demais e é, em razão disso, insuscetível de receber ordens ou comandos dos outros, diretos ou indiretos, tendo como único parâmetro o ordenamento jurídico.

11. Sempre, pois, que o Poder Constituinte entender oportuno conferir ao legislador ordinário podêres para regulamentar preceito básico, fá-lo de forma expressa - como se colhe, por exemplo, nos arts. 39 § 2.º, 45, 94, § 3.º e 65 da Constituição Federal; ou arts. 52, 87, 88 e 141 da Constituição Estadual, como, também, na Constituição Imperial de 25.3.1824, art. 97.

12. Volte-se, por isso, ao texto e vejam-se as circunstâncias legais postas:

"Art. 59 — **Substituirá** o **Governador, no caso de impedimento,** e lhe **sucederá,** no caso de **vaga, o Vice-Governador".**
"Art. 63 — O Governador e o Vice-Governador **não poderão,** sem licença da Assembléia, **ausentar-se** do **país,** por qualquer tempo, **nem** do **Estado, por mais de quinze dias,** sob pena de perda do cargo".

De tais ordenamentos nada ficou deferido ao legislador ordinário e, por igual, sobressai que o Vice-Governador

I — **Substituirá** o Governador

a) em casos de **impedimentos;**
b) em casos de **licença,** obrigatória esta nos afastamentos do Governador por mais de quinze dias; e o

II — **Sucederá** sòmente em casos de **vaga.**

13. O sistema constitucional pátrio, segundo magistério de PONTES DE MIRANDA (**in** Coment. à Const. de 1967, tomo I, pág. 237), só conhece e admite a substituição do titular do Poder Executivo — Presidente da República e igualmente o Governador ou Prefeito, no plano estadual e municipal — numa única hipótese: **impedimento,** que pode ocorrer quanto a determinado caso concreto ou por suspensão ou licença. Êsse **entendimento** é **incontroverso** entre os **especialistas.**

14. Conceituando impedimento, **De Plácido e Silva,** em seu "Vocabulário Jurídico", vol. II, págs. 787/788, diz:

> "IMPEDIMENTO. Do latim impedimentum, de **impedire** (embaraçar, constranger, impedir), quer significar todo **obstáculo,** todo embaraço, tôda **oposição,** seja de ordem física ou de ordem legal, ou mesmo de ordem moral, que vem tolher ou vedar a execução do ato ou criar situação para que êle não se pratique.
> O impedimento, nestas circunstâncias, pode apresentar-se num duplo aspecto:
>
> a) ou é o **obstáculo** que vem **estorvar** a prática ou execução do ato, influindo para que não se realize ou não se execute;
> b) ou é a **oposição** ou o **preceito,** que impõe ou proíbe a realização do ato
>
> Particularizando-se, então, o primeiro impedimento se diz **impedimento físico, material.** E o segundo será o **impedimento legal** ou o **impedimento moral.** Dêste não cogita o Direito. E quando possa, mesmo neste aspecto, influir no princípio jurídico, será também legal.
>
> Desta forma, no sentido material, impedimento será sempre o estôrvo, a **impossibilidade material, o obstáculo,** a **interceptação** ou o **constrangimento,** em virtude dos quais se procura evitar ou se evita, se procura tolher ou fazer com que a coisa não se faça, como devera ser feita.
>
> No sentido legal, é a **proibição** ou a **determinação** contida na lei, para que não se pratique ou realize determinado ato, notadamente pelas pessoas, também em lei assinaladas."

E, adiante, analisando-o agora já sòmente sob o ponto de vista estritamente administrativo-funcional, **registra:**

> **"Impedimento.** Na terminologia funcional e administrativa, entende-se no sentido de tôda impossibilidade material ou jurídica, que vem afetar a autoridade pública ou o funcionário, impossibilitando-o **do exercício de seu cargo ou de suas funções.** É o afastamento ou a falta de exercício, por qualquer eventualidade (moléstia, licença, férias) ou por determinação legal (incompetência, suspensão, suspeição), do cargo ou função exercida."

No mesmo sentido, o escólio de PONTES DE MIRANDA (obr. cit., tomo III, pág. 293 e segs.), **verbis:**

> .."**Impedimento** (ocasional), temporário, é a causa de não poder continuar no exercício, ou de assumi-lo, o que é titular de algum cargo, sem que se dê perda (morte, exoneração, ou demissão) do cargo."
>
> . . . . . .
>
> **Impedimento** "quer dizer obstáculo, embaraço físico, ou moral, com que (se) estorva fazer alguma coisa" (J.J.C. PEREIRA E SOUZA, **Esbôço de um Dicionário Jurídico,** II, **verbo** Impedimento). O funcionário público, o juiz, os Chefes do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo ou são "impedidos", **in casu,** ou por suspensão ou licença. O impedido **in casu** não deixa o cargo. Deixa o cargo o licenciado ou o suspenso, em caso de haver processo.

Seria de admitir-se que em lei ordinária federal se dissesse que os Presidentes da República não poderiam assinar nomeações de irmãos, genros, ou outros

parentes. Outrossim, a lei ordinária estadual, ou municipal, quanto a parentes do Governador, ou Prefeitos. Seriam impedimentos **in casu,** à semelhança dos impedimentos aos juízes. Apenas determinariam que, no caso, os papéis ou processos fôssem aos substitutos. Impedimentos que importem substituição **no cargo,** êsses, a lei ordinária federal, estadual, ou municipal não os pode criar. Seria ofensa ao **princípio da independência dos podêres,** que pressupõe a distribuição da competência estatal pelos três podêres, **em regras jurídicas constitucionais;** portanto, rígidas.

(Os Governadores de Estados-membros sòmente precisam de licença da Assembléia Legislativa, ou de Comissão permanente, para saída do território estadual, quando a Constituição estadual o diz. Já é o ponto mais avançado a que pode ir a interpretação da Constituição de 1967, dizer-se que é princípio constitucional, que os Estados-membros devem respeitar, o não poderem os Governadores dos Estados-membros ausentar-se do Brasil sem licença, sob pena de perda do cargo. Quanto à ausência, permanecendo no território nacional, não: só o texto expresso da Constituição estadual pode exigir licença; se o não exigiu, de licença não precisa, para ir a outro lugar do território nacional, o Governador do Estado-membro. Se a Constituição exige que, para a ausência, embora com fixação no território nacional, o Governador do Estado-membro precisa de licença, claro que se há de exigir a licença, sob pena de perda do cargo. Se não no disse, por parecer aos seus elaboradores que a ausência dentro de certo tempo máximo, por ser breve e, talvez, de relevantes interêsses para a unidade política, é inofensiva, e adotou êsse trato de tempo — os legisladores ordinários encontram matéria que a Constituição estadual disciplinou, **exaustivamente.** Tôda limitação, que a legislação ordinária faça, é exorbitante da competência do Poder Legislativo e, pois, em face dos princípios constitucionais, **federais** e **estaduais,** contrária à Constituição estadual)

SAMPAIO DÓRIA, aureolado professor da Universidade de São Paulo, in Comentários à Constituição de 1946, ed. 1960, vol. III, pág. 346 e segs., **preleciona:**

"Impedimento, nos têrmos do art. 79, é todo fato que impossibilite ou dificulte em substância o exercício da função presidencial. São de três ordens os impedimentos:

"1.º) a procedência, decretada pelo Supremo Tribunal Federal, ou pela Câmara dos Deputados, de acusação ao Presidente da República por crime comum ou de responsabilidade;

"2.º) invalidez por moléstia que deixe acéfalo o govêrno do país; e

"3.º) impedimentos pessoais, para cuja alegação seja o Presidente da República o único juiz.

"O primeiro está previsto no art. 88, parágrafo único: declarada a procedência, ficará o Presidente afastado de suas funções.

"Competência para declarar impedimentos implícitos".

O segundo não está explícito na Constituição. Mas se o Presidente é vítima de moléstia grave, como um derrame cerebral, que lhe tire os movimentos, a fala, qualquer meio de manifestar sua vontade, e a moléstia se prolonga sem previsão de até quando, que remédio senão havê-lo por impedido?

"A Constituição é omissa sôbre a quem cumpre verificar impedimento desta natureza. Mas, em tal emergência, o país fica sem govêrno, e o Presidente está tolhido pela enfermidade de tomar a iniciativa de seu afastamento.

"Segue-se, nesta conjuntura, a competência natural do Congresso Nacional para declarar o impedimento? É o que opina BARBALHO, em seus comentários à Constituição de 1891, pág. 164. "Tratando-se, — diz êle, — de fazer retirar do pôsto supremo quem aí fôra colocado pelos votos da nação, aos representantes desta, òbviamente, cabe interferir e providenciar quer quanto à cessação do exercício do Presidente, quer quanto à determinação para que se eleja outro".

"Implica êste parecer o pressuposto de que, por serem os **congressistas** representantes da nação, podem **exercer,** em nome dela, **atribuições que ela não lhes conferiu em nenhum texto expresso,** em nenhum **princípio explícito ou implícito da Constituição.** Pa-

ralelamente, o pressuposto de que não consigna a Constituição nenhum princípio, ou texto, em contrário.

"**A aparência é realmente a de uma doutrina aceitável. Mas traz em si o poder de deposição.** Sempre que entender o Congresso Nacional, por conta própria, ou a serviço das fôrças armadas, destituir de suas funções o Presidente da República, votará sob paixão, ou sob pressão, o impedimento do Presidente, ou de quem lhe estiver substituindo. E estará deposto o Presidente da República pelo Congresso Nacional, por conta própria ou alheia. Admitida ao Congresso, por serem seus membros representantes do povo, competência para "interferir e providenciar, quer quanto à determinação para que se eleja outro", o Poder Executivo, estaria, na verdade, sujeito a votos de confiança do Parlamento, não apenas seu ministério, como no regime parlamentar, mas o chefe supremo da nação.

"Mas a isto opõe expressamente o art. 36 da Constituição o princípio da independência dos podêres entre si.

"A Constituição só admite que o Presidente seja compulsòriamente suspenso de suas funções no art. 88, quando a Câmara dos Deputados declara, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, procedente a acusação nos crimes comuns ou de responsabilidade. Apenas suspenso, e não destituído. Porque, nos crimes comuns, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, e, nos crimes funcionais, perante o Senado Federal. Se fôr considerado culpado, o Senado Federal, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferirá, pelo voto mínimo de dois terços dos seus membros, sentença condenatória. A sentença, adverte o § 3.º do art. 62 da Constituição, só poderá ser a de "perda do cargo com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça ordinária".

"Fora dêsse caso extremo de condenação por crime comum, ou crime de responsabilidade indicado no art. 89, nada há, na Constituição, que autorize ao Congresso Nacional a deposição, por impedido, do Presidente da República.

"O presidencialismo é regime de podêres limitados. Os podêres da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, estão investidos apenas nas competências expressas na Constituição. **A distribuição das competências foi, pela Constituinte, em nome da nação soberana, traçada com ponderação, com sabedoria de experiência feita, na Constituição Federal.** Fora das órbitas ali traçadas, qualquer deliberação que os podêres tomem, exorbita de suas competências.

" . . . . . "

"Impedimento por invalidez extrema.

" . . . . . "

"Impedimento por invalidez relativa.

"Terceira ordem de impedimentos são fatos cuja existência com a fôrça impeditiva só ao próprio Presidente cabe invocar. Êle é o único juiz do fato e sua significação. Poderá ser, por exemplo, doença que não o impeça de manifestar sua vontade, mas, a seu juízo, o impede de dar cumprimento devido aos deveres de seu cargo.

" . . . . . "

"Afasta-se do exercício do cargo pelo tempo que haja por necessário à cura, ou volta de saúde que lhe permita o exercício da presidência, **como, entre nós, procedeu o primeiro Presidente civil da República.**

"Êstes, os casos de impedimento".

15. O mesmo festejado PONTES DE MIRANDA, analisando um caso verificado no Estado do Maranhão, teve oportunidade de reafirmar a tese, que é dominante e consagrada também pela lição pretoriana, fazendo-o nestes têrmos:

"No direito constitucional estadual do Brasil, costumava-se prever que o Governador do Estado-membro se desloque, saindo do território estadual, **sem deixar o exercício do cargo.** Tal permissão constitucio-

nal é compatível com os princípios constitucionais federais (Constituição de 1946, art. 7.º), tanto mais quanto as Constituições estaduais determinam o tempo máximo de ausência.

"Lê-se no art. 55 da Constituição do Estado do Maranhão:

"O Governador residirá na Capital do Estado e dêste não poderá ausentar-se, **por mais de trinta dias**, sem premissão da Assembléia, sob pena de perda do mandato, salvo motivo de fôrça maior, que lhe impossibilite o regresso nesse prazo".

"Para as ausências de trinta dias ou menos de trinta dias, não é preciso pedir licença.

"Por outro lado, o Vice-Governador sòmente substitui o Governador em caso de impedimento ou vaga, ou licença (arts. 48 e 55, parágrafo único).

"**A licença é** a permissão para não exercer, durante certo tempo, o exercício do cargo, ou seja para tratar de interêsses particulares, ou seja, para tratar de interêsses do Estado-membro, ou outros interêsses públicos, ou seja, em se tratando de Governador do Estado do Maranhão, por ter de ausentar-se por mais de trinta dias do Estado-membro. Em qualquer das três espécies, **se há ausência do Estado-membro por mais de trinta dias, sem licença, há perda do cargo; se há licença, não.** Assim, o Governador licenciado, para tratar de interêsses particulares, ou do Estado-membro, ou outros interêsses públicos, pode ausentar-se do Estado-membro, por mais de certo tempo, **sem que se precise de licença especial;** já está licenciado. Para se ausentar do Estado-membro por menos do tempo marcado, ou, exatamente, por trinta dias, o Governador do Estado do Maranhão **não precisa de licença.**

"Nem há, aí, impedimento. **Impedimento** "quer dizer obstáculo, embaraço físico, ou moral, com que estorva fazer alguma coisa" (PEREIRA E SOUZA, Esbôço de um Dicionário Jurídico, II, verbo Impedimento). O funcionário público, o juiz, os chefes do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo ou são "impedidos", **in casu,** ou por suspensão ou licença. O **impedido in casu** não deixa o cargo. Deixa o cargo o licenciado ou o suspenso, em caso de processo. A Constituição do Estado do Maranhão, art. 48, empregou a expressão "impedimento" no sentido de licença ou suspensão; porque, no sentido de impedimento **in casu,** não há assunção do govêrno por substituto do Governador.

" .....

"Os Governadores de Estado-membro sòmente precisam de licença da Assembléia Legislativa, ou de Comissão permanente, para saída do território estadual, quando a Constituição estadual o diz.

" .....

"Pergunta-se:

"— Podia o Governador ausentar-se do Estado por menos de trinta dias, ou por trinta dias, sem passar o cargo ao Vice-Governador, nem comunicar à Assembléia Legislativa, nem dar ciência ao respectivo presidente, a quem, se licença fôsse de exigir-se, teria de ser remetido o pedido?

"Respondo:

"— Para ausentar-se por dia ou mais, até trinta dias, o Governador do Estado do Maranhão não precisa de dirigir-se à Assembléia Legislativa. Se se retirou e está a terminar o tempo máximo, pode fazer prova de fôrça maior, que remete à Assembléia, ou pedir a licença a que se referem o art. 55 e parágrafo único da Constituição do Estado do Maranhão.

"No caso da consulta, o governador continuou em exercício, podendo praticar os atos que lhe incumbiam". (**apud** Parecer n.º 237, **in** Questões Forenses, vol. 5.º, 1959, págs. 130 e segs)

No mesmo rasto, para um segundo caso, no Estado de Santa Catarina, além do autor citado — PONTES DE MIRANDA —, com seu Parecer n.º 102 (obr. cit., tomo II, págs. 542 e segs. e Revista Forense, vol. 151, págs. 337/339), também JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, em estudo apresentado perante o Instituto dos Advogados do Brasil, (in Rev. For. cit., págs. 340/342), e outros.

16. Neste outro caso, do Estado de Santa Catarina, há pronunciamentos contrários de FRANCISCO CAMPOS e RENATO BARBOSA, que, por isolados e infringentes da sistemática e fonte do instituto, não lograram prosperar.

Aliás, o entendimento do primeiro dêsses autores, FRANCISCO CAMPOS, filiou-se à teoria adotada pelo Direito Constitucional Argentino, de 1853, e respectivas províncias, advogando que a **ausência** importaria em impedimento e, por igual, juntamente com Renato Barbosa, que ao legislador ordinário, com apoio na teoria dos chamados podêres implícitos, lhe teria o Constituinte reservado a faculdade de regular qualquer disposição constitucional tida por omissa (**apud** Direito Constitucional, vol. II, Ed. Freitas Bastos, 1956, págs. 219/226 e Rev. Forense, n.º 151, págs. 112/116 e 116/120). Êsse parecer revela o grave defeito de haver ignorado o princípio fundamental da independência e harmonia dos podêres, resultante do sistema constitucional de freios e contrapesos, próprio do sistema presidencial de Govêrno.

Além do mais, o texto argentino de então resultou de circunstâncias muito particulares, como acentua J. A. GONZALES CALDERON e, por igual, H. F. HRONCICH e CARLOS NOVARO. Previam os legisladores constituintes a eleição para Presidente do General Urquiza e temiam fôsse êle, sem aquêle dispositivo, transferir a sede do Govêrno para o seu palácio de São José, que distava cêrca de quarenta quilômetros da Capital (cfe. Derecho Constitucional Argentino y Comparado, 2a. ed., Buenos Aires, pág. 405).

Diz GONZALES CALDERON:

> **"Es una previsión especial de nuestra Constitución, pues non se halla incluída en el texto norteamericano,** y es complementaria de la prohibición expresa al Presidente de ausentar-se del territorio de la capital sin permiso del Congreso, salvo en el caso de receso de este cuerpo y "sólo por graves objetos de servicio público" (art. 86, inc. 21). También fueron muy especiales las circunstancias que influyeron en los constituyentes para interpolar estas cláusulas en los artículos 75 y 86, circunstancias que nuestros autores señalan com rara uniformidad. El proyecto de Alberdi nada decía al respecto, y las actas de las sesiones del Congreso Constituyente no nos suministran explicación alguna. La del 29 de abril nos informa de que cuando se puso em discusión el inciso 21 del artículo 86 (antes 22 al 83) el convencional Gorostiaga, miembro informante de la comisión redactora, propuso que se agregara al texto original la segunda / cláusula que ahora tiene, lo que fué aprobado por unanimidad.
>
> "La interpretación estrecha y excessivamente gramatical del texto de ningún modo convendría, en verdad, a los altos intereses políticos e institucionales que en todo caso deben consultarse. La ausencia de la capital, precisamente para el mejor servicio público, con la consiguinte delagación / del poder ejecutivo **en el Vice, despojaria al Presidente, aunque por breve tiempo,** de los poderes y privilegios que le da su elevada magistratura. No ejercería ya dicho poder, porque la letra muerta del texto dice que em tal caso "será ejercido por el Vicepresidente". La crítica que este percepto constitucional há merecido, está pues, plenamente justificada."

Assim, partindo de princípio inconciliável com a tônica da estrutura constitucional pátria, evidente que o renomado jurista, no caso, não poderia ter chegado a outra conclusão, eis que ninguém ousa duvidar do seu talento.

17. O outro Parecer, também contrário, da lavra de RENATO BARBOSA (**in** Rev. For. Cit., págs. 116/120), incide no mesmo êrro fundamental, chegando ao extremo de afirmar que entendimento diverso do por êle esposado implicaria em admitir a

> "USURPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO **PELO PODER CONSTITUINTE".** (obr. e loc. cit., pág. 117)

Semelhante afirmação, por si só, conscientemente lançada, impede que se examinem os demais conceitos, de vez que importaria em desprezar ou desconhecer princípios cuja

> "distinção, que é fundamental em direito constitucional, entre
>
> "PODER ESTATAL, PODER CONSTITUINTE E PODÊRES CONSTITUÍDOS".

como observa PONTES DE MIRANDA ("Com. à Constituição 1967", tomo I, pág. 227), ou seja:

> "Poder de construir e reconstruir",
> "Poder de constituir", e
> "Poder constituído".
>
> "Não há pensar-se em **divisão** do poder constituinte, como se fala de **divisão dos podêres** (constituídos).
>
> "Não há poder legislativo, poder executivo ou poder judiciário constituintes; há, tão-só, Poder Constituinte, unitário, indivisível e a revisão da Constituição entregue a mais de um poder (legislativo e executivo, legislativo e judiciário; ou aos três), apenas se refere ao procedimento para a reforma, de modo que, uma vez promulgada, se funde no todo da Constituição" (loc. cit., págs. 175/192).

18. O regime constitucional brasileiro, portanto, e a exemplo do norte-americano, que serviu de matriz ao sistema nacional, é o de podêres repartidos e limitados e, cada qual, está nêles investido nos limites e competências expressas na lei básica. Qualquer deliberação, além dos lindes previstos e estipulados, será atentatória aos outros podêres e infringente do sistema, comprometendo-lhe o equilíbrio.

RUY BARBOSA, depois de observar que a Constituição Americana serviu aos autores nacionais de paradigma, sinala que êsse instrumento do poder criou a limitação dos podêres, menos com vistas ao Executivo do que ao próprio Legislativo, eis que, freqüentemente, se tem visto a usurpação da legislatura, que, nessas ocasiões, o faz invocando a soberania nacional, que, em realidade, não lhe pertence, **verbis:**

> "Os fundadores da Constituição Americana, em cujos sentimentos se embeberam os **autores** da Constituição brasileira, envidaram todos os recursos para estabelecer nesse instrumento de limitação dos podêres, um anteparo sério, não contra o Executivo sòmente, mas talvez mais contra as assembléias.
>
> "Nos governos onde um monarca hereditário reúne em suas mãos um conjunto de prerrogativas poderosas, dêsse lado é que está o perigo para a liberdade.

> "Nas democracias, porém, há mais de um século, foi demonstrado por Madison que "é contra a arrojada ambição dos corpos representativos que o povo deve observar a maior das desconfianças e esgotar absolutamente as precauções". A mais grave das contingências, nesse regime, e a mais provável, está nas usurpações da legislatura, que, conglobando todo o poder nas mesmas mãos, seria origem de uma tirania semelhante à das usurpações administrativas". (**apud** Rev. Dir. Adm., n.º 56, pág. 301, **in** Repr. n.º 322, argüição de Inconstitucionalidade da Emenda n.º 1 à Constituição de 1947, Estado de Goiás, Relator: Ministro Cândido Mota Filho)

19. Essa posição constitucional, dominante nos Estados-membros brasileiros, de permitir que os Governadores se afastem do Território sem necessidade de passar o exercício do cargo, resulta, igualmente, de lições recebidas de Estados da América do Norte, tanto dos que sufragam posição contrária, quanto dos que sustentam o mesmo ponto de vista.

JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, depois de acentuar que, segundo o sistema brasileiro, são conhecidas duas espécies de ausência do Governador do território estadual, uma sem impedimento para continuar no exercício do cargo e outra com impedimento, observa que

> "A primeira ocorre quando o Governador se retira por tempo de tolerância permitida pela respectiva Constituição: 15 dias, 20 dias, ou um mês.
>
> "A segunda se dá quando o Governador pede licença para se ausentar do Estado, desde que necessite de maior tempo que o da tolerância".

Após esclarecer que nem todos os Estados da América do Norte adotam êsse mesmo princípio, anota o mesmo autor que outros o fazem, lembrando o caso de Alabama, em que

> "o problema sôbre a ausência foi encarado como em **todos** os Estados do Brasil.
>
> "Ali se especificou, diz-nos MACDONALD, exatamente quanto tempo o Governador poderá estar fora do Estado, sem ficar temporàriamente afastado do exercício do cargo". (in Rev. For., n.º 151, pág. 340)

20. O Estado do Rio Grande do Sul, a despeito de sempre ter acompanhado a melhor tradição da totalidade das unidades da Federação, inserindo nos sucessivos textos constitucionais mandamento do teor do art. 63 da atual Carta Magna, que tolera o afastamento do Governador do território estadual, até quinze dias, e desde que permaneça em solo brasileiro, sem necessidade de licença da Assembléia, bem assim, de passagem do exercício do cargo de Governador, no ano de 1948 porque as oposições contassem com maioria parlamentar, e, ao mesmo tempo, predominasse no seio da legislatura uma tendência parlamentarista, editou o diploma legislativo sob o n.º 191, de 31.1.1948, onde, a pretexto de definir casos de impedimento, terminou suprimindo, na prática, por via dêsse ordenamento ordinário, o predito dispositivo constitucional, já que exigia a transmissão do cargo tôda vez que o Governador se ausentasse do "território do Estado, por qualquer tempo" (art. 2.º, letra **c**).

O governador de então, ilustre rio-grandense e **cioso** de suas prerrogativas, representou perante o Doutor Procurador-Geral da República, argüindo, juntamente com diversos artigos da própria Constituição de 8.7.1947, a inconstitucionalidade da lei. Contrariando o sistema, o venerável Supremo Tribunal veio de rejeitar a proposição e, assim, inobstante o conflito manifesto entre a lei básica e essa norma ordinária, o Governador do Estado não se podia afastar, sem transmitir o cargo.

21. Ao ser promulgada a Constituição Federal de 1967, a que todos os Estados-membros deveriam adaptar as suas e no prazo de 60 dias, sob pena de se terem por incorporados automàticamente todos os dispositivos que coubessem, o **Legislador Rio-grandense**, e, mais uma vez, porque a oposição contasse na Assembléia Legislativa com maioria parlamentar e como que **reconhecendo a impotência da norma legislativa ordinária,** embora repetindo em o art. 52 os mesmos têrmos do art. 84 da Carta de 1947, e atual 63, **aproveitou para institucionalizá-la através do art. 53.** Pretendeu, destarte, tornar obrigatória a transmissão do cargo de Governador ao Substituto, tôda vez que, por qualquer tempo, se afastasse o Chefe do Poder Executivo do território rio-grandense.

Revogava, assim, o legislador gaúcho, ou, como consignam outros, cortava a eficácia, — a teor do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil —, da lei local de n.º 191, de 31.1.1948, com a promulgação da sua Carta Política de 24 de maio de 1967, de

vez que vinha dispor em nôvo estatuto de maior hierarquia sôbre a matéria, que o anterior (lei ordinária), já o fazia.

O então titular do Poder Executivo, ao lado de uma série de outros mandamentos constitucionais, entendeu de, perante o ilustrado Doutor Procurador-Geral da República, apresentar solicitação, no sentido de que fôsse argüída a inconstitucionalidade de tal preceito — art. 53 — junto ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Por ter S. Exa. acolhido a pretensão, através da Representação n.º 749 (Relator: Sr. Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA), foi dito preceito declarado infringente do Estatuto Básico, merecendo o assunto aqui ser explanado, ainda que ligeiramente.

Disse o Doutor Procurador-Geral da República:

> "12. — Preceitua, no Capítulo III, referente ao Poder Executivo, o
>
> "Art. 53 — Sempre que o Governador se afastar, por qualquer tempo, do Estado, operar-se-á a transmissão do cargo a seu substituto".
>
> "É, a nosso ver, **inconstitucional,** o artigo, ao indicar a **substituição obrigatória do Governador fora dos casos em que a ausência é submetida a licença da Assembléia Legislativa,** art. 52. Não se inspirando no modêlo federal, desatende ao art. 13, **verbis,** "outros princípios estabelecidos nesta Constituição". **(in** Rev. Dir. Adam., vol. 100, p. 252)

Não seria, ao depois, ocioso nem demasiado trazer à colação passagens com que justificaram seus votos, por exemplo, os ilustrados Senhores Ministros THOMPSON FLÔRES e ADAUCTO LÚCIO CARDOSO, na respectiva sessão de julgamento:

a) Ministro CARLOS THOMPSON FLÔRES:

> "Não ocorreu inovação no tocante à matéria no âmbito federal. O afastamento do Presidente da República, ora constante do art. 82, já era previsto pela Carta de 1946, art. 85, com a mesma redação.
>
> "A norma em aprêço não guarda similitude com a do art. 53. Aqui o Governador permanece no Território Nacional, ali, trata-se de afastamento para **fora do País.**

"O preceito acarretaria sérios embaraços à Administração e por vêzes nem teria sentido.

"O afastamento por horas obrigaria a transmissão do Govêrno.

"E notório é, nos dias de hoje, com a rapidez dos transportes aéreos, que a fronteira do Estado é transposta seguidamente para encontros vinculados à Administração, a transmissão do Govêrno por horas nem seria compreendida pelo próprio povo.

"Os três Estados sulinos — Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul estão ligados por interêsses os mais variados e vinculados mesmo a Órgão Federal, o que tem obrigado seus Governadores a seguidas e breves viagens às repectivas Capitais. Seria um constante contratempo a transmissão do Govêrno, máxime quando viajar até no exercício do cargo e para tratar de assuntos da própria função.

"Ao que parece, a norma do art. 52 já havia na Constituição anterior, art. 73, e tenho-a por salutar e harmônica com a correspondente da Constituição Federal de 1946 e 1967.

"Para o **estrangeiro**, por qualquer tempo a substituição se impõe.

"Fora daí, o excesso é inconstitucional". (obr. cit., pág. 271)

b) Ministro ADAUCTO LÚCIO CARDOSO, retificando seu voto:

"Sr Presidente, votei, ontem, no tema da inconstitucionalidade argüída do art. 53 da Constituição sul-rio-grandense: Repito o enunciado dêsse dispositivo:

"Sempre que o Governador se afastar, por qualquer tempo, do Estado, operar-se-á a transmissão do cargo a seu substituto".

"Votei, justificando o meu voto no sentido da constitucionalidade dêsse dispositivo que me parecia perfeitamente conformado com o paradigma federal. Uma reflexão maior, porém, me persuadiu de que votei errado, Senhor Presidente. Realmente, tal dispositivo, depois de maduro exame que dêle fiz, me pareceu inteiramente contrário à idéia do regime federativo de Estados irmãos e de um só território nacional, porque, dispondo que o Governador do Rio Grande do Sul, ao visitar outro Estado brasileiro, deverá proceder como procede o Presidente da República, quando deixa o solo do Brasil e se dirige ao estrangeiro, êle como que ressucitou — peço vênia aos eminentes colegas gaúchos para lembrar — temas da Constituição farroupilha de Bento Gonçalves, com aquêle seu preâmbulo dirigido "à Nação Rio-Grandense".

"Não há, hoje, no que se chama o concêrto federativo, em nenhum Estado, nenhuma Constituição estadual, dispositivo dessa envergadura, e, na realidade, o paradigma federal da transmissão de poder do Presidente da República ao seu substituto só tem razão de ser quando se dirige a solo estrangeiro.

"Ao que vi, depois de refletir maduramente, êsse é um dispositivo que mais caberia numa Constituição separatista, porquanto equipara o solo catarinense, ou paranaense, glebas vizinhas ao Rio Grande do Sul, àqueles que a Constituição Federal considera estrangeiro, porque impõe ao primeiro magistrado estadual a obrigação de transmitir o poder como se se ausentasse para outra nação.

"Em face destas considerações, por me parecer que, realmente, a disposição da Constituição rio-grandense do art. 53 é contrária ao espírito federativo no que êle tem de mais nítido, hoje — a intercomunicação dos Estados — desejo retificar o meu voto, concluindo pela inconstitucionalidade do dispositivo". (ib. págs. 284 e 285)

E, assim, fiéis a essa ordem de idéias e considerações, os integrantes do mais alto pretório brasileiro selaram a sorte do efêmero ordenamento da Carta Rio-Grandense, proclamando a decisão:

> "Quanto ao art. 53, foi retificada a decisão, **para se julgar procedente a argüição de inconstitucionalidade,** contra os votos dos Ministros Aliomar Baleeiro, Osvaldo Trigueiro, Evandro Lins, Hermes Lima e Victor Nunes" (id. 360).

22. Nesse momento, pois, sem necessidade de qualquer invocação da corrente doutrinária vitoriosa, forte, por igual, em

remansada jurisprudência — quer nacional quer estrangeira — (Pontes de Miranda, Sampaio Dória, Carlos Maximiliano, João de Oliveira Filho, Lúcio Bittencourt, etc., e Thomas M. Cooley, Hector F. Hrozcich, Carlos H. Novaro, Gonzales Calderon e outros), que preconiza poder o administrador recusar o cumprimento a dispostivos inconstitucionais, de vez que, na hipótese, a teor do art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, essa última decisão do Tribunal Excelso restabeleceu, no Rio Grande do Sul, o primado do direito, afastando, inclusive, pelo desfêcho judicial verificado, eventual discussão acadêmica de incidência do ordenamento jurídico local, o trôpego diploma de 1948, que tomara o n.º 191.

23. A lição do mais alto Tribunal Brasileiro já era orientação seguida por Tribunais locais.

Tal ocorreu, por exemplo, em Santa Catarina, onde o Egrégio Tribunal de Justiça, em hipótese igual à vertente, concedeu, pelo voto da **maioria absoluta do seu plenário,** a segurança impetrada pelo então Governador Irineu Bornhausen, contra ato do Presidente da Assembléia Legislativa, consistente na promulgação da Lei n.º 19, de 1.º.8.51, daquele Estado, **DECLARADA INCONSTITUCIONAL** por conflitar seu art. 2.º, letra **c,** com o art. 48 da respectiva Carta Política.

Aquêle dispositivo de lei, — em norma idêntica à da **Lei n.º 191,** de 31.1.1948, dêste Estado, citada em voto vencido e pareceres em que êste se louvou, de FRANCISCO CAMPOS e RENATO BARBOSA —, considerava **caso de impedimento,** além de outros, também não previstos na Constituição, a "ausência do território do Estado por tempo superior a 24 horas", enquanto a Carta Estadual só exigia licença após 20 dias.

Os fundamentos centrais do aresto constam das seguintes e expressivas passagens:

> "Diz a Constituição do Estado em seu art. 48:
>
> "O governador residirá na capital do Estado e dêste não poderá ausentar-se por mais de 20 dias, sem licença da Assembléia ou da Comissão Permanente, sob pena de perda do cargo".
>
> E a Lei n.º 19, impugnada:
>
> "Art. 1.º — Em caso de impedimento, vaga ou falta do governador, serão chamados, sucessivamente, ao exercício do cargo o presidente da Assembléia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado.
>
> "Art. 2.º — Consideram-se casos de impedimento do governador:
>
> "
>
> . . . . . .
>
> "c) ausência do território do Estado por tempo superior a 24 horas".
>
> "Evidentemente o disposto na lei impugnada desarmoniza-se com o preceituado no artigo citado da Constituição. E como da incompatibilidade nasce a inconstitucionalidade, êsse dispositivo legal, por ser inconciliável com o verdadeiro significado do texto da Carta Política, é inconstitucional.
>
> "É que, "em relação a preceito constitucional expresso", diz LÚCIO BITTENCOURT em seu livro "O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", pág. 54.
>
> "é manifesto que não se deve atender, apenas, ou prevalentemente, à letra do texto, mas procurar o sentido, o espírito, o real significado da norma. Se a lei ordinária é incompatível com a **mens legis** de alguma prescrição do Estatuto Político, a inconstitucionalidade é irrecusável".
>
> "E não se pode duvidar que a intenção do constituinte de 1947 foi dar ao **governador a prerrogativa de ausentar-se** do **Estado até 20 dias, sem passar** o **exercício do cargo** ao **substituto.** É que ela se apresenta manifesta, clara, positiva e insofismável das próprias palavras da Constituição, porquanto exprimem elas o "fim" desejado: liberdade de movimentos, dentro de um prazo certo e determinado, para melhor cuidar dos interêsses do Estado, fora das suas fronteiras, objetivando, talvez, contatos freqüentes com o govêrno central, em benefício dos serviços executados dentro dos seus limites.
>
> "Disse muito bem, portanto, o insigne constitucionalista pátrio PONTES DE MIRANDA, quando afirmou, em seu parecer, que o impedimento, para substituição, decorre sempre ou do ultrapassamento do prazo de tolerância prefixado na Constituição, com a conseqüente perda do cargo, ou de licença; fora dês-

ses casos, é criar "impedimentos" que os elaboradores da lei máxima não quiseram admitir, talvez, mesmo, olhando para os benefícios e interêsses relevantes que pudesse pleitear e defender o governador do Estado.

"Em defesa da lei impugnada e para mostrar não constituir novidade a passagem do govêrno, lembra o requerido a transmissão feita pelo interventor neste Estado, Cel. Aristiliano Ramos, e, mais recentemente, pelos governadores da Bahia, Srs. Otávio Mangabeira e Régis Pacheco.

"A desvalia da argumentação, **data venia**, é manifesta, pois nos dias que correm vemos os governadores do Estado do Rio, Minas, São Paulo, Paraná e de várias outras unidades da Federação voarem para fora dos limites dos seus Estados, com ausência por vários dias, sem passarem o exercício do cargo.

"**Não serve, também, como elemento histórico-interpretativo, a existência, no Estado do Rio Grande do Sul, de lei semelhante, não só porque nesse Estado predomina a corrente parlamentarista ou, pelo menos, predominava ao tempo da elaboração** da sua **Carta Constitucional**, tanto que o Supremo Tribunal Federal, através de uma representação, julgou inconstitucionais vários dos seus artigos por julgá-los contrários aos princípios estabelecidos na Contituição federal — (ninguém ignora que, no govêrno de Gabinete, o Parlamento é o eixo do sistema, cujo "primado" incontestável leva ao desequilíbrio da balança dos podêres) —.

"Quanto aos "podêres implícitos" alegados pelo requerido em abono da Lei número 19, não podem êles ter a amplitude e a profundidade desejadas.

"Desde MARSHALL, ficou consagrada entre os constitucionalistas a doutrina dos "podêres implícitos"; consistem êles no reconhecimento da outorga tácita de todos os meios julgados eficazes para uma autoridade exercer uma função que lhe foi atribuída. Isto, porém, não quer dizer que através dêles, ou nêles apoiados, possam ser ultrapassados os limites prefixados para o exercício da função. É preciso não esquecer que antes de tudo e acima de tudo está a linha traçada pela Constituição, limitativa de podêres; a sua violação, a sua transposição, importa, necessàriamente, em ferir de morte o princípio básico da nossa forma de govêrno: independência e harmonia dos podêres.

"Pudesse a Assembléia Legislativa do Estado legislar com a liberdade que se lhe afigura assegurada pelos "podêres implícitos", e o chefe do Executivo estadual teria os seus movimentos inteiramente controlados pelas maiorias ocasionais. E, é óbvio, o chefe do Poder Executivo não pode ficar à mercê dessas maiorias, que hoje dão um prazo de 24 horas de tolerância para ausência do território do Estado, sem licença, podendo tirá-lo amanhã...

"Ocorre ainda a circunstância, — e essa passagem serve, apenas, para mostrar a elasticidade que a Assembléia estadual emprestou aos chamados "podêres implícitos" — por demais curiosa, de ter o legislador ordinário, a título de não querer o govêrno acéfalo, criado a bicefalia governamental, com o determinar a assunção do substituto legal do governador, nas suas ausências, fora do Estado, por mais de 24 horas, e assegurar ao substituído prerrogativas inerentes ao exercício do cargo, quais as de assinar convênios e contratos devidamente autorizados pela Constituição. Assim, são conferidas perrogativas de governador, simultâneamente, a duas pessoas: uma dentro do Estado e outra fora dos seus limites territoriais.

"Não se argumente, para excluir o absurdo que encerra êsse texto da Lei n.º 19, com o disposto no § 2.º do art. 49 da Constituição, porque êsse dispostivo, apenas, diz que o governador licenciado para tratar de interêsses do Estado continua a perceber os vencimentos integrais. Foi uma forma que a Constituinte de 1947 encontrou para não privar o governador licenciado do seu subsídio.

"Nesse dispositivo constitucional não se pode ver, nem de longe, qualquer similitude com o existente na lei impugnada.

"O que êsse dispostivo constitucional ressalta, mais uma vez, é que a palavra "ausência" foi empregada como sinônimo de "licença".

"Terminando: quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, esta especificação importa proibir implíci-

tamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", pág. 321)".

À vista de tais considerações, setenciou o Tribunal:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 111, da Comarca de Florianópolis, em que é requerente o Sr IRINEU BORNHAUSEN, Governador do Estado, e é requerido o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa:

"ACORDAM, em Tribunal Pleno e pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, conceder o mandado de segurança impetrado pelo Sr. Irineu Bornhausen, Governador do Estado, para que S. Exa. possa **ausentar-se do Estado até 20 dias, sem passar o exercício do cargo ao substituto legal,** conforme norma estabelecida no art. 48 da Constituição do Estado e contra a qual está em conflito o art. 2.º, letra **c,** da **Lei n.º 19,** de 1.º de agôsto de 1951, ora, por isso mesmo, **declarada inconstitucional".**
(apud Rev. For., n.º 151, pág. **336)**

24. Êsse aresto do Tribunal de Santa Catarina baseou-se, como já se disse, em pareceres de PONTES DE MIRANDA, e de JOÃO de OLIVEIRA FILHO.

Salienta PONTES DE MIRANDA que:

"Em direito, suspender-se o exercício, quando não se trata de suspensão **ipso iure,** é aplicar-se pena, ou, pelo menos, medida cautelar. Pena ao Presidente da República, ao Governador do Estado-membro, ou ao Prefeito, não a podem criar, fora dos conceitos do art. 89 da Constituição de 1946, o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais. Tampouco, podem aplicá-la. Ora, onde quer que se estabeleça que algum dêsses titulares de cargos políticos deixa o exercício, está-se a suspender, porque a suspensão é a interrupção do exercício sem que tenha havido, por parte do que o interrompe, pedido. Exatamente o que interrompe, por pedido seu, se licencia. O pedido de licença é a postulação de haver necessidade privada, ou pública, de se afastar do cargo. Supõe, da parte do Poder Legislativo, que a concede, exame das circunstâncias e resolução constitutiva, de eficácia **ex nunc.**

"Tais são os princípios de direito público, que se hão de invocar.

"Qualquer que seja a forma sob que se dissimule ou o conceito, que dissimule, o texto de lei que estabelece a substituição no cargo, sem ser nos casos constitucionalmente previstos, é texto contrário à Constituição. Portanto, nulo. Seria, aliás, ilusório o princípio da independência dos podêres (Constituição de 1946, art. 36), se o Poder Legislativo, federal, estadual ou municipal, pudesse criar, a seu talante, casos de suspensão do exercício, ou perda do cargo". (obr. cit., pág. 339)

OLIVEIRA FILHO, com inteira propriedade, distingue as **duas espécies de ausência do Governador,** uma com, outra **sem impedimento, verbis:**

"As Constituições estaduais do Brasil distinguem duas espécies da ausência do respectivo governador, uma sem impedimento para exercício do cargo, outra com impedimento.

"A primeira ocorre quando o governador se retira por tempo de tolerância permitida pela respectiva Constituição: 15 dias, 20 dias, ou um mês.

"A segunda se dá quando o governador pede licença para se ausentar do Estado, desde que necessite de maior tempo que o da tolerância.

"Quando o governador ultrapassa o tempo de tolerância, fica sujeito à perda do cargo, se não tiver autorização da Assembléia.

"Estando dentro do tempo de tolerância, continua no exercício do cargo, **mesmo fora do respectivo Estado,** podendo despachar o expediente que lhe fôr enviado, sancionar ou vetar leis, nomear e demitir funcionários". (ib., pág. 340)

25. A 1a. Câmara Cível Especial do nosso Tribunal de Justiça, em caso da esfera municipal, oriundo de Rio Grande, em 8.7.69,, sob o império da Carta Magna de 1967, no Agravo de Petição n° 5.977, proferiu decisão unânime, publicada na Revista de Jurisprudência, vol. 16/182.

O precedente é invocável, pois, no âmbito municipal, respeitadas as Constituições Federal e Estadual, a Lei Orgânica equivale à Carta Fundamental, sendo aplicáveis os mesmos princípios já enunciados.

Acentuou o acórdão, provendo o recurso de ofício e o voluntário, pois fôra concedido, na primeira instância, o mandado de segurança impetrado pelo substituto do Prefeito, que pretendia ver assegurado seu direito ao exercício do cargo, em substituição·

"Ambos os recursos merecem provimento. É que, na realidade, não se configurou qualquer ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

" .....

"Ao ser impetrada a segurança, o General Armando Cattani encontrava-se, ainda, no exercício de suas funções, na Prefeitura de Rio Grande, na condição de Interventor nomeado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, com base em podêres concedidos por Ato Institucional.

"Aplicável que fôsse a Lei n.° 5.449, **a sua substituição temporária só seria regulada pela Lei Orgânica do Município, se a falta ou impedimento fôsse inferior a** sete dias (art. 3.°). Em se prolongando para mais, a substituição deveria ocorrer de conformidade com o disposto na lei citada, não pela forma disciplinada pela Lei Orgânica.

"Ora, **pela própria Lei Orgânica,** como decorre de seu art. 59, **o Prefeito não necessita de licença, para afastar-se do município, (salvo para fora do Estado), por menos de cinco (5) dias.**

"O impetrado, como se vê dos autos, não se encontrava fora do Estado e nem a sua ausência se prolongou por mais de cinco (5) dias, eis que retornou ao Rio Grande, no dia seguinte ao de seu afastamento.

"Era inviável, portanto, a pretensão do impetrante, eis que não configurada a situação de fato da qual lhe decorreria o direito líquido e certo de assumir, em substituição, a Prefeitura de Rio Grande".

26. Induvidoso, de conseguinte, que, nos têrmos do art. 63 da Carta Política Rio-grandense, se permite ao Governador do Estado afastar-se do Estado, sem necessidade de licença e de transmitir o exercício do cargo, desde que o seja por período igual ou inferior a 15 dias.

Inexiste **in casu** impedimento objetivo. Poderá, todavia, existir o impedimento subjetivo ou voluntário do qual o único juiz será o próprio Governador, porquanto o fato decorre não só de embaraços de ordem físico-legal como, também, de ordem moral.

Os impedimentos, a rigor, podem ser de três ordens distintas:

a) por imputação procedente de crime comum ou de responsabilidade;

b) por invalidez decorrente de moléstia grave, que impeça o titular de exercer o cargo;

c) por vontade pessoal do titular do cargo.

Segundo a causa de que se originam, podem ser reduzidos a dois:

I) voluntários;
II) involuntários.

As voluntárias são as que se originam de uma deliberação da autoridade, sendo esta o único juiz; enquanto as involuntárias ou estranhas à vontade do agente se originam de algum fato da natureza (moléstia grave) ou de atos humanos — coação, responsabilidade decretada procedente pelo Supremo Tribunal Federal ou (= Congresso Nacional, Assembléia Legislativa, Câmara de Vereadores).

27. É certo, por outro lado, terem os substitutos sabido guardar elegante discreção, respeitando sempre a dignidade do alto pôsto, mesmo em circunstâncias nas quais deveriam ter as-

sumido em razão de graves moléstias que acometeram alguns Presidentes, inabilitando-os para o exercício das correspondentes funções.

Conhecidos são os casos de enfarte do Presidente Eisenhower e do atentado que sofreu o Presidente Wilson, nos Estados Unidos e, por igual, de acidente de automóvel do Presidente Vargas, ao tempo do seu segundo período 1950/1954, e Delfim Moreira, no Brasil; e, ainda, dos Presidente Saenz Peña e Ortiz, na Argentina, onde jamais os substitutos pretenderam assumir, apesar das muitas cogitações aventadas, especialmente na Argentina e Estados Unidos, onde, como aqui no Brasil, têm tais casos a solução aceita, qual seja a de que, — excluída a corrente que procura conferir ao Congresso Nacional competência para declarar o impedimento, como já o preconizava BARBALHO (Comentários à Constituição de 1891, pág. 164) —, o juiz do impedimento, em tais hipóteses, é o próprio substituto, cumprindo-lhe fazer as necessárias e prudentes verificações, tal como ministra JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (R. T., n.º 47, pág. 76 e R. F. n.º 151, pág. 341); e, igualmente, SAMPAIO DÓRIA (Direito Constitucional, 1960, pág. 349); JUAN A. GONZALES CALDERON (Derecho Constitucional, B. Aires, 1943, pág. 752), assim como nos casos de impedimento voluntário, que só ao próprio titular cabe invocar.

JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, **in** "Impedimento do Presidente da República e o Princípio da Separação dos Podêres", Revista dos Tribunais, n.º 269, pág 76 e segs., ministra:

> "1. **Impedimento é o estado de pessoa impossibilitada por doença ou outra causa, de cumprir os deveres do seu cargo, como diz Anlete, "Dicionário". Diz-se impedimento o embaraço físico ou moral que estorva fazer alguma coisa, escreveu Ferreira Borges, "Dicionário Jurídico Comercial".**
>
> **"Impedimentos são os obstáculos legais: — que estorvam qualquer ato, dizia Teixeira de Freitas, "Vocabulário Jurídico".**
>
> "2. São inúmeras as causas que podem dar origem ao impedimento — voluntárias e involuntárias. Paulo de Lacerda classificou em voluntárias e estranhas as causas que podiam ou podem dar lugar ao impedimento do Presidente da República.

Voluntárias, quando se originam de uma deliberação do próprio Presidente; estranhas se consistem nalgum fato que diretamente lhe tolhe o exercício do cargo. As estranhas podem ser fatais, em provindo de fato da natureza, ou coativas se se consubstanciam em atos realizados por outros homens obstando o exercício do cargo pelo Presidente ("Direito Constitucional Brasileiro", vol. II, pág. 408)

> "3. Ausência para uma visita internacional e a necessidade do tratamento da saúde são impedimentos voluntários; porque, embora haja certamente motivo suficiente para isso, provêm sempre da deliberação do próprio Presidente. Um surto apoplético é impedimento estranho fatal, pois não depende da deliberação do Presidente, sim de um fato da natureza humana inelutável. A declaração pela Câmara dos Deputados de procedência da acusação oferecida contra o Presidente da República, a prisão por fôrças inimigas ou revolucionárias, constituem impedimentos estranhos coativos; porquanto não vêm da deliberação do Presidente, porém de ato alheio que lhe tolhe à fôrça o exercício do cargo. (Paulo de Lacerda, op. cit., pág. 409)

Entre os impedimentos que já têm preocupado os políticos e os constitucionalistas se encontram os de incapacidade física e os de incapacidade moral.

> "4. Em nenhuma das Constituições republicanas houve algum provimento para atender aos casos de incapacidade física ou moral do Presidente. Pode ocorrer a inabilitação física, corporal, como a paralisia, a loucura ou alguma outra moléstia ou doença semelhante, que não pode dar lugar à vaga, mas simplesmente a impedimento. Observou Paulo de Lacerda que infelizmente a Constituição de 1891 (e o mesmo ocorre com a atual), "olvida êste caso especial, que nem pode ser incluído entre os de falta pessoal do Presidente, pois na verdade existe um que está vivo, nem entre os de vaga do cargo, porquanto êle não renunciou, não foi destituído em conseqüência de processo de responsabilidade, nem perdeu a investidura por ausência do território nacional sem licença do

Congresso. E até sequer há um Poder investido na atribuição de apreciar o caso de inabilitação, e declará-la". (op. cit., pág. 416)

"5 **Quem será o juiz do impedimento? Em primeiro lugar, o próprio impedido. A lei não permite que pessoa impedida pratique algum ato do seu cargo.** Em segundo lugar, o substituto do impedido. O substituto do impedido tem a obrigação de assumir o cargo de emergência de impedimento que o impedido porventura não lhe possa comunicar.

A regra, tanto para o impedido, como para o substituto, é a de Décio, jurisconsulto romano, no "Digesto", "de reg. juris", 134 — não se considera impedido aquêle que pode remover o impedimento — "impeditus non dicitur qui impedimentum removere potest".

28. E nesse mesmo diapasão é versada a matéria por todos os autores nacionais e estrangeiros que cuidam de examinar a questão dentro do sistema constitucional adotado.

29. À vista de todo o exposto, se conclui:

1.º) Não conhece o sistema constitucional republicano brasileiro outra forma de **substituição** do Presidente pelo Vice-Presidente, no plano federal, e do Governador pelo Vice-Governador, no plano estadual, **fora dos casos de impedimento.**

2.º) O impedimento pode ser **voluntário e involuntário.** No primeiro caso, o único juiz do impedimento será o próprio titular que o invocará quando entender oportuno, e, no segundo, se o titular não o fizer, o substituto terá o direito-dever de constatá-lo e proclamá-lo.

3.º) Não é, em conseqüência, obrigatória a substituição do Governador tôda vez que sua ausência do Estado, sem afastamento do território nacional, não ultrapasse a quinze (15) dias, nos têrmos das expressas disposições dos arts. 59 e 63 da Constituição do Estado.

4.º) Nada obsta, porém, que o titular, entendendo conveniente, e a seu prudente juízo, transmita o exercício do cargo a seu substituto legal, mesmo em hipóteses de se afastar por menos tempo.

É o parecer.

PÔRTO ALEGRE, 26 de maio de 1971.

Orlando Giraldi Vanin — Relator
CONSULTOR-GERAL DO ESTADO

Lauro Pereira Guimarães
PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA

Mário Bernardo Sesta
SUBCHEFE DA CASA CIVIL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E LEGISLATIVOS

GABINETE DO CONSULTOR-GERAL

PARECER N.º 28

O regulamento desenvolve, em tese, princípios formulados pela lei, mas não pode ampliar nem restringir o **alcance** das normas.

Regulamento que se afasta da lei regulamentada é ilegal.

Podêres concedidos à Administração de modo implícito ou explícito para a prática de atos administrativos.

Poder discricionário ou direito que tem o administrador de com liberdade: agir ou não, apreciando a conveniência, oportunidade e conteúdo do ato.

Artigos 35, 39 e 40 da Lei n.º 1751/52 e 37, 40 e 41 da Lei n.º 2338/54.

Decreto n.º 21.112, de 12 de maio de 1971; antinomia entre seus preceitos e os da Lei.

Ineficácia para o próprio Poder Executivo.

Indaga, na hipótese, Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, sôbre a legalidade do Decreto n.º 21.112, de 12 de

maio último, baixado com o propósito de regulamentar os arts. 35, 39 e 40 da Lei n.º 1751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado) e 40 da Lei n.º 2338, de 25 de janeiro de 1954 (Estatuto do Magistério Público do Rio Grande do Sul), revogando, de forma expressa, o Decreto n.º .. 18.470, de 29 de março de 1967, que dispunha sôbre a mesma matéria.

2. Cuida o ato em aprêço, como fazia o revogado, de disciplinar o afastamento de servidores públicos do exercício de suas funções para realização de estudos ou missão de qualquer natureza (arts. 1.º a 9.º); da cessão de servidores a outras pessoas jurídicas (arts. 10 a 14); da movimentação de pessoal entre Órgãos da Administração Estadual (arts. 15 a 19); revoga, no seu art. 20, tôdas as cessões feitas em condições diversas das estipuladas no ato **sub examine.**

Logo, não se limita a pretendida regulamentação aos artigos mencionados na sua ementa, de vez que, também, se dirige a outros mandamentos, tais como: 190, 191 e 277 da Lei n.º .. 1751/52 e 37, 41 e 189 da Lei n.º 2338/54.

3. Eis os textos legais:

a) da Lei n.º 1751, de 22/2/52:

" Art. 35 — Nenhum funcionário poderá ter exercício em serviço ou repartição diferente daquela em que estiver lotado, salvo nos casos previstos neste Estatuto ou prévia autorização do chefe do Poder competente.

Parágrafo único — Nesta última hipótese **o** afastamento do funcionário só será permitido para fim determinado e por prazo certo.

Art. 39 — Nenhum funcionário poderá ausentar-se do Estado, para estudo ou missão de qualquer natureza, **com ou sem ônus para os cofres públicos, sem autorização ou designação expressa do chefe do Poder competente.**

Art. 40 — **Salvo caso de** absoluta **conveniência, a juízo do chefe do Poder competente,** nenhum funcionário poderá permanecer fora do Estado, por mais de doze meses para estudos e por mais de quatro anos em missão oficial, nem ausentar-se, novamente,

senão depois de decorridos quatro anos de serviço efetivo no Estado, contados da data do regresso.

Art. 190 — O **ocupante** de **eargo efetivo** ou o aposentado disponível que fôr **nomeado** para cargo **em comissão, perderá,** durante o período em que o exercer, o **vencimento** do **cargo efetivo,** ou o provento da inatividade, **se por êle não optar.**

Art. 191 — **Nenhum funcionário poderá exercer, em comissão, cargo** ou **função,** da **União,** dos **Estados, Municípios** ou **Territórios, sem prévia e expressa autorização do chefe do Poder competente.**

Art. 277 — É vedado ao funcionário exercer atribuições diversas das inerentes ao cargo que ocupar, **ressalvadas as funções de chefia e as comissões legais."**

b) da Lei n.º 2338, de 25/1/54:

"Art. 37 — Nenhum professor poderá ter exercício em estabelecimento de ensino diferente daquele em que estiver lotado, **salvo nos casos previstos neste Estatuto."**

"Art. 40 — nenhum professor poderá ausentar-se do Estado, para estudos ou missão de qualquer natureza, **com ônus ou sem ônus** para os **cofres públicos, sem a prévia autorização ou designação expressa do chefe do Poder Executivo."**

Art. 41 — Salvo caso de absoluta conveniência para o ensino, **a juízo do chefe do Poder Executivo,** nenhum professor poderá permanecer fora do Estado, por mais de doze meses, para estudos, e, por mais de dois anos, em missão especial; nem ausentar-se novamente, senão depois de decorridos cinco anos de efetivo exercício no magistério público, contados da data do regresso."

"Art. 189 — É vedado ao professor exercer atribuições diversas das inerentes ao cargo de magistério, **ressalvadas as dos cargos em comissão e dos de confiança."**

4. Assinale-se, desde logo, que as expressões:

"... prévia autorização do chefe do Poder competente";

"... **sem autorização ou designação do chefe do Poder competente**";
"... **a juízo do chefe do Poder competente**";
"... **sem prévia autorização ou designação**";
"... **a juízo do chefe do Poder Executivo**",

constantes dos textos legais assinalados e transcritos (artigos 35, 39 e 40 da Lei n.º 1751/52; 40 e 41 da Lei n.º 2338/54), conferem ao administrador, no caso do Poder Executivo, ao Governador do Estado, **amplo poder de decisão,** que os doutôres, quer na doutrina, quer na jurisprudência, denominam **atos discricionários**, porque resultam do exercício do chamado **"poder discricionário"**, ou, então, **"competência discricionária"**, onde se reconhece ao administrador a mais completa liberdade de escolher, isto é, de agir ou não agir, ou de agir desta ou daquela forma, segundo um juízo pessoal de conveniência, oportunidade e motivos quanto ao objeto (oportunidade, conveniência e conteúdo).

5. Vale dizer, com efeito, que o primeiro dêsses ordenamentos (art. 35 da Lei n.º 1751/52 e 37 da Lei n.º 2338/54), estabelece, como **princípio geral,** que os **funcionários** ou **professôres** devem ter, normalmente, **exercício** nos serviços, repartições ou escolas em que estiverem **lotados** e, ali, desempenhar as funções próprias do cargo de que sejam titulares, em conformidade com as atribuições do respectivo conteúdo ocupacional, sendo-lhes vedado o afastamento, **ressalvadas as exceções previstas** no próprio **Estatuto ou,** igualmente, **prévia autorização** do **Chefe** do **Poder competente,** circunstâncias estas que se afastam da regra geral, com prevalência sôbre a mesma — a) exceção legal e b) deliberação da autoridade competente: chefe do Poder Executivo (ou, na economia interna das repartições, o titular do órgão), Legislativo, Judiciário — como agentes políticos de mais alta hierarquia.

A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, **in** "Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado", vol. I, p. 192/193, comentando o art. 34 e parágrafo único da Lei Federal n.º 1711/52, que corresponde ao art. 35 e parágrafo único da Lei Estadual n.º .. 1751/52, assim se expressa:

> " Proíbe o Estatuto o exercício de funcionário em repartição diferente da em que estiver lotado. A vedação encontra justificativa na necessidade de evitar-

se que determinadas repartições fiquem com a sua lotação desfalcada, trazendo sérios trantornos aos seus serviços, enquanto em outras o excesso de servidores constitui incentivo à improdutividade pelo menor esfôrço despendido na execução das tarefas de que são incumbidos.

Entretanto, abre o parágrafo único do art. 34, que comentamos, duas exceções à regra, permitindo o afastamento do funcionário de sua repartição para ter exercício em outra: a) nos casos previstos neste Estatuto, e b) mediante prévia autorização do presidente da República, para fim determinado e a prazo certo. Seja qual fôr o motivo que imponha êsse afastamento do servidor para ter exercício em outra repartição, não será o mesmo permitido se não estiver previsto nesta lei ou se não houver prévia autorização do presidente da República.

Em relação à primeira hipótese, não especifica o Estatuto êsses casos **previstos** no seu texto nem a êles se referiu, em especial, em qualquer dos seus artigos, o que vem obrigando, sempre, os ministros de Estado a submeter os pedidos de requisições de funcionários à deliberação do presidente da República. No tocante à segunda hipótese, são pressupostos para que se permita o afastamento:

a) prévia autorização do presidente da República;
b) fim determinado (natureza da função ou do serviço), e
c) prazo certo."

6. O **exercício** em **local diverso** do da repartição de **lotação ou** a **interrupção** do **exercício para afastamento** do **território estadual** para **estudo** ou **missão,** de igual modo, **com** ou **sem ônus** para o ERÁRIO, dependerá de prévia e expressa autorização ou designação do Chefe do Poder competente a que se achar vinculado o funcionário e o professor do Poder Executivo.

Essas exceções, postas na lei, importam em expressa outorga de poder especial, pelo qual a autoridade nêle investida pode, à discrição própria, proceder à designação ou não, conceder a autorização ou não, com vantagens ou não, decidindo, pois, com liberdade total quanto à oportunidade, conveniência e motivos.

Fará, portanto, de acôrdo com juízo de valor subjetivo, pessoal, chegando a ser êsse ato, pela sua natureza, insuscetível de apreciação até pelo Poder Judiciário.

7. Segundo a maior ou menor parcela de vontade da Administração, interferindo na prática dos atos administrativos, êsses são classificados em **arbitrários, vinculados e discricionários.**

CRETELLA JÚNIOR, **in** "Atos e Contratos Administrativos", anota a propósito dêsse tema:

> " Pode a manifestação de vontade não sofrer limitação jurídica ou social de espécie alguma, como também, ao contrário, condicionar-se estritamente à lei, ou ainda, enfim, locomover-se dentro de um campo balizado por certos limites além dos quais é proibido ultrapassar.
>
> Daí, três modalidades de atos administrativos, classificados segundo o critério de grau de liberdade do Poder Público responsável pelo aparecimento daquelas manifestações volitivas: **arbitrários, vinculados e discricionários." (apud** "Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 1961, vol. III, pág. 88, § 33)

8. O ato arbitrário resulta da só manifestação de vontade do titular do órgão administrativo, concretizando-se nos só caprichos ou preferências exclusivas e individuais do agente, livre de qualquer limitação, não obedecendo a outro elemento que não seja a sua vontade, sendo, por isso mesmo, **incompatível** com o Estado de Direito e já, hoje, não subsistindo mais.

O **ato vinculado**, situado, em extremidade oposta à do ato arbitrário, se caracteriza por uma manifestação de vontade absolutamente condicionada ao preceito legal, que, prèviamente, estabelece os pressupostos e, uma vez satisfeitos êsses requisitos, não permite à Administração a faculdade de ajuizar ou não da conveniência, oportunidade e conteúdo, estando a mesma obrigada a praticar o ato sob pena de, não o fazendo, violar direitos e quebrar a ordem jurídica. Diz-se, então, que o **agente**, em tais circunstâncias, **não dispõe senão de competência vinculada**, não lhe cabendo decidir, mas apenas conferir se concorrem todos os pressupostos marcados no ordenamento jurídico.

Ato discricionário, a final, a teor do magistério de RUY CIRNE LIMA (**in** "Princípios de Direito Administrativo", 4a. ed., p. 91),

> "... são aquêles atos, respeito aos quais a autoridade administrativa, embora adstrita a prescrições não-jurídicas, possui, face à regra jurídica, liberdade de determinação, quanto ao respectivo destinatário, objeto ou fim".

São atos que se praticam em razão da **competência discricionária**, definida por CRETELLA JÚNIOR como

> "... a faculdade tôda especial que possui a administração de apreciar a oportunidade ou a conveniência da ação dos órgãos administrativos dentro de certos limites" (Obr. cit. pág. 93).

Êsse mesmo autor, em nota sob n.º 19, à mesma página, traz à colação o magistério de GIRAUD e BONNARD, assim distribuído:

> **"Há poder discricionário para a administração quando esta não é obrigada pela lei a adotar uma atitude determinada. Ela tem a escolha entre a ação e a abstenção ou, se age, pode escolher entre várias decisões.**
>
> ... O poder discricionário é uma certa liberdade de decisão deixada à administração" (GIRAUD, **apud** CAIO TÁCITO, **in** "Desvio de Poder em Matéria Administrativa", 1951, p. 22, grifei).

Ou então:

> "Ocorre o **poder discricionário quando a lei** ou o regulamento, **prevendo** para a **administração** uma **certa competência** por motivo de uma relação de direito com o particular, **deixa à administração um livre poder de apreciação para resolver se deve agir ou não** e, **no caso positivo, em que momento**, de que **modo**, bem como que **conteúdo vai dar a seu ato.**
>
> O **poder discricionário** consiste, então na **livre apreciação deixada à administração** para decidir o que é oportuno fazer ou não fazer.
>
> Consiste na livre apreciação pela administração da oportunidade de sua atividade" ("Le Contrôle Jurisdictionnel de L'Administration", 1934, p. 57, grifei).

9. CRETELLA JÚNIOR, ainda, em sua obra: "Lições de Direito Administrativo", 1970, São Paulo, sôbre essa matéria registra:

" Dentro do regime de legalidade, os agentes da Administração, balizados embora por normas jurídicas explícitas que lhes regem os movimentos, tomam atitudes, intervindo ou não, agindo ou deixando de agir. Quando agem, selecionam, dentro das várias oportunidades que lhes oferecem, a que melhor traduza, num dado momento, a vontade da Administração orientada para o interêsse público. Jogam, para isso, com o livre poder de apreciação para resolver êste ou aquêle caso. Ou para não resolver.

Condicionados pelo **princípio da legalidade,** círculo maior em que se locomovem, tendo a guiá-los o ponto de referência **fim,** para onde inexoràvelmente os orienta a bússola administrativa, os **agentes públicos praticam todos os atos indispensáveis para que o Estado se realize, cumprindo a missão que lhe foi confiada,** e em razão da qual existe.

Juízes absolutos da oportunidade e da conveniência, servos incondicionais da legalidade, contra que não têm a possibilidade de rebelar-se, os agentes administrativos orientam-se na direção do interêsse público que procuram efetivar" (grifei).

. . . . . .

Discricionariedade administrativa é a possibilidade que tem o Poder Público de praticar ou deixar de praticar determinado ato conforme entenda êste ato conveniente ou inconveniente para a Administração. A discricionariedade administrativa existe em função do denominado "poder discricionário da Administração Pública" (grifei).

O **ato discricionário** difere do **ato arbitrário.** "Ato arbitrário" é o informado pela vontade pessoal do titular que editou. **"Ato discricionário" é o que, vinculado, embora, por uma regra de direito, permite ao titular que o edita uma certa liberdade ou opção, dentro dos limites legais.**

O poder discricionário da Administração Pública é uma "facultas ou potestas". É uma possibilidade.

É aquilo que Aristóteles denomina "em potência", é uma potencialidade O ato discricionário, ao contrário, é algo "em ato" (grifei).

. . . . . .

Ato discricionário é a cristalização, num caso concreto, da possibilidade ou faculdade fornecida pela discricionariedade ou poder discricionário da Administração Pública" (obr. cit., págs. 112/113).

Cita o autor, como **exemplo de ato discricionário,** o **Instituto** da **autorização,** definindo-a como:

"... O ato administrativo mediante o qual a Administração permite ao particular o exercício de uma atividade que, sem tal permissão, seria proibida" (obr. e loc. cit.).

10. HELY LOPES MEIRELLES, sôbre êsse mesmo assunto, **competência arbitrária, vinculada e discricionária,** em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", 2a. ed., pág. 64 e segs., observa:

" Poder discricionário é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. À luz dêsse conceito convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitário. **Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei;** arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido" (grifei).

. . . . . .

A competência discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é **conferida ao administrador.** Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adtrita à lei em todos os seus elementos formadores — competência, forma, objeto, motivo e finalidade — para praticar um **ato dis-**

cricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe confere essa faculdade, quanto à escolha dos motivos e do objeto (oportunidade, conveniência e conteúdo do ato)" (grifei)

. . . . . .

E, mais adiante:

A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas, como isso não é possível dada a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador sòmente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador. (L. LOPES RODÓ, "O Poder Discricionário da Administração," in R.D.A., 35/40)

Mas, embora não cuidando de todos os aspectos dos atos relegados à competência discricionária, o **legislador subordina-os a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar,** da **competência,** da **forma** e **finalidade, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo** (grifei).

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica — lei — de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acêrto. Com mais autoridade e precisão já disse FLEINER que "o poder discricionário tem, nem mais nem menos, o escopo de tornar possível à Administração adaptar a sua atividade às exigências das circunstâncias individuais, de sorte que esta resulte sempre a mais eficaz e a mais útil ao fim público de que se trata" (FRITZ FLEINER, "Institutiones de Derecho Administrativo", 1a. ed., pág. 119). Só

os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interêsse coletivo. Em tal hipótese, executa a lei vinculadamente quanto aos elementos que ela discrimina — competência, forma e finalidade — discricionàriamente, quanto aos aspectos, em que ela admite opção, ou seja, quanto à oportunidade, conveniência e conteúdo do ato administrativo".

Ainda, do mesmo autor e obra, à pág. 174:

Ato discricionário é o que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a **discricionariedade** não **se manifesta** no ato em si, mas **no poder de a Administração praticá-lo pela maneira** e nas **condições que repute mais convenientes ao interêsse público.** Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois o certo é falar-se em poder discricionário da Administração (VICTOR NUNES LEAL, "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração", **in** R. D. A., págs. 14/53, grifei)

Com essa ressalva conceitual, continuaremos a nos referir a atos discricionários, porque, embora inadequada, a expressão está consagrada na doutrina e na jurisprudência".

11. O Supremo Tribunal Federal, por sua 1a. Turma proclamou:

" Compreende-se na prática dos atos administrativos, uma parcela de ação discricionária em que não interfere o Poder Judiciário, como bem assinala Seabra Fagundes: "Também é indispensável à Administração Pública, resolver, por mais de um modo, determinadas situações, segundo entenda, diante dos fatos concretos. Não há, porém, nessas diversas hipóteses, uma quebra de submissão à ordem jurídica. Trata-se, apenas de uma submissão adstrita a limites diversos dos comuns, mas regulada e admitida pelo pró-

prio direito escrito. Aliás, é de notar que a própria **competência discricionária pode ser, ora mais, ora menos extensa.** Vêzes há em que diz respeito à utilidade e oportunidade (motivo do ato administrativo). Algumas vêzes refere-se ao modo de ser (objeto ou conteúdo do ato administrativo)."
"O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", ed. 41, pág. 80, grifei)

"Nem se evidencia, pois, arbitrário, o ato impugnado, nem contrário à Constituição Federal, consoante se infere do exposto e vem demonstrado, na fundamentação do acórdão recorrido." **(in** R. D. A., vol. 19/18)

Nesse mesmo sentido, ministram RUY CIRNE LIMA, **in** "Princípios de Direito Administrativo", 4a. ed, pág. 91; FRANCISCO CAMPOS, **in** "Direito Administrativo", vol. I, págs. 16/17; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **in** "Tratado de Direito Administrativo", vol. V, pág. 21, além de outros autores.

12. À vista de tais ensinamentos e dentro dessa ordem de idéias e considerações, não parece difícil extremar e conceituar o que se deve entender por poder discricionário, competência discricionária e ato discricionário. No exercício dêsse poder, quando na prática de certo ato, e nos limites de sua competência, ficará o agente sempre sujeito à forma prescrita em lei, tanto no que se refere aos pressupostos que levam a Administração a agir (motivos do ato) quanto à oportunidade e à conveniência (mérito do ato) e, finalmente, ao resultado (objeto ou conteúdo do ato).

Assim, competência, forma e finalidade, como elementos de formação do ato administrativo, seriam sempre vinculados, de vez que, em relação a êles, estaria o agente prêso à lei, e, em têrmos, sem liberdade de escolha. A par disso, quanto aos demais elementos — motivo, mérito e objeto —, poderia ter a lei atribuído liberdade de escolha entre várias decisões possíveis, que, dentro de um critério subjetivo, pessoal do agente, melhor atenda às finalidades. Há, em tal faculdade, outorga de competência ou poder discricionário.

Essa liberdade poderá ter maior ou menor limitação, compreendendo-se nela, sempre, também, a de o agente deixar de

praticar o ato, se **entender** que, com a abstenção, melhor estará realizando o interêsse público.

O pretenso prejudicado, nessas circunstâncias, jamais poderá pretender qualquer reparação, já que a abstenção será legítima, podendo ferir interêsses, sem, contudo, ofender a ordem jurídica.

13. Em tais condições, não pode o regulamento de execução, como é o caso, a pretexto de regulamentar, negar essa faculdade. Pode, é certo, desenvolver princípios já formulados pela lei, sem ampliar nem restringir o alcance e conteúdo do preceito, sob pena de ineficácia. Já que o regulamento deve precisar os têrmos da lei e, eventualmente, suprir as suas omissões sem criar ou retirar direitos, porque, do contrário, é contra a lei, forçoso será convir que o **Decreto n.º 21.112/71** é **ilegal,** pois se afasta dessa orientação.

BONIFÁCIO FORTES, examinando o assunto, predica:

" O regulamento, no sentido lato, determina **secundum legem** ou **intra legem.** Assim o poder regulamentar do Executivo não pode gerar normas gerais criadoras de direitos. Nada que obrigue pode existir no regulamento que já não esteja, explícita ou implìcitamente, contido na lei. Regulamento que se afasta da lei regulamentada é ilegal. Da mesma forma, é óbvio, regulamento que esteja de acôrdo com lei inconstitucional não pode ser, igualmente, cumprido.

O regulamento desenvolve, em tese, princípios formulados pela lei, mas não pode ampliár ou restringir o alcance da lei. Não deverá, segundo E. SORRIA, exigir formalidades novas que não estejam contidas na lei. Se esta exige certas condições de capacidade, o regulamento poderá precisá-las, mas não alterá-las. Por outro lado, o regulamento, enquanto vigorar, condiciona a habilidade dos atos materialmente administrativos. Finalmente, a lei, por seu turno, não pode impedir ao Poder Administrativo de regulamentar seu texto, salvo se a lei fôr auto-aplicável" (Rev. Forense, n.º 199, págs. 373 e 374)

14. Ninguém, a seu tempo, ousa negar que constitui função específica e privativa do Poder Executivo nos Estados de

Direito, em que se adota a separação dos Podêres (Legislativo, Executivo e Judiciário), a de executar as leis. Daí a atribuição constitucional da competência genérica e originária de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução, o que está inserto na atual Constituição do Estado, art. 66, item IV, como matéria de competência privativa do Governador do Estado. Êsse dispositivo constitucional serviu de fundamento à expedição do Decreto em exame.

O poder regulamentar é inerente à função executiva, constituindo faculdade atribuída aos titulares do Poder Executivo, a fim de que possam dar cumprimento a essa sua atribuição, explicitando as leis para sua melhor aplicação.

E como ensina HELY LOPES MEIRELLES (in "Direito Municipal Brasileiro", 2.ª ed., vol. II, pág. 775):

> " No poder de administrar está implícito o de regulamentar. As lacunas da lei, a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias, que surgem a todo momento a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Executivo o poder de regulamentar as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa."

15. Ato normativo como a lei, o regulamento não deve, assim, consistir em mera reprodução dela, por isso que o seu papel é precisamente completá-la, preenchendo-lhe os vazios, de sorte a assegurar-lhe fiel execução. Portanto, o regulamento pode legiferar onde silencia a lei, mas êsse poder legiferante, contido no poder regulamentar, não é de molde a que, com normas regulamentares, se criem, alterem ou extingam direitos, o que só à regra jurídica própria é dado fazer. Nesse sentido é o ensinamento de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, que assim se expressa (in "Direito Administrativo do Brasil", vol. III — "Atos e Contratos Administrativos", pág. 112, § 53):

> " O **regulamento,** escreve VICTOR NUNES LEAL, exatamente como a lei, é um **ato de natureza normativa; a distinção reside na subordinação do regulamento à lei. Mas o regulamento não é mera reprodução da lei.** É um **texto mais minucioso, mais detalhado,** que **completa a lei,** a fim de garantir a sua exata e fiel execução **É fundamental, entretanto, que, nessa função de complementar a lei, não a infrinja** (grifei).
>
> "Ora, se o regulamento completa a lei (e sem êsse papel seria êle perfeitamente desnecessário), é evidente que a lei sempre deixa alguma coisa para o regulamento. Em outras palavras, tôda lei passível de regulamentação contém em si mesma certa margem, por pequena que seja, de delegação do Poder Executivo, ao qual compete expedir os regulamentos (Delegações Legislativas, in Rev. Dir. Adm., vol. V págs. 383/384)
>
> **É** possível, escreve ANIBAL FREIRE DA FONSECA, que, por omissão, o legislador tivesse esquecido na lei disposições capitais, que reforcem a sua execução e concorram melhor para o objetivo visado. Não havendo antinomia entre os dispositivos, o regulamento, que tem de completar a lei, pode tratar de matéria de que o legislador não cogitou, mas sòmente com o fim de ampliar o espírito da deliberação legislativa.
>
> Na hipótese do regulamento e da lei, o Legislativo faz o arcabouço e o Executivo completa a construção."

16. O traço que discrimina o regulamento da lei, diferençando-os, e que reside na subordinação daquele a esta, resulta do regime da legalidade, traduzido no Estado de Direito, cujo princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, tem sido tradicional no nosso direito (Constituição Imperial, 179, I; Constituição de 1891, 72, § 1.º; Constituição de 1934, 113, II; Constituição de 1946, 141, § 2.º; Constituição de 1967, 150, § 2.º; Constituição atual, 153, § 2.º), consagrado implìtamente, inclusive, na Constituição de 1937, (Victor Nunes Leal, in "Rev. Dir. Adm.", vol. I, fasc. I, janeiro 1945, "Lei e Regulamento", pág. 374).

> " É possível distinguir a lei do regulamento, ensina CARLOS MAXIMILIANO (in "Comentários à Constituição Brasileira", 3.ª ed., pág. 541), desde o momento em que se note que a **lei tem por objeto declarar o direito, ao passo que o regulamento tem por objeto desenvolvê-lo e adaptá-lo à sua aplicação.** Por isso, a atribuição de direitos ou a imposição de

obrigações à generalidade dos cidadãos é objeto da exclusiva competência da lei (grifei)."

PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967", tomo III), ao definir a ação de regulamentar, usa destas expressões (pág. 310):

" (a) Regulamentar é edictar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana. Assim, quando o Poder Executivo, para tornar mais inteligível a regra jurídica legal, enumera casos, exemplificativamente, em que teria de ser aplicado, não adapta o texto à atividade humana — cria meios que sirvam à atividade humana para melhor se entender o texto. Tanto assim que, se os casos apontados não esgotam o conteúdo da regra legal, os intérpretes, judiciários e administrativos, não ficam adstritos à taxatividade intrusa Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos. Há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei. Quanto menos se regulamentar, melhor."

Em outra passagem, diz o seguinte (p. 312):

" Se a lei, em relação à Constituição, ou o decreto ou regulamento, em relação à lei, reproduz a regra jurídica hieràrquicamente superior, com podamento, acréscimo, substituição, ou pontuação deformante, o Poder Legislativo, que edictou tal lei, ou o Poder Executivo, que lançou tal decreto ou regulamento, exorbitou das suas funções, e é **nulo** o que se afasta do texto inserto, deturpando-o."

" (b) Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode êle limitar, modificar ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções. Não pode facultar o que na lei se proíbe, nem lhe procurar exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena."

À pág. 313:

" Se a lei fixou prazo, ou estabeleceu condição, não pode alterá-lo ou excluí-la o regulamento. **Se a lei falou de prazo razoável, deixando a apreciação ao Poder Judiciário, ainda que implìcitamente, ou a alguma autoridade registária, ou, concebido a favor dos particulares, à verificação das autoridades administrativas, não pode o regulamento substituí-lo pelo prazo fixo**" (grifei)

" Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nula, por ser contrária à lei, a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico."

17. O regulamento, pois, não se pode afastar da lei e, no caso, o Decreto n.º 21.112, de 12 de maio de 1971, prima, de um lado, por **restringir**, sensìvelmente, a competência discricionária ampla que a lei confere às autoridades, e, de outro, por ampliar ou criar situações novas, que a lei regulamentada proíbe.

18. Ademais, impende assinalar que o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei n.º 1751/52) não se aplica ùnicamente aos funcionários do Poder Executivo, também se dirigindo aos servidores dos demais Podêres (Legislativo e Judiciário) e de outros órgãos da Administração, com quadros especiais e não subordinados direta e imediatamente a nenhum dos podêres — Tribunal de Contas, Côrte de Apelação, cujas autoridades são, também, titulares do mesmo poder discricionário estatuído nos arts. 35, 39 e 40 da lei.

Daí a razão do emprêgo da expressão "chefe do Poder competente", feito nesses dispositivos, em vez de "chefe do Poder Executivo ", como consta dos arts. 40 e 41 do Estatuto do Magistério. Não pode o regulamento restringir competência discricionária legal, fundamentalmente quando essa competência não é

atribuída sòmente ao Poder Executivo, de que provém o ato que faz a restrição, mas também aos demais Podêres. Além disso, o Decreto em exame, restringindo manifestamente o poder discricionário outorgado pela lei, não faz senão estatuir proibições inexistentes na lei regulamentada, **verbi gratia** a designação de funcionário não estável para a utilização de bôlsa de estudos (vedada no regulamento, mas permitida na lei). O prazo da duração do afastamento do servidor, fixado no art. 4.º do Decreto, é outro exemplo disso que se afirma, pôsto que aí se proíbe possa o afastamento prolongar-se por mais tempo, quando, de modo expresso e taxativo, o art. 40 do Estatuto do Funcionário Civil estabelece ser de quatro anos a duração máxima da ausência, para o desempenho de missão oficial. Do mesmo modo, quanto ao prazo de um ano estabelecido no Decreto, art. 15, referente à cessão de servidores entre órgãos da Administração estadual, o qual a lei, no parágrafo único do art. 35 do Estatuto do Funcionário, deixa ao prudente juízo do Chefe do Poder competente. A tôdas essas hipóteses tem inteira aplicação a lição de PONTES DE MIRANDA, acima invocada e transcrita contida no trecho que se acha à pág. 313 da sua obra.

19. Vale, aqui, a transcrição do que afirma VICTOR NUNES LEAL em trecho do mesmo trabalho já referido, contido na Rev. de Dir. Adm., vol. I, fasc. I, janeiro, 1945, à pág 392:

> " No tocante ao princípio geral da submissão à lei, exceção feita aos regulamentos delegados, em que é decisivo o exame da cláusula legal de autorização, é oportuno recordar os critérios apontados por PIMENTA BUENO. Segundo êsse tratadista clássico do nosso direito público, o poder executivo, no uso da sua atribuição regulamentar, comete "grave abuso em qualquer das hipóteses seguintes":
>
> " 1.º) em **criar direitos**, ou **obrigações novas**, não estabelecidas pela lei..."
>
> " 2.º) em **ampliar**, **restringir** ou **modificar direitos** ou **obrigações...**"
>
> " 3.º) em **ordenar**, ou **proibir** o que ela não ordena ou **não proíbe...**"
>
> " 4.º) **em facultar, ou proibir**, diversamente do que a lei estabelece..."

> " 5.º) finalmente, em extinguir ou anular direitos e obrigações..." (**apud** PIMENTA BUENO, "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", Rio, 1857, § 326, pág, 237)."

E continua, logo a seguir:

> " CARLOS MAXIMILIANO, consubstanciando êsses mesmos princípios e observações de outros autores (ESMEIN, GOODNOW, RACIOPI, BRUNIALTI, DUGUIT, BARBALHO, FILINTO BASTOS, RIBAS, RODRIGUES DE SOUZA), apresenta o seguinte quadro de limitações do poder regulamentar:
>
> " a) Não cria direitos nem obrigações não estabelecidas implícita ou explìcitamente em lei."
>
> " b) Não amplia, restringe ou modifica direitos, nem obrigações. Apenas desenvolve e completa em particularidade as regras estabelecidas pelo Congresso."
>
> " c) Fica inteiramente subordinado à lei. **Não faculta, ordena ou proibe senão o que ela,** em têrmos amplos,**facultou, ordenou ou proibiu**" (**apud** CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira", obra já citada, 3.ª ed., P. Alegre, 1929, págs. 542/543)."

20. Pode-se, pois, afirmar, como já feito, que os arts. 35, 39 e 40 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, do mesmo modo que os arts. 40 e 41 do Estatuto do Magistério Público do Rio Grande do Sul, conferem, ao Chefe do Poder competente, **poder discricionário amplo** para a prática dos atos de designação e autorização nêles previstos, poder êsse que envolve, e daí a apontada amplitude, a referida liberdade de opção quanto ao motívo, ao mérito e ao objeto dêsses atos, e, ainda, no que respeita ao destinatário dêles. Por um critério subjetivo, o agente pode fazer recair a designação ou a autorização sôbre funcionário estável ou não, sôbre qualquer servidor sujeito ao regime estatutário, mesmo que não ocupante de cargo público; pode determinar o exercício em repartição estranha à da lotação do servidor, qualquer que seja o fim, desde que, atendendo ao interêsse coletivo, o determine e fixe prazo certo para o afas-

tamento (parágrafo único do art. 35 do primeiro Estatuto); pode promover designação para a realização de estudos e de missão de qualquer natureza e autorizar o afastamento de servidores para êsses fins, **com ou sem ônus para os cofres públicos**, ainda que entre tais estudos e missão e as atribuições do cargo ocupado pelo servidor não haja nenhuma relação. O que importa ùnicamente é que, ao praticar êsses atos, a autoridade incumbida de fazê-lo aja nos limites de sua competência, observe a forma estabelecida na lei e atenda aos interêsses coletivos, o que depende de uma apreciação sua, de caráter subjetivo e não objetivo, porque assim o estabelece a lei. A liberdade outorgada ao Chefe do Poder competente vai a tal ponto que não só por determinação dêle poderão ser ultrapassados os prazos de permanência do servidor fora do Estado, para estudos e missão oficial, como também poderão ser reduzidos os de exercício mínimo da função pública ou do magistério para ser possível nova ausência (arts. 40 do Estatuto do Funcionário e 41 do Estatuto do Magistério), determinação essa que se legitimará tão-só pelo fato dessa autoridade considerar, **a seu juízo exclusivo,** ser caso de conveniência para a função pública ou para o ensino (é o sentido das ressalvas dêsses dispostivos legais:

> " Salvo caso de absoluta conveniência, **a juízo do chefe do Poder competente...**"
>
> " Salvo caso de absoluta conveniência para o ensino, **a juízo do chefe do Poder Executivo...**"
>
> — arts. 40 e 41 dos respectivos Estatutos).

Apreciação e decisão errôneas poderá haver. É risco que se corre, mas risco normal porque ingênito a tôda liberdade. Não será, porém, pelo fato de ter havido apreciação e decisão errôneas que o ato poderá ser invalidado. Êle valerá ainda que praticado na mera suposição de ter havido os pressupostos que o justificariam, de ter sido conveniente e oportuno, de seu resultado prático consultar o interêsse coletivo.

21. No entanto, a pretexto de regulamentar essas normas legais e permitir-lhes fiel execução, o Decreto n.º 21.112, recém baixado (diversamente do que fizeram os anteriores que trataram da mesma matéria, o de n.º 18.470, de 29.3.67 e o de n.º 17.539, de 16.10.65), reúne, em seu texto, um conjunto de regras, as quais, como se disse, ora **restringem** essa competência

discricionária fixada nas prescrições legais regulamentadas, ora **consagram** preceitos de natureza tìpicamente legal, o que é defeso ao poder regulamentar.

O referido Decreto, a par disso, prende-se tanto aos cargos e respectivos conteúdos ocupacionais, como se tais figuras fôssem imutáveis e, por igual, como se os titulares de cargos públicos pudessem apropriar-se de uns e de outros, quando se sabe que a Administração pode suprimir, transformar, alterar cargos, modificar estruturas e atribuições, independentemente da aquiescência do servidor.

"DIREITOS DO TITULAR DO CARGO

> " Os **direitos** do **titular** do **cargo** se **restringem** ao seu **exercício,** às **prerrogativas** da **função,** e aos **vencimentos** e **vantagens decorrentes** da **investidura, sem que o funcionário tenha propriedade do lugar que ocupa,** visto que o **cargo** é **inapropriável** pelo **servidor.** Daí porque a Administração pode suprimir, transformar e alterar os cargos públicos independentemente da aquiescência de seu titular, uma vez que o **funcionário não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originárias.** A lei posterior pode extinguir e alterar cargos e funções de quaisquer titulares — vitalícios, estáveis e instáveis.
>
> O **funcionário** poderá adquirir direito à permanência no funcionalismo, mas **não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função,** no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção constitucional à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indespojável da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado.
>
> Enquanto subsistir o cargo, como foi provido, o seu titular terá direito ao exercício nas funções estabelecidas pelo Estatuto, mas se se **modificar** a **estrutura, as atribuições,** os requisitos para o seu desempenho, lícito é a exoneração, a disponibilidade, a remoção ou a transferência de seu ocupante, para que outro o desempenhe na forma da nova lei. O que não se admite é o afastamento arbitrário ou abusivo do titu-

lar, por ato do Executivo, sem lei que o autorize" (apud HELY LOPES MEIRELLES — "Ato Administrativo Brasileiro" 2a. ed., pág. 359/360).

22. Lê-se no art. 1.º do Decreto:

> "O funcionário estável poderá ser designado para realizar estudos, pesquisas e trabalhos contidos nas atribuições do cargo ou cargos que ocupar, ou com elas relacionados, mesmo fora do Estado, quando ocorrer relevante interêsse da Administração.
>
> Parágrafo único — O disposto neste artigo, na parte alusiva à realização de trabalhos inerentes às respectivas funções, aplica-se aos ocupantes de cargo em comissão, a funcionários em estágio probatório, e demais servidores sujeitos ao regime estatutário."

O confronto dessa norma regulamentar com o preceito regulamentado permite ver o quanto se restringe a competência discricionária fixada na lei para a prática do ato de designação. Segundo a norma regulamentar, poderá haver a designação:

a) se o designado fôr ocupante de cargo de provimento efetivo;
b) se fôr estável;
c) se a designação fôr para estudos, pesquisas e trabalhos que estejam contidos no conteúdo ocupacional do cargo ocupado pelo designando ou sejam relacionados inequìvocamente com as atribuições dêsse cargo;
d) ocorra relevante interêsse da Administração.

Deduz-se dêsse dispositivo:

1.º) que, concorrendo todos êsses requisitos, ainda assim poderá a autoridade competente para a prática do ato de designação deixar de praticá-lo;
2.º) não poderá promovê-lo se não concorrerem todos êsses requisitos.

Ora, é precisamente esta última conseqüência, a de que, nos têrmos dêsse artigo do Decreto, **a designação não poderá ser feita se faltar um dos requisitos nêle enumerados, que encerra uma proibição não contida na lei,** proibição que importa em indiscutí-

vel **restrição da competência discricionária legal.** É que, como se vê no regulamento, se fazem distinções que não foram estabelecidas pela lei regulamentada. A lei fala em funcionário, e êste pode ser tanto o ocupante de cargo de provimento efetivo quanto o ocupante de cargo em comissão. A lei permite a designação para estudos ou missão de qualquer natureza, não exigindo sequer haja correlação entre tais estudos e tal missão e as atribuições do cargo ocupado pelo funcionário designado ou autorizado, muito menos que tais estudos e tal missão estejam contidos nessas atribuições ou sejam a elas inerentes. Além disso, a prescrição legal aplica-se analògicamente a servidores não ocupantes de cargo público, estáveis ou não, desde que sujeitos ao regime estatutário (art. 271 do Estatuto do Funcionário Civil do Estado). É certo que o parágrafo único do art. 1.º do Decreto possibilita a designação de todo e qualquer servidor sujeito ao referido regime, porém desde que ela seja para a realização de trabalhos inerentes às respectivas funções, o que não está contemplado na lei, que não reduz a tal hipótese o objetivo da designação.

A competência discricionária do agente, que, na lei, é ampla, torna-se, nos têrmos do regulamento, restrita. Conseqüentemente, tratando-se de competência para a prática de ato de conteúdo permissivo, essa restrição importa em proibir no regulamento o que não se veda na lei.

23. Vale a mesma crítica quanto ao disposto no art. 2.º do Decreto. Permite-se, aí, a autorização de afastamento do exercício, para a fruição de bôlsa de estudos, com direito à percepção de vencimentos, de funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo, estável na função pública, quando, além dêsses dois requisitos e do relativo à ocorrência de relevante interêsse da Administração, implícito na norma regulamentar (como, de resto, a figura "interêsse da administração" está também na lei), forem os estudos a serem realizados correlatos com as atribuições do cargo ou cargos respectivos. A prescrição enseja o mesmo entendimento dado ao art 1.º:

a) a autoridade não fica adstrita à prática da autorização ainda que ocorram os pressupostos e requisitos estatuídos: mas,
b) à falta de qualquer dêles, não poderá conceder a autorização pretendida.

O preceito regulamentar, por igual, encerra restrição da competência discricionária do agente e, com ela, proibição não

contida na regra jurídica. Além disso, a redação dêsse art. 2.º leva à dedução de que, preenchidos os requisitos por êle enunciados e concedida a autorização, nesta necessàriamente o agente deverá inserir a cláusula "com ônus para os cofres públicos". Vale dizer: a adoção dessa cláusula se tornaria obrigatória para o agente, o que a lei não impõe. O ato seria, então, nos têrmos do regulamento, segundo a classificação de RUY CIRNE LIMA, **facultativo** e **não,** como na lei, **discricionário.**

24. No art. 3.º, permite o Decreto autorização de interrupção de exercício, sem direito à percepção de vencimentos, de funcionário estável, para a freqüência de curso regular (oficial, reconhecido ou equiparado) ou para a fruição de bôlsa de estudos que não correspondam às atribuições do respectivo cargo ou cargos.

Novamente, para ser destinatário do ato, o funcionário precisa ser ocupante de cargo de provimento efetivo e, além disso, como foi dito, estável. Portanto, no que se refere ao afastamento para a fruição de bôlsa de estudos, o regulamento, também aqui, incorre na mesma restrição do poder discricionário do agente, do mesmo modo que, com ela, veda o que não constitui proibição legal. Mas, nesse ponto: **interrupção** do **exercício** para a **freqüência** de **curso regular,** cria-se, no Decreto, hipótese não prevista na lei.

Sabe-se que, em ambos os Estatutos a que se refere a regulamentação em estudo, se consagrou o direito do servidor ao afastamento para a realização de provas parciais e finais, sem qualquer prejuízo de natureza pecuniária ou não: em cursos superiores, médios ou técnicos profissionais (arts. 73, II, e 167, V (do Estatuto do Funcionário Público Civil), em cursos oficiais ou reconhecidos de qualquer natureza (artigos 77, II, e 105, III, do Estatuto do Magistério). Depois dêsses diplomas, editou-se a Lei n.º 2586, de 28/12/54, ainda em vigor, a qual assegurou a todos os servidores, inclusive ferroviários e autárquicos, o direito de se afastarem de suas repartições, durante o expediente, para a freqüência de tantas aulas quantas necessárias a que, somadas às que não coincidam com o horário de trabalho, perfaçam a presença mínima obrigatória, nos têrmos da lei do ensino.

Nessa hipótese, são devidas as vantagens do cargo e o afastamento, a rigor, não constitui interrupção de exercício pròpriamente dita, de vez que o servidor não fica isento de comparecer diàriamente à repartição, podendo, apenas, ausentar-se, em cada expediente, pelo tempo estritamente necessário.

Nessa parte, o regulamento cria nôvo caso de autorização para afastamento, sem ônus para os cofres públicos, ao pretenso abrigo de uma das disposições contidas nos artigos 39 e 40 dos Estatutos do Funcionário e do Magistério, respectivamente, o que não se enquadra em nenhuma dessas prescrições legais. Na hipótese contemplada nesse art. 3.º do Decreto — interrupção do exercício para a freqüência de curso regular — o que poderá haver é a licença para o trato de interêsses particulares, não a autorização cogitada no dispositivo regulamentar.

25. No art. 4.º, diz-se que, em qualquer das hipóteses dos artigos anteriores (arts. 1.º, 2.º e 3.º), a duração do afastamento do Estado ou, simplesmente, do exercício da função, não poderá ser superior a dois anos. Mas prescrevem os arts. 40 e 41, respectivamente, do Estatuto do Funcionário Civil e do Estatuto do Magistério, ser o prazo máximo de ausência, para **estudos,** de **doze meses,** tanto para o funcionário como para o professor; para a realização de **missão oficial,** o prazo máximo é, em **relação ao funcionário,** de **quatro anos** e, em **relação ao professor, de dois.** Tais limites, entretanto, como se vê claramente das ressalvas contidas no início das referidas prescrições legais, são relativos, pois podem ser ultrapassados se a duração maior do estudo ou do desempenho da missão fôr considerada de absoluta conveniência para a função ou para o ensino, pela autoridade competente para designar ou conceder a autorização. O Decreto, aqui, não só restringe, novamente, a competência legal do agente e estatui proibições não existentes na regra jurídica regulamentada, como dispõe contràriamente à prescrição desta.

26. Veda-se, no art. 5.º, a concessão de licença para o trato de interêsses particulares a servidor que, designado ou autorizado nos têrmos dos arts. 1.º, 2.º e 3.º, não houver exercido o próprio cargo ou o magistério por tempo não inferior ao dôbro do afastamento, depois do regresso. Mas os dispositivos legais regulamentados não aludem à licença para trato de interêsses, dispõem sôbre nova ausência do servidor, fundada no mesmo motivo: designação ou autorização para estudos ou missão oficial. Nesse caso, o que estatui o art. 40 do Estatuto do Funcionário Civil é que o servidor não poderá ausentar-se, novamente, antes de decorridos, pelo mínimo, quatro anos de exercício do cargo, contados do regresso; e, o art. 41 do Estatuto do Magistério, que a nova ausência do professor só poderá ocorrer depois de cinco anos de exercício do magistério, também contados do regresso;

ambos, porém, permitem que tais prazos sejam reduzidos em caso de conveniência para a função ou para o magistério, a juízo do Chefe do Poder competente. Portanto, a restrição legal, que é relativa, já que admite a lei regulamentada decisão em contrário por parte da autoridade competente, não se relaciona com a licença para tratamento de interêsses, mas com segundo afastamento pela mesma motivação legal de que decorreu o primeiro. Ao depois, como é sabido, o funcionário não pode gozar licença para o trato de interêsses particulares antes de dois anos de exercício, como não pode gozar nova licença para a mesma finalidade antes de ter nôvo exercício por prazo não inferior ao mesmo tempo. Além disso, a autoridade competente para concedê-la poderá denegar o pedido de licença se a mesma fôr contrária ao interêsse do serviço. São sòmente essas as restrições particulares. Dêsse modo, cria o Decreto nova restrição não prevista na lei, que, pelo lado do servidor, lhe excluiria o direito à fruição de vantagem legítima e, pelo lado da autoridade competente para conceder a licença, lhe impediria a livre prática de um ato de sua incumbência legal. A proibição regulamentar não encontra apoio na lei.

27. Disciplina-se, no art. 6.º, a interrupção do exercício para a participação de servidor em congresso ou seminário, mandando aplicar-se a êsses casos o disposto nos arts. 1.º a 3.º do Decreto, com as restrições dêstes, já examinadas, dispensando o acôrdo a que alude o parágrafo único do art. 2.º, e estendendo a faculdade a todo e qualquer servidor sujeito ao regime estatutário. Pelo § 1.º dêsse artigo, o afastamento por êsse título é limitado à duração máxima de **trinta dias** e, pelo § 2.º, se diz que a prescrição se aplica aos participantes da atuação em projetos ou programas específicos para o desenvolvimento de regiões carentes de recursos físicos ou humanos, orientados por universidade oficial ou reconhecida, ou por órgão do Govêrno Federal ou Estadual. Valem, **mutatis mutandis**, para êsses dispositivos do Decreto, as mesmas críticas já formuladas quanto às disposições dos arts. 1.º a 3.º, e no que concerne ao prazo de trinta dias, estabelece-se, aí, nova restrição não contida na lei regulamentada.

28. O art. 8.º determina deva o servidor aguardar em exercício a publicação do ato permissivo do afastamento, sob pena de incorrer em abandono de cargo. A necessidade da publicação do ato resulta de lei e constitui praxe da Administração, mas o dispositivo regulamentar em foco ressente-se da

falta de boa técnica quando alude a abandono de cargo. Diria melhor se usasse da expressão "na sanção disciplinar cabível". Nesta, inclui-se a pena de demissão por abandono. A razão de ser da crítica está em que, entre o afastamento do servidor, no caso de que êste se antecipe, e o momento da publicação do ato permissivo dêsse afastamento pode não haver intervalo superior a trinta dias. Em tal caso, é certo que se não poderá dar cumprimento à disposição dêste artigo, porque isso importará em ofensa à lei, que define o abandono como a interrupção do execício por mais de trinta dias sem causa justificável. Dois são os elementos que integram a falta funcional: a interrupção do exercício por tempo superior a trinta dias e a ausência de causa justificável. Não ocorrendo o primeiro, a falta não se configura. Poderá caracterizar-se outra, punível com penalidade diversa, que não a de demissão. Se o que se prentende, no Decreto, é punir com demissão por abandono o servidor que se antecipa, ainda que o tempo de antecipação do afastamento seja inferior a trinta dias, o que se quer é um impossível jurídico.

No que respeita ao art. 9.º, decorre êle da disposição contida no art. 2.º, parágrafo único, em que só se admite a outorga da autorização prevista no **caput** do dispositivo, que se refere a afastamento do servidor com direito à percepção de vencimentos, desde que o interessado, prèviamente, firme com a Administração acôrdo em que se obrigue a satisfazer as condições do aludido art. 9.º — comprovar os estudos e trabalhos realizados no prazo aí indicado, apresentar simultâneamente relatório circunstanciado com suas sugestões relativas à possibilidade de aproveitamento da matéria no serviço público — e, ainda, continuar servindo ao Estado por tempo não inferior ao dôbro do afastamento e, em caso contrário, a restituir, em valor atualizado, o que recebeu durante a ausência. Essas obrigações decorreriam do ajuste, que pode ser exigido como condição para a outorga do benefício quando concedido com ônus para os cofres públicos. Elas vinculariam o servidor em virtude da origem contratual. Mas a suspensão do pagamento das vantagens do servidor, já em exercício em virtude do retôrno, encontra óbice na lei estatutária, do mesmo modo que a devolução das vantagens percebidas durante o afastamento terá de obedecer ao disposto no art. 76 do Estatuto.

29. Nos arts. 10 a 14, o Decreto ocupa-se da cessão de servidores do Estado a outras pessoas jurídicas públicas e privadas.

O art. 10, a seu tempo, além de apresentar defeituosa redação, a qual dificulta seu entendimento, à primeira vista deixa a falsa impressão de que a cessão de funcionário para a União, outros Estados, Municípios e Territórios, limitar-se-ia aos casos de exercício de cargos de confiança ou em comissão e, por igual, sem ônus para o Estado.

A norma estatutária não diz isso. Bem ao contrário. Nos têrmos dos arts. 39 e 40, o servidor poderá ser autorizado ou designado para missão ou estudo, com ou sem ônus, a juízo da autoridade competente e, segundo a melhor ortodoxia, missão compreende tôda e qualquer incumbência ou função especial e temporária de que pode ser encarregado o funcionário.

O Departamento Administrativo do Serviço Público, através de Parecer do Senhor Consultor Jurídico — **in** Processo n.º 2002/61, D.O.U. de 2/2/62 —, apreciando a situação de um funcionário da União que participara de um organismo internacional, autorizado pela autoridade competente, afirmou que estaria, fora de qualquer dúvida, em missão legal, prevista no estatuto, **verbis:**

> " ... a participação do Servidor em organismo internacional, com o qual o Brasil coopera, **constitui**, fora de qualquer dúvida, **uma missão** e, **tendo havido a prévia autorização presidencial**, creio não possa subsistir dúvida quanto à possibilidade da contagem do período de afastamento...
>
> O fato de o interessado haver percebido vantagem financeira, durante aquêle afastamento, não prejudica essa contagem, de vez que, dentro do próprio art. 79 da Lei 1711, estão previstos casos outros em que o servidor, recebendo vencimento pela nova situação, o seu período de afastamento, por isso, não deixa de ser considerado como de efetivo exercício."

Ao poder discricionário da autoridade competente, consagrado em os arts. 39 e 40, combinados com o art. 191 da Lei 1751/52, válido até por um princípio de interpretação analógica, não desaconselhado pelo direito administrativo, a teor do magistério de CARLOS MEDEIROS DA SILVA, **in** Parecer prolatado ao tempo de Consultor-Geral da República, e citado por A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, aplicável na hipótese, repugnaria a discriminação estabelecida pelo dispostivo regulamentar, **verbis:**

> " Em verdade, conforme é corrente em doutrina: a analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ela não previstos."
>
> E após demonstrar que ao Direito Administrativo não repugna, em princípio, a aplicação analógica, regra expressamente prevista ao Direito comum, transcrevendo conceitos de publicistas nacionais e estrangeiros, concluiu o Consultor-Geral da República:
>
> "16 — Como se vê, não só a interpretação sistemática dos textos como a analógica levam à conclusão de que...
>
> De fato, os pressupostos de aplicação analógica fundam-se no princípio de que, **"onde existe a mesma razão de decidir** deve-se aplicar **o mesmo dispositivo de lei."** (obr. cit., vol. II, ed. 1955, págs. 73/74)

Logo, o juízo de conveniência, oportunidade e repercussão do ato, no plano da Administração local, é de inteira escolha do titular da autoridade, já que, em momento algum, a lei faz a restrição que parece querer o regulamento.

As ressalvas, finalmente, constantes tanto na parte final do art. 10 quanto do art. 13,

> " ... salvo nos casos expressamente previstos em lei ou em convênio regularmente aprovado pela Assembléia Legislativa",

ensejam, em primeiro lugar, quanto à exceção relativa aos "casos expressamente previstos em lei", conciliar-se o texto do regulamento com a lei regulamentada; em segundo lugar, com relação à exceção atinente a convênio aprovado pela Assembléia, sòmente com êste apoio, sem a autorização do Chefe do Poder competente, o afastamento não teria legitimidade porque não se preenche a condição exigida na lei. De modo que, neste passo, deve o Decreto ser interpretado em condições que permitam aquela conciliação e, ademais, o afastamento se dará, com ou sem ônus para os cofres públicos, de vez que a lei deixa, à discrição da autoridade competente para a prática do ato, a decisão.

O servidor terá, ou não, direito à percepção das vantagens do cargo. Tudo dependerá de ser ou não inserida, no ato que o colocar à disposição, cláusula referente ao ônus. O pagamento

encontra legitimação no ato que se baixará com amparo nos arts. 39 e 72 do Estatuto.

30. O art. 15 trata da cessão de funcionários entre órgãos da Administração estadual, fixando que,

> " ... quando houver necessidade comprovada e inadiável de serviço, nos casos em que não couber remoção, o funcionário poderá ser pôsto à disposição de órgão da administração estadual diverso do em que estiver lotado, pelo prazo máximo de um ano, observado o seguinte procedimento: ...".

O Chefe do Poder competente não poderá dar autorização, segundo essa prescrição do Decreto, se não houver necessidade comprovada e inadiável do serviço. Tal condição não encontra amparo no art. 35 do Estatuto dos Servidores Civis. O ato de autorização nêle previsto, como ato administrativo que é, deve orientar-se no sentido do interêsse coletivo, que diz com a finalidade, à qual é sempre vinculado. A condição estatuída, porém, no preceito regulamentar, não exaure todos aquêles casos em que pode haver o atendimento do interêsse coletivo e da Administração. Por outro lado, a autoridade competente para a prática do ato de autorização fica, nos têrmos do Decreto, adstrita ao prazo máximo de um ano. O parágrafo único do art. 35 do mesmo Estatuto não alude a prazo mínimo ou máximo; limita-se a condicionar a autorização a que o afastamento do servidor seja para fim determinado e em prazo certo. Basta a satisfação dêsses requisitos para ser válida e legal a autorização. O prazo a que, aí, se refere o artigo, pode ser inferior, igual ou superior ao estatuído no Decreto, razão pela qual a limitação dêste contraria a norma legal. Considero haver aqui novas restrições à competência discricionária legal e, conseqüentemente, inconciliável antinomia dos têrmos do Decreto com a Lei.

31. O art. 15 do Decreto, no seu **caput**, ao lado de dificultar a movimentação de pessoal — num momento em que tanto se prega a flexibilidade — cria limitação inexistente na lei; de outro modo, nos seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, pretendeu reproduzir as disposições dos arts. 277 e 189 dos Estatutos dos Funcionários Públicos Civis e do Magistério Público, respectivamente, fazendo-o, todavia, de maneira falha, já que proíbe mais do que a lei regulamentada, pois, além dos cargos em comissão e funções

gratificadas — o art. 277 da Lei 1751/52 acolhe as hipóteses de **comissões legais,** que não se limitam a cargos em comissão e funções gratificadas, mas a tôda e qualquer função ou encargo cometido ao servidor, estranho ao conteúdo ocupacional do cargo.

O art. 277 não fêz confusão entre cargo de chefia e comissão legal, eis que ressalvou a ambos, ao dizer:

> " ... ressalvadas as **funções de chefia e as comissões legais.**"

De PLÁCIDO E SILVA, definindo **"comissão"**, escreve:

> " COMISSÃO. Derivado do latim **commissio,** de **commitere,** significa não sòmente a ação de unir, concurso, como também a ação de confiar, de entregar.
>
> E, neste duplo sentido de união ou concurso para um fim determinado ou de **auxílio** ou **cooperação** na **execução** de determinados misteres, possui o vocábulo, na linguagem jurídica, uma variedade de acepções.
>
> **Comissão.** No sentido que lhe empresta o Direito Público Administrativo e o Direito Internacional, é o vocábulo empregado:
>
> a) **Para indicar todo encargo ou atribuição confiada ao empregado ou funcionário público efetivo, em virtude de sua investidura em cargo ou função, que não é a própria.**
>
> Em tal circunstância, a **comissão revela o exercício de cargo ou atribuições diferentes,** em caráter de **interinidade,** pois que os cargos, em comissão, se entendem exercidos interinamente, sem que se retirem do empregado ou funcionário os direitos ao cargo efetivo, em que se encontra **classificado.**
>
> Quer isto dizer que a **comissão dá ao empregado ou funcionário novas atribuições e uma jurisdição, que não possuía com a investidura anterior.** Mas, o cargo que se lhe conferiu com a **comissão** não o faz perder o direito que tem ao cargo efetivo, de onde foi retirado para o exercício da comissão. E, tão logo esta cesse, pela dispensa ou terminação dos encargos, retorna a seu pôsto com as mesmas regalias que lhe são asseguradas em virtude do cargo ou das funções efetivas.

b) em sentido administrativo (Direito Administrativo), é ainda empregado para designar tôda espécie de **organização,** fundada dentro de outros departamentos, com a finalidade de realizar funções, ou encargos certos e especiais, seja em caráter temporário ou seja em caráter permanente, sendo os **membros ou pessoas que a compõem retiradas de outras funções ou cargos, nem sempre pertinentes às mesmas repartições,** departamentos ou corporações.

São as mais variadas as funções atribuídas a estas comissões, que, em regra, recebem qualificativos ou designações indicativas de suas finalidades. E assim se dizem **comissão de compras, comissão de promoções, comissão de lançamentos, comissão de sindicâncias, comissão de inquéritos, comissão de tarifas"** (ut "Vocabulário Jurídico", vol. I, págs. 363).

Assim, manifesto está que o decreto, nesse artigo, fêz restrição não contemplada em lei, criando embaraços e dificuldades que o legislador não colocou no ordenamento.

Não pode, assim, restar nenhuma dúvida de que os dispositivos regulamentares que estabelecem a restrição apontada e que, com ela, proíbem o que na lei se faculta, do mesmo modo que aquêles que fixam prazo não estabelecidos na lei ou prevêem situações não admitidas no diploma legal a que se refere a regulamentação, são ineficazes, por sua evidente ilegalidade.

32. O art. 18 do Decreto estatui a norma de que o funcionário que acumular cargos de provimento efetivo, ou um cargo com uma função de extranumerário, se designado para função gratificada ou função de assessor (Lei 4937, art. 49), deixará o exercício de ambos, sem prejuízo da percepção dos respectivos vencimentos, acrescidos da gratificação, e da contagem para ambos, do tempo de serviço.

No Parecer n.º 5890, publicado no Diário Oficial, de 19/8/64, pronunciou-se o extinto Conselho do Serviço Público sôbre caso que servirá para elucidar a disposição regulamentar, **entendendo possível a acumulação só quando houvesse compatibilidade de horário entre um dos cargos e o exercício da função:**

"A designação de ocupante de dois cargos para função gratificada, com opção pelos vencimentos dos primeiros e o **exercício de um dêles cumulativamente**

com o da função, só é possível desde que se verifique compatibilidade de horários entre as posições ocupacionais a serem exercidas cumulativamente.

O que se impõe, contudo, para que a acumulação, assim admitida, se legitime é que se **configure a compatibilidade de horários da função gratificada e do cargo que continuar a ser exercido pelo funcionário."** (grifei).

Em que pese a êsse pronunciamento do então Conselho do Serviço Público, não existe, em realidade, quer no plano estadual, quer no federal, preceito legal: constitucional ou a êste equiparado ou qualquer outra **carta legis,** que se oponha a semelhante figura. O caso é de exercício de função de confiança ou comissão especial, que poderá reclamar tempo integral ou até exclusividade. Mas, a dispensa do exercício e a percepção dos respectivos rendimentos só se legitimará se houver autorização, em cada caso, pelo Chefe do Poder competente, que a dará usando do poder discricionário que se atribui à autoridade.

A disposição regulamentar, de conseguinte, não chega a ser conflitante com a lei. Representa, todavia, liberalidade demasiada e, em determinados ou na imensa maioria dos casos, injustificável, eis que funções de chefia simples. de mero caráter interno e, por isso mesmo, sem maior complexidade, estariam compreendidas pela disposição regulamentar, tornando-se autêntico e incompreensível privilégio.

Logo, o exame de caso a caso, onde a autoridade exercesse o poder de deliberação, melhor expressaria uma oportuna política de administração.

33. O art. 19 estabelece verdadeira confusão entre remoção ou transferência, de ofício, e eleição para cargo eletivo.

Os dispositivos de lei referidos — artigo 153 da Lei 1751/52 e artigo 135 da Lei 2338/54 — não cuidam de casos de servidor investido em mandato eletivo e sim de transferência de ofício. Não há, com efeito, vàlidamente, como faz o mandamento regulamentar, criar nova figura e considerar transferência de ofício, eis que, em tais circunstâncias. o servidor deixa o exercício do cargo público e passa a ter o exercício do mandato popular. Muda até de categoria no elenco de sua vinculação, de vez que se cifra como agente político e não servidor. É, pois, de todo impossível o que pretende o Decreto em tal ordenamento.

34. Restaria saber, agora, se a **ineficácia**, dêsses **preceitos regulamentares**, **prevalece** para o próprio **Poder Executivo**, já que dêle partiu o ato normativo que os contém.

Evidente que sim!

Mesmo na vigência do Decreto em causa, o titular do Poder Executivo pode, dentro dos limites estatuídos na lei regulamentada, exercer a sua competência discricionária, ainda que o ato de administração proveniente dêsse exercício contrarie as normas do regulamento. O ato que assim fôr praticado, será, inobstante infringir o regulamento, perfeitamente conforme à lei, hipótese que não dará ensejo à configuração do chamado **abuso de poder** em virtude da **legitimidade** da ação administrativa. Não haverá nenhuma antinomia entre a manifestação concreta de vontade e a lei, porque a oposição existente é entre o regulamento e a lei regulamentada.

Poderá, é certo, o Poder Executivo proceder de acôrdo com as normas do Decreto, não porque sejam estas eficazes, mas porque, em cada caso concreto, resultando o ato de administração de exercício de uma **discrição legal**, o titular do referido Poder poderá, como os demais Podêres, decidir e agir, se o quiser, em conformidade com as **normas** do **Decreto, apesar da ineficácia destas.** Tanto o Poder Executivo, como os demais, poderão assim agir e, se o fizerem, não será por estarem obrigados ante os têrmos do regulamento, mas por disporem de um poder de discrição que lhes faculta o procedimento que desejarem na solução de cada espécie. Por natureza, **a competência é irrenunciável.**

35. É, pois, naquilo que foi apontado e impugnado, ilegal e ineficaz o Decreto em exame. Essas normas só podem viver e prosperar desde que insertas no sistema jurídico como regras legais e não como simples regras regulamentares.

Como regulamento, não penetram no ordenamento jurídico como prescrições capazes de obrigar ou vincular — **a não ser em relação a autoridades hieràrquicamente inferiores àquela que baixou o ato** —, hipótese, aliás, inviável, porquanto a designação e a autorização previstas nos preceitos estatutários, como examinado e demonstrado, insere-se na competência do próprio Governador, na esfera do Poder Executivo, do Presidente da Assembléia, na do Poder Legislativo e do Presidente do Tribunal de Justiça, na esfera do Poder Judiciário.

36. À vista do que e, com fundamento no inciso VII do art. 1.º do Decreto n.º 20.230/70, incluo, em anexo ao presente

pronunciamento, **minuta** de anteprojeto de decreto, disciplinando as disposições legais consideradas em absoluta sintonia e integral obediência aos mandamentos regulamentados, cumprindo-me, ainda, assinalar que o poder discricionário conferido à autoridade competente pelo Estatuto do Magistério (Lei n.º 2338/54) tem menor amplitude do que aquêle fixado pela Lei n.º 1751/52. Por essa razão, entendo que talvez fôsse caso de elaboração de **dois atos distintos.**

37. Opino, com efeito, pela revogação do ato **sub examine** e, na hipótese de que represente aspiração do Poder Executivo a sufragação das normas nêle contidas, pelo encaminhamento de mensagem ao Poder Legislativo, contendo projeto de lei, reproduzindo-as.

Êste o meu parecer.

Pôrto Alegre, 30 de junho de 1971.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 1906/CGE

Inscrição no quadro de associados do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul.

Por solicitação do Presidente do IPERGS vem a esta Consultoria o processo n.º 1569/71, em que a senhora M. T. M., funcionária do Conselho de Desenvolvimento do Extremo Sul — C O D E S U L — solicita sua inscrição no quadro de associados daquela entidade de previdência do Estado. O requerimento da postulante, instruído com um atestado de efetividade, teve sua tramitação normal no IPERGS onde recebeu parecer favorável do respectivo serviço jurídico. Todavia, face à existência da Lei n.º 5.255/66, a Divisão de Benefícios do Instituto de Previdência, antes de se manifestar sôbre o mérito, preferiu sugerir o encaminhamento do processo à Consultoria-Geral.

2. Em 15 de junho de 1961, os governos dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, assinaram Convênio criando o sistema CODESUL — BRDE com o objetivo de equacionar e propor soluções aos problemas sócio-econômicos da região sul, bem como efetuar financiamentos com vistas ao seu desenvolvimento.

Em 13 de julho de 1966, nôvo Convênio, ratificando e retificando o anterior, foi assinado, tendo sido aprovado no Rio Grande do Sul, pelo Decreto Legislativo n.º 2.503, de 3 de janeiro de 1967, publicado no Diário Oficial de 16 de janeiro de 1967.

O CODESUL e o BRDE, apesar de terem sido criados pelo mesmo Convênio e ao BRDE caber a manutenção do CODESUL (art. 42 do Convênio), constituem duas entidades autônomas, com direção e quadro de funcionários próprios, não obstante poder o Banco cooperar com o Conselho de Desenvolvimento com a cessão de pessoal técnico. Pela natureza de seu trabalho, pequeno é o quadro de funcionários do CODESUL, razão pela qual, o Convênio muito pouco sôbre êle se ateve. No entanto, uma das raras vêzes em que o fêz, foi para conferir aos servidores o direito de escolherem a entidade de previdência social de seu agrado. Assim diz o parágrafo 3.º do artigo 44 do referido Convênio:

> " Aos titulares de funções no CODESUL é facultada a inscrição nas entidades de previdência social dos Estados."

Todavia, não obstante a clareza do Convênio, o IPERGS teve dúvidas em concordar com a solicitação da postulante, porque a natureza jurídica da entidade em que trabalha — autarquia interestadual — não estava incluída em nenhuma das relacionadas no artigo 4.º da Lei n.º 5.255, de 30.07.66.

O Convênio, ao ser aprovado pela Assembléia Legislativa em 3.1.67, através do Decreto Legislativo n.º 2.503, tàcitamente, criou uma nova situação legal, que ao Estado cabe cumprir por ser produto de sua vontade, manifestada ao assinar o mencionado Convênio. O Decreto Legislativo, para ser aprovado, tem a mesma tramitação, está subordinado ao mesmo "ritual" que o projeto de lei, tendo, portanto, a mesma hierarquia. Não teria sentido que um Convênio, celebrado entre três Estados, com a correspondente homologação legislativa, não tivesse a mesma importância que uma lei ordinária.

Além disso, se dúvidas sôbre o acima exposto pudessem existir, elas não mais subsistem após a edição da Lei n.º 5.998 de 4 de agôsto de 1970, que alterou a redação do artigo 4.º da Lei n.º 5.255/66, quando diz:

> "Art. 1.º — Dê-se ao art. 4.º da Lei n.º 5.255, de 30 de julho de 1966, a seguinte redação:
>
> Art. 4.º — São associados obrigatórios:
>
> a) .....
> b) .....
> c) .....
> d) .....
> e) os servidores de **autarquias** (grifei) e de Sociedades de Economia Mista, desde que não contribuam ou estejam impossibilitados de contribuir para o INPS ou SASSE".

O sistema CODESUL — BRDE é uma autarquia. Assim o definiu o Convênio e como tal tem sido considerado.

Assim sendo, entendemos perfeitamente legal o direito que assiste à postulante de increver-se no quadro de contribuintes do IPERGS, desde que a mesma não esteja contribuindo para o INPS ou SASSE.

É o parecer s. m. j.

Pôrto Alegre, 15 de setembro de 1971.

José Zachia
Consultor Jurídico

TRABALHOS FORENSES

— DEFESA JUDICIAL DO ESTADO —

Objeto: — C o n t e s t a ç ã o .

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário,

CONTESTANDO a Ação Ordinária que lhe move A. G., diz e requer a V. Exa. o seguinte:

Pretendeu o Autor, administrativamente, primeiro, e, agora, pela via judicial, ver reconhecido o seu direito à **dupla aposentadoria.** Alicerça sua pretensão no fato de haver contribuído para dois fundos de previdência, alinha uma série de textos legais e outros tantos repositórios de jurisprudência.

Todavia, descabe-lhe o direito tão insistentemente invocado.

1.1 Primeiramente, haverá de perquirir o douto julgador qual era o "status" do Autor, como "tesoureiro, em comissão", do Departamento Autônomo de Carvão Mineral (DACM), em decorrência do que passou a contribuir para dois fundos previdenciários.

Era êle, evidentemente, um **servidor autárquico,** já que êsse órgão estadual foi instituído pelo **Decreto-Lei n.º 1477**, de 7 de julho de 1947, que, em seu **art. 1.º**, dispôs ser o novel organismo.

> " ... erigido em pessoa jurídica, com autonomia administrativa e financeira, regendo-se pelas disposições do regulamento que com êste baixa".

1.2 Atente-se, então, para o fato de que o Autor (que era, até o dia 10 de novembro de 1947) escriturário da Viação Férrea do Rio Grande do Sul — funcionário público da administração direta, portanto — haver, **sponte sua**, requerido exoneração, para submeter-se a um **nôvo regime funcional**: o de **servidor autárquico.**

Desconstituiu-se, aí, pois, o liame que o mantinha jungido ao funcionalismo estadual. Subtraiu-se, conseqüentemente, às normas específicas atinentes a êsses.

Sim, porque como preleciona o douto **Celso Antonio Bandeira de Mello**

> " ... os servidores de autarquia (federal, estadual e municipal) não são funcionários públicos e sua equiparação a êstes depende de lei especial pertinente (federal ou municipal). Regem-se, em princípio, pelas leis que lhes forem especìficamente dirigidas. À falta de disposições na matéria não se lhes podem negar as garantias mínimas consagradas na legislação trabalhista, expurgados ùnicamente os dispositivos que se revelam conflitantes com a natureza pública da atividade autárquica." **(autor cit.,** Regime Admin. das Autarquias", p. 481, Ed. Rev. Tribs., 1968)
>
> E, acrescenta o ilustre mestre: "Salvo os casos de extensão legal, não lhe assistem os mesmos direitos e vantagens do funcionário e suas condições de trabalho não são equivalentes às dêste." **(autor e obr. cits.,** p. 478)

Na espécie, foi o que se verificou: o Autor, que era funcionário público estadual, abdicou dessa condição, para tornar-se **autárquico,** servidor do DACM.

E, dessa desconstituição de "status" funcional, emerge uma conseqüência lógica: a de que não pode valer-se dos favores da **Lei Federal n.º 2 752** — além de, por outros motivos — também por êste: é que o aludido diploma, no **parágrafo único** de seu **art. 1.º**, diz textualmente:

> "Art. 1.º — § único — As vantagens desta lei beneficiarão aos que **não perderam a condição de servidor ou funcionário público** ao ser instalado o regime autárquico." (grifamos)

O fato de o Autor, segundo alega, contribuir, cumulativamente, para o lNPS (e, antes, para a "Caixa" e IAPTEC) e Tesouro do Estado, nada mais significa do que um "cochilo", tanto seu como da Administração, eis que, desde a promulgação da Lei n.º 2752, poderia ter optado por apenas um dos fundos previdenciários **(ut** art. 2.º, do mesmo diploma.

Mas, o Autor, em especial, não o fêz, vislumbrando, decerto a benesse da dupla aposentação que ora pleiteia.

2.1. Existe, porém, mais um fator impeditivo do direito ora contestado.

Conforme já se disse, o Departamento Autônomo de Carvão Mineral (DACM) — **autarquia,** insiste-se — foi criado em **7 de julho de 1947**, enquanto que o Autor **só foi nomeado,** para o cargo de tesoureiro, em comissão, na data de **11 de novembro de 1947**, consoante êle próprio informa **(fls. 3, item 3,** da inicial).

Eis, aí, mais um dado fundamental, a revelar que houve uma **opção,** de parte do Autor, em abdicando do "status" de funcionário estadual, em troca do de **servidor autárquico.**

Decorre, disso, portanto, não estar êle amparado pela Lei 2752, de 10 de abril de 1956, que tem sido adequadamente aplicada pelo **Pretório Excelso:**

> "Se essa lei não protege os que, sendo funcionários ou servidores públicos, perderam essa condição ao ser instalado o regime autárquico, muito menos protegerá os que, **já na vigência dêste regime, ingressaram na ferrovia."** (grifamos — Voto do Min. **Luiz Gallotti, in** D. J. U. de 21.3.60, pág. 721 — Mand. Seg. 6.363)

2.2. A profusa jurisprudência invocada pelo Autor, já se vê, não se ajusta à sua situação funcional: a de **ex-funcionário estadual,** repete-se, que, a seu alvitre, **transformou-se em servidor autárquico.** E tão reiteradas já foram as decisões, no Eg. Supremo Tribunal Federal, contrárias a pretensões como a do Autor, que já se integraram na **Súmula 371:**

> "Ferroviário, que foi admitido como servidor autárquico, não tem direito a dupla aposentadoria."

3.1. Rebela-se, ainda, e por demais indignado, o Autor, contra o **Parecer n.º 1147/UAJ,** da Consultoria-Geral do ora Contestante.

E, assim procede, porque êsse parecer **(fls. 31/33,** dos autos) demonstra, à saciedade, que a **legislação estadual** (D. Lei 1145, de 12.8.46, e art. 177, da Lei n.º 1752, — Estatuto dos Funcionários Públicos), antecipando-se — o que é bastante louvável — ao legislador federal, regulou, adequadamente, a hipótese em que o servidor fôsse contribuinte de caixas de aposentadorias e pensões.

3.2. Ocorre que o Autor vislumbra, nisso, um abuso de competência. Nada mais inexato.

Bastante é citar o art. 8.º, § 2.º, da Carta de 1967 — para ficarmos, apenas, com o texto em vigor quando da aposentadoria do Autor — e que estabelece, taxativamente:

> "A competência da União não exclúi a dos Estados, para legislar supletivamente sôbre as matérias das letras **c ("normas de seguros e previdência social")**, do item XVII, respeitada a lei federal."

E mais, o **art. 13, V**, da mesma Carta — numa reiteração, aliás, dos Diplomas Constitucionais anteriores — atribui, aos Estados, a competência privativa de legislar a respeito de seus servidores.

A propósito, ainda sob o império da Carta de 1946, prelecionava PONTES DE MIRANDA:

> "Na **dúvida** entre ter o legislador federal deixado à legislação estadual regular a espécie e não haver permitido o **branco**, presume-se a competência estadual, e não a federal. **(H. Preuss, Berich und Protokolle).**" ("Comentários", vol. I, p. 439/40, Ed. M. Limonad, 1953)

Como já foi demonstrado, existe legislação estadual específica sôbre a matéria, pioneira, inclusive, em relação à tão invocada Lei 2752, inaplicável, esta sim, a servidores autárquicos, como o Autor.

ANTE O EXPÔSTO, e contestando tudo o mais por negação, espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — protestando por todos os meios de prova em Direito admitidos, inclusive o depoimento pessoal do A., pena de confesso, testemunhas, documentos etc. — seja julgada inteiramente improcedente a presente ação e condenado o A., nas custas e honorários advocatícios.

Têrmos em que
P. E. Deferimento.

Pôrto Alegre, 5 de julho de 1971.

pp. CAIO LUSTOSA
Representante Judicial

DEFESA JUDICIAL DO ESTADO

MEMORIAL

Emérito Julgador:

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por intermédio de seus representantes legais que êste subscrevem, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 72.293, interposto no mandado de segurança n.º 4.127, perante a Egrégia Justiça rio-grandense, a título de MEMORIAL, vem dizer a Vossa Excelência o que segue:

I — O tema "sub judice"

1. Busca-se, na hipótese, fixar a legitimidade da cobrança do ICM nas operações de circulação de mercadorias no mercado interno e **antes** de sua **destinação** ao mercado exterior.

Assinale-se, desde logo, que não se trata de saída de mercadorias para emprêsas que operem exclusivamente no comércio de exportação, equívoco em que incorreu o douto Procurador da República (fls. 136).

Não se trata, também, de operações no mercado interno de mercadorias que a Recorrente já tenha destinado à exportação, como se vê da própria inicial:

> "Uma vez serrada a madeira... é transferida para o depósito do município vizinho de **Vacaria**, onde, então, permanece até o momento da madeira tornar-se **comercializável.** Daí a **maior parte** da madeira é transportada para os depósitos do município de Canoas e desta Capital, **onde é feita a classificação e formado o estoque destinado à exportação**..." (inicial, fls. 2 e 3. Os grifos são nossos)

2. O Estado do Rio Grande do Sul, com apoio no Código Tributário Nacional, considera autônomo cada estabelecimento do contribuinte (CTN., art. 58, § 3.º; Lei Estadual n.º 5.373/66, art. 10, § 5.º; Decreto n.º 18.389/67, art. 21).

3. O Estado, com base na legislação federal e estadual, cobra o ICM sôbre as saídas do estabelecimento produtor ao de co-

mercialização (inclusive quando da mesma pessoa porque, na forma da lei, considera autônomo cada estabelecimento do contribuinte). Nesta operação, as mercadorias não se destinam à exportação, pois o próprio contribuinte não sabe se vai, ou não, destiná-las ao mercado externo. Apesar disso, quer a Recorrente gozar de imunidade já nessa operação. Assinale-se que o caso é de 1967, quando vigente a Constituição de 24.1.67.

Quando a circulação, como no caso, se opera entre estabelecimentos de uma mesma pessoa, o Estado difere o pagamento do impôsto, já que o não exige na primeira saída, mas, na seguinte, por uma questão de economia interna e para favorecer os contribuintes.

4. As decisões recorridas — sentença do juiz singular e Acórdão da 1a. Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado —, afirmaram não só a legitimidade da cobrança como a **inexistência** de direito líquido e certo da Recorrente.

Diz o Acórdão:

"... a imunidade é evidente, se refere tão-sòmente à saída do produto para o exterior.

Prevalece, assim, o ônus do tributo que recai sôbre as anteriores saídas, não abrangidas pelo favor fiscal.

.....

....., além da própria impetrante afirmar que **destina apenas parte** de sua produção ao comércio exterior, é evidente **não ter ela direito à pretendida declaração de imunidade**, através o presente mandado de segurança, do pagamento do ICM..." desde a fonte de produção e transferência que dela fizer de um depósito para outro...

Assim sendo, dada a inexistência de direito líquido e certo da impetrante, nega-se-lhe provimento ao agravo, para confirmar a douta sentença de 1a. instância, denegatória do "mandamus" impetrado."

Logo, incabível o mandado de segurança, como afirmado no acórdão de fls., eis que o assunto envolve matéria de fato a exigir a produção de provas, o que, "a fortiori", exclui também o cabimento do recurso extraordinário.

II — O fato gerador do ICM

5. O fato gerador do ICM é a saída da mercadoria do estabelecimento do produtor, industrial ou comerciante, observado o princípio da não-cumulatividade.

Assim, cada operação está sujeita ao tributo, devendo apenas ser, para efeito de sua apuração, deduzido o **quantum** já pago nas operações anteriores.

Cada uma das operações, na forma da legislação federal, se constitui em fato gerador, repetindo-se tantas vêzes quantas sejam essas operações e, em tôdas elas, se repete, também, o fenômeno do abatimento do valor do ICM já pago.

6. O Estado, como já dito, com fundamento no CTN (art. 58, § 3.º), considera autônomo cada um dos estabelecimentos do contribuinte, **diferindo,** porém, para o momento da operação seguinte a cobrança do ICM incidente na operação anterior, sempre que essa circulação se verificar entre estabelecimentos pertencentes a uma mesma **pessoa** (art. 4.º, Lei n.º 5.373, de 1967).

Poderia o Estado exigir, desde logo, o tributo; não o faz para reclamá-lo na etapa posterior.

7. Figure-se, por exemplo, um bem vendido pelo produtor ao comerciante e, por êste, revendido. O fato gerador do ICM incide na primeira operação, que é a saída da mercadoria do estabelecimento do produtor. Esta saída faz surgir a obrigação tributária (Cód. Trib. Nac., art. 113, § 1.º), possibilitando à autoridade administrativa a constituição do crédito tributário, pelo lançamento (CTN, art. 142).

O Estado, no entanto, prefere conceder um **favor fiscal,** protraindo o lançamento para a etapa posterior, atribuindo, ao mesmo tempo, ao comerciante, vinculado ao fato gerador, a responsabilidade pelo crédito tributário (CTN, art. 128).

Em conseqüência, é favorecido o produtor, porque fica excluída sua responsabilidade pelo crédito tributário. O comerciante, ao revender a mercadoria, pagará o impôsto, sendo parte como responsável pelo crédito tributário decorrente da saída do estabelecimento produtor (CTN, art. 121, II) e outra parte como contribuinte, em decorrência da saída do seu estabelecimento para o consumidor.

O que ocorre, todavia, se o comerciante usar ou consumir a mercadoria, em lugar de revendê-la?

Não terá de pagar impôsto como contribuinte, mas deverá fazê-lo como responsável pela saída anterior e calculado sôbre o preço desta.

Exigir-se, nesta hipótese e em tais condições, o impôsto diferido não significa, portanto, exigir-se ICM sôbre o uso ou o consumo de mercadoria, mas, o impôsto relativo à **saída anterior,** pelo qual se tornou responsável em razão do diferimento.

O exposto permite, "salva reverentia", compreender-se porque a legislação estadual exige o impôsto diferido quando a operação seguinte fôr imune.

A razão é a mesma. Tal como o comerciante deve pagar o impôsto diferido quando, ao invés de revender o produto, consome ou aplica a mercadoria no ativo fixo, assim, igualmente, deverá agir, quando na saída posterior se verificar a hipótese de não-incidência, imunidade ou isenção.

Exigir-se o impôsto diferido, quando se segue operação de exportação ao abrigo de imunidade, não significa cobrança de impôsto sôbre operação de exportação. Cobra-se o tributo relativo às operações anteriores, **quando o produto ainda não estava destinado à exportação.**

III — Pressuposto da imunidade: destinação ao exterior

8. Para fugir à conclusão anterior, tem-se afirmado, de uma ou outra forma, que a imunidade de última operação **desconstitui** as **incidências anteriores. Êsse** entendimento não se coaduna com as disposições aplicáveis.

A Constituição Federal de 1967 dispunha:

> " Art. 24 — .....
>
> § 5.º — O impôsto sôbre circulação de mercadorias é não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, nos têrmos do disposto em lei, o montante cobrado nas anteriores, ..., e não incidirá sôbre produtos industrializados e outros que a lei determinar, destinados ao exterior".

Ora, de produto destinado ao exterior sòmente se poderia falar depois do ato de destinação. No exemplo, é óbvio que foi o comerciante e não o produtor quem destinou a mercadoria ao exterior. No caso "sub judice", a destinação só ocorreu **depois**

de selecionada e feita a separação da mercadoria, nos municípios de Canoas e Pôrto Alegre.

Na remessa para êsses municípios, portanto, não havia ainda destinação certa, tanto assim que parte dela era vendida no mercado interno.

9. O Ato Complementar n.º 35, de 28.2.67, deixou claro que a imunidade decorre do ato de destinação ao exterior, com eficácia "ex nunc" ao antepor, à expressão: "destinados ao exterior", o vocábulo "quando":

> "Nos têrmos do § 5.º do art. 24, da Constituição de 24.1.67, o impôsto sôbre circulação de mercadorias não incide sôbre os produtos industrializados, **quando** destinados ao exterior" (art. 7.º).

10. O mesmo Ato Complementar considerou destinadas ao exterior as mercadorias remetidas às emprêsas comerciais que operassem exclusivamente no ramo de exportação. "A contrário sensu", se, como no **caso "sub judice",** há remessa para **estabelecimento** comercial que **opera indiferentemente no mercado externo e no interno,** é exigível o impôsto.

> "Para os efeitos de aplicação do disposto neste artigo, além da mercadoria objeto de operação de exportação, **considera-se** destinada ao exterior a remetida:
>
> I — às emprêsas comerciais que operam exclusivamente no ramo de exportação" (Ato Complementar n.º 35, de 28.2.67, art. 7.º, § 2.º).

11. O decreto-lei n.º 406/68, a seu tempo, alterou o AC n.º 35, dispondo:

> "Art. 1.º — ...
>
> § 3.º — O impôsto não incide:
>
> I — sôbre a saída de produtos industrializados destinados ao exterior;
>
> § 5.º — O disposto no § 3.º, inciso I, aplica-se também à saída de mercadorias de estabelecimentos industriais ou de seus depósitos com destino:

I — a emprêsas comerciais que operem exclusivamente no comércio de exportação;

II — a armazéns alfandegados e entrepostos aduaneiros."

Donde, é devido o tributo sempre que a remessa seja para estabelecimento que opere também no mercado interno, como ocorre no caso concreto.

12. A Emenda Constitucional n.º 1/69 tornou mais claro o tema, desfazendo possíveis dúvidas que a regra anterior poderia suscitar, estabelecendo:

> "O impôsto de que trata o item II não incidirá sôbre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar" (art. 23, § 7.º).

O vocábulo "operações", por um lado, esclarece que a imunidade não diz respeito aos **produtos** exportados, mas às **operações** de exportação e, por outro, que, **após o ato de destinação ao exterior**, não importam quantas sejam as saídas verificadas no território nacional. Tôdas são imunes.

IV — **A Súmula n.º 536**

13. A matéria questionada nos autos é inteiramente diversa da versada nos julgamentos que originaram a Súmula n.º 536. Os **xerox** anexos, reproduzindo os arestos referenciados pela citada Súmula, comprovam que, nos casos ali tratados, o debate se limitou à necessidade, ou não, de constar o produto da tabela anexa à Lei 4.502/64, alterada pelo Decreto-Lei n.º 34/66, para ser considerado industrializado.

A **discussão**, portanto, **era relativa** ao **conceito** de **produto industrializado. Na hipótese dos autos, êsse problema inexiste,** pois, o Recorrido, Estado do Rio Grande do Sul, admite que a madeira é produto industrializado. O que nega é que a imunidade constitucional apanhe também as operações anteriores à destinação do produto ao exterior.

Logo, entende haver incidência do ICM nas operações internas, se não é certa, ainda, a destinação da mercadoria ao exterior.

V — **Conclusão**

14. Confiando e invocando os superiores suprimentos do Emérito Julgador, espera o Estado do Rio Grande do Sul a confirmação do Acórdão recorrido.

BRASÍLIA, em 27 de setembro de 1971.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado
Adv. inscr. OAB-RS 2.589

José Maria Rosa Tesheiner
Coordenador da Unidade de Defesa
Judicial, Adv. inscr. OAB-RS 2.997

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 70.398 — Rio Grande do Sul

Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias. Bens de capital. Base de cálculo para a cobrança, nas operações relativas a máquinas destinadas à prestação de serviços. Interpretação do art. 1.º do Ato Complementar 36, de 13.3.67. Recurso conhecido e provido.

P. B. M. L., recorrente — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, recorrido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes 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. conhecer e dar provimento ao recurso.

Brasília, 5 de maio de 1971.

ALIOMAR BALEEIRO
Presidente

OSWALDO TRIGUEIRO
Relator

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO OSWALDO TRIGUEIRO — P. B. M. L. impetrou segurança contra ato do Inspetor-Geral do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias do Estado do Rio Grande do Sul, que considera lesivo de direito líquido e certo decorrente de norma inscrita no art. 1.º, § 1.º, do

Ato Complementar n.º 36, de 13 de março de 1967. Segundo êsse preceito, os importadores de máquinas e aparelhos, considerados bens de capital, podem pagar o ICM por uma base de cálculo fixa, equivalente a 20% do valor da operação.

A segurança foi denegada por sentença do Juiz da Segunda Vara da Fazenda Pública de Pôrto Alegre (f. 40), a qual veio a ser confirmada por acórdão unânime da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, assim ementado:

> " Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias. Bens de Capital; máquinas e aparelhos que, por sua natureza, se destinam a emprêgo direto na prestação de serviços. AC-36, art. 1.º e parágrafos. Regime fiscal especial. A mera potencialidade dêsses bens à prestação de serviços não autoriza o tratamento fiscal especial; é necessário ainda que êles sejam destinados efetivamente a essa finalidade".

Daí o recurso extraordinário da impetrante (f. 66), com apoio na alínea **c** do permissivo constitucional, o qual foi admitido pelo despacho de f. 75, que resume tôda a controvérsia nos têrmos seguintes:

> " Trata-se de lide fiscal, relativa à incidência e aplicação do art. 1.º e parágrafos do Ato Complementar n.º 36, pelo qual foi estabelecido um sistema especial de reduzida tributação do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias para as saídas de bens de capital, de origem estrangeira, promovidas pelo próprio estabelecimento importador, desde que tais bens, classificados nos itens 84 a 90 da tabela do IPI, se destinem, por sua natureza, "a emprêgo direto na produção agrícola ou industrial e na prestação de serços".
>
> A firma S. C. L., importadora de máquinas de contabilidade em geral e de máquinas de escrever, passou a recolher o mencionado tributo de conformidade com o AC-36, sendo, então, autuada pela fiscalização estadual, que lhe exige "as diferenças do ICM não recolhidas". Sustenta o fisco que a prestação de serviços é um contrato em que duas pessoas são intervenientes e, portanto, a lei refere-se necessàriamente à prestação de serviços "a terceiros". As máquinas comerciadas pela contribuinte não têm a qualidade intrínseca objetiva de serem utilizadas apenas na prestação de serviços a terceiros (f. 43).
>
> A importadora, vencida por maioria de votos perante o contencioso administrativo (f. 22/23), ajuizou mandado de segurança, vendo-o, entretanto, denegado em ambas as instâncias. A egrégia 3a. Câmara Cível entendeu que "O conceito de prestação de serviços, previsto no ato complementar n.º 36, não pode ser entendido como aspecto objetivo, mas supõe uma relação interpessoal em que se prometem prestações de serviços, mediante contraprestação de remuneração. A regalia fiscal visa ao barateamento da produção. Constitui inegável exceção à regra geral de que "o impôsto terá por base o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria". É o que decidiu esta Egrégia Câmara, destacando o voto vencedor da lavra do ilustre Desembargador Pedro Soares Muñoz que o brocardo "in dubio contra fiscum" — sòmente tem aplicação às disposições taxativas que decretam impostos, e assim mesmo quanto a regras gerais, não quanto às exceções, que se resolvem, na dúvida, a favor do fisco" (fls. 79).
>
> Com fundamento no art. 114, III, item **c**, da Constituição, recorre a impetrante ao Supremo Tribunal Federal. Mantém sua tese de que o legislador não dispôs se o bem deveria prestar serviços sòmente a terceiros, ou ao próprio adquirente: "cogitou o legislador ùnicamente da existência ou não, na aludida máquina, de uma potencialidade natural (qualidade intrínseca objetiva) em prestar serviços. Ora, é inegável que os bens comerciados pela requerente (máquinas de contabilidade e de escrever) possuem uma potencialidade natural para prestar serviços".
>
> O Tribunal do Estado julgou válido ato do govêrno local — autuação pelo fisco —, contestado pela recorrente em face de norma complementar federal — AC 36, art. 1.º. Configura-se, em tese, caso de recurso extraordinário com arrimo na letra **c**, pois os argumentos expendidos pela contribuinte, mesmo se improcedentes, revestem-se de razoabilidade o quanto suficiente a afastar a incidência da Súmula 285. A matéria, de outra parte, é sem dúvida relevante".

O recurso foi regularmente processado, sendo contrário a seu provimento o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (f. 93).

V O T O

O SENHOR MINISTRO OSWALDO TRIGUEIRO (Relator) — Dispõe o Ato Complementar 36, de 13.3.67:

> "Art. 1.º — Nas saídas de bens de capital de origem estrangeira, promovidas pelo estabelecimento que houver realizado a importação, a base de cálculo do impôsto sôbre circulação de mercadorias será a diferença entre o valor da operação de que decorre a saída e o custo de aquisição dos referidos bens, nêle compreendidos os tributos pagos por ocasião de seu desembaraço aduaneiro.
>
> § 1.º — Em substituição à diferença apurada na forma dêste artigo, poderão os importadores optar por uma base de cálculo fixa, equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da operação.
>
> § 2.º — Para efeitos dêste artigo, consideram-se bens de capital as máquinas e aparelhos, bem como suas peças, acessórios e sobressalentes, classificados nos capítulos 84 (oitenta e quatro) a 90 (noventa) da Tabela anexa ao regulamento do impôsto sôbre produtos industrializados, quando, pela sua natureza, se destinem a emprêgo direto na produção agrícola ou industrial e na prestação de serviços".

Dessa forma, estabeleceu-se que o ICM, incidente sôbre certos bens de capital, pode ser calculado de duas maneiras, à opção do contribuinte: uma, tomando por base a diferença de preço entre a importação e a revenda; outra, tomando por base a percentagem de 20% sôbre o valor da operação.

Estão sôb êsse regime máquinas e aparelhos importados, desde que classificados na Tabela anexa ao Regulamento do IPI, e desde que, por sua natureza, se destinem a emprêgo direto na produção agrícola, na produção industrial ou na prestação de serviços.

No caso presente, não há discussão ou dúvida sôbre matéria de fato. Questiona-se apenas sôbre o significado da parte final do transcrito § 2.º

Postula o recorrente o direito de exercer a opção prevista no § 1.º, porque é importador de máquinas classificadas na Tabela indicada, as quais se destinam, por natureza, à prestação de serviços. Com isso não concorda o fisco riograndense, por entender que, quando o Ato Complementar 36 fala em prestação de serviços, quer dizer, necessàriamente, prestação de serviços a terceiros. Êsse entendimento foi adotado pela Justiça estadual, nas duas instâncias.

Penso que a decisão recorrida merece reforma. Em primeiro lugar, porque o Ato Complementar não cogita de prestação de serviços a terceiros. Ao intérprete não é lícito acrescentar ao texto palavras de que o legislador não fêz uso, máxime se êsse acréscimo importa em restringir, e possìvelmente anular, o alcance da norma. A mera exegese gramatical, a meu ver, repele a tese do fisco.

Tenho essa interpretação como igualmente inadmissível do ponto de vista lógico. O Ato Complementar, como nêle se declara, distingue certas máquinas e aparelhos que, por sua natureza, se destinem a emprêgo direto na agricultura, a emprêgo direto na indústria, a emprêgo direto na prestação de serviços. Ora, compreende-se que haja máquinas que, por sua natureza, sòmente se prestem a essas finalidades. Mas me parece inconcebível a existência de máquinas que, por sua natureza, sòmente possam prestar serviços a terceiros.

Por outro lado, o fisco argumenta como se o § 2.º fôsse apenas explicativo do § 1.º, o que não acontece. Dispõe êle "para os efeitos dêste artigo", definindo as máquinas sujeitas às duas formas de cobrança. De sorte que, se a parte final do § 2.º só se referisse a máquinas para a prestação de serviços a terceiros, aquelas que se destinassem a prestar serviços ao adquirente ou proprietário estariam excluídas de tributação, qualquer que fôsse a base de cálculo. A êsse resultado, certamente, o fisco não pretende chegar.

Há a considerar, ainda, que a decisão recorrida dá ao Ato Complementar 36 um sentido discricionário que não se coaduna com a igualdade de direitos de nosso sistema constitucional. A prevalecer o critério por ela adotado, nenhum banco ou emprêsa que adquirisse máquina de endereçamento ou de contagem de cédula, poderia valer-se da opção prevista no § 1.º: esta sòmente beneficiaria a quem porventura comprasse as mesmas máquinas para processar a correspondência ou contar as cédulas de outras emprêsas. É esta uma distinção que a lei não faz e que, de resto, não teria sentido do ponto de vista prático. A venda de máquinas,

com a condição de que nunca trabalhassem para os donos, obrigaria o Estado a manter um sistema de fiscalização cuja inviabilidade não precisa ser demonstrada.

Ante o exposto, conheço do recurso, que foi interposto pela letra **c**, e lhe dou provimento.

V O T O

O SR. MINISTRO ANTÔNIO NEDER — Meu entendimento é o de que a cláusula "a terceiros", pretendida pelo Fisco do Rio Grande do Sul, não se harmoniza com a "mens legis", que se inspirou tão-sòmente na idéia de ser inerente às máquinas e aparelhos o se destinarem êles à prestação de serviços, e nada mais.

Assim, conheço do recurso e lhe dou provimento, como o fêz o eminente Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro.

V O T O

O SR. MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES — Senhor Presidente.

Quero adiantar, desde já, que acompanho o lúcido voto do eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, **data venia** do que acaba de proferir o eminente Ministro Adalício Nogueira.

Conquanto o primeiro dos decisórios ora impugnado seja da lavra de um dos mais brilhantes juízes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o ilustre Desembargador Pedro Soares Muñoz, tenho que delirou no aplicar o Ato Complementar n.º 36/1967.

Reconheço como obscura a redação do disposto no art. 1.º e seus parágrafos, o que obriga o intérprete a ater-se não às palavras, às expressões da lei, mas ao seu alcance.

Admitiria como corretas as decisões recorridas, se contivessem expresso o art. 1.º, § 2.º, as palavras "a terceiros" ou a elas equivalentes.

Assim, porém, não sucede. E, como se trata de importações de máquinas que, por sua natureza, destinam-se, só por si, a prestação de serviços, indiferentemente a quem seja, quis o legislador aliviar a tributação, procedendo como o fêz.

Daí o acêrto do julgado do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, proferido no Ag. de Petição número 132.704, em ..... 20.5.1970, focando tese em tudo idêntica, quando acentuou:

"Ora, a lei não diz que se deve provar a destinação. A prova está **in re ipsa**, isto é, na destinação pela própria natureza da máquina. É evidente que uma ceifadeira, por sua natureza, se destina a emprêgo direto na agricultura. Igualmente a máquina de contabilidade se destinará na prestação de serviço de contabilidade diretamente."

Em conclusão, conhecendo do recurso, interposto com base no permissivo constitucional da letra **c**, dou-lhe provimento.

É o meu voto.

V O T O

O SR. MINISTRO DJACI FALCÃO — Sr. Presidente, também acompanho o voto do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, tendo em vista que não podemos fazer o aditamento a "terceiros".

V O T O

O SR. MINISTRO ELOY DA ROCHA: — Sr. Presidente, o Ato Complementar n.º 36, no art. 1.º, § 2.º, que está sendo discutido, ao considerar a destinação, por sua natureza, de bens de capital, enumerou, no fim, determinadas classes de atividades, dentro da multiplicidade de atividades: produção agrícola ou industrial e prestação de serviços. Ao referir-se à prestação de serviços, o dispositivo legal não cogitou de relação jurídica, de relação interpessoal de serviços, senão, ùnicamente, do tipo de atividade: prestação de serviços. Na verdade, o dispositivo tem a ver com o objeto da atividade, que menciona. Êste, a meu ver, o sentido da parte final do art. 1.º § 2.º do Ato Complementar n.º 36, como o interpretou o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, cujo voto acompanho, dando provimento ao recurso, **data venia** do eminente Ministro Adalício Nogueira.

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALOTTI — Senhor Presidente, a leitura do brilhante memorial do ilustre advogado das recorrentes me havia deixado a mesma convicção enunciada no voto magistral do eminente Ministro Oswaldo Trigueiro.

Peço vênia ao eminente Ministro Adalício Nogueira para dar provimento ao recurso.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO ADALÍCIO NOGUEIRA: — Peço a palavra, Sr. Presidente.

Acatando a decisão que acaba de proferir o egrégio Tribunal Pleno, na sua quase totalidade, e rendendo-me a ela, ressalvado o meu ponto de vista, retifico o meu voto e dou provimento ao recurso.

CORREIÇÃO PARCIAL N.º 16.509 — Quarta Câmara Cível — Pôrto Alegre

Deferiram o pedido de correição parcial porquanto o ato do juiz, impedindo a atuação regular do Fisco, mediante a determinação que expediu, tomou a feição de ato tumultuário.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, requerente — DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA, requerido.

A C Ó R D Ã O

Acordam em 4a. Câmara Cível, por unanimidade de votos, deferir o pedido de correição parcial, nos têrmos das notas taquigráficas anexas.

Remeta-se, com urgência, cópia integral do acórdão ao magistrado requerido.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. JOSÉ DUTRA.

Pôrto Alegre, 26 de maio de 1971.

Antônio Augusto Uflacker
Presidente e Relator

Jorge Ribas Santos

R E L A T Ó R I O

DES. ANTONIO AUGUSTO UFLACKER — Trata-se de pedido de correição parcial formulado pelo Estado do Rio Grande do Sul. A matéria sôbre a qual versa é bastante singela e pode ser fàcilmente resumida: o C. A. L., promoveu, no fôro desta C o m a r c a, perante a 2a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública, ação anulatória de débito fiscal. Êsse débito dizia respeito ao antigo Impôsto de Vendas e Consignações, cujo montante atingia a quantia de Cr$ 8.263,69, não incluída a multa, que já fôra dispensada na órbita administrativa. Essa imposição fiscal fôra estabelecida, na orbita administrativa, por decisão do julgador de primeira instância, confirmada em segundo grau pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, sempre dispensada a multa. Promovendo a ação anulatória, o C. A. L. formulou, na petição, além dos pedidos adequados, mais o seguinte, que vou ler: "Requer, finalmente, que V. Exa. determine seja **oficiado** ao Sr. Exator Estadual de Nôvo Hamburgo, neste Estado, dando-lhe **ciência** da propositura da presente ação, para que dessa forma se abstenha de aplicar à Suplicante quaisquer medidas restritivas às suas atividades ou venha a tomar outras que prejudiquem os seus interêsses."

O juiz, despachando a petição inicial, mandou fazer as citações e mandou expedir o ofício na forma do pedido.

Contra a parte do despacho do juiz, que mandou expedir dito ofício — e que foi expedido — é que o Estado vem com o pedido de correição parcial. A ação ordinária não comporta liminar. Nela não há adiantamento de quaisquer efeitos da sentença por despacho provisório. Ação ordinária não é mandado de segurança. No entanto, como se verifica da contrafé de citação, o autor da demanda da ação anulatória de débito fiscal viu deferida sua pretensão a uma concessão de medida liminar que contraria os têrmos da lei, importando isso numa inversão tumultuária de atos e fórmulas legais por antecipar efeitos que só poderiam decorrer da sentença final. Como se trata de despacho irrecorrível, perfazem-se os pressupostos da correição parcial. Tempestivo é o pedido, pois o requerente sòmente tomou conhecimento do despacho na data da citação, conforme comprovou com a contrafé da mesma citação.

O Estado solicitou ao Presidente do Tribunal de Justiça que lhe deferisse de imediato a medida solicitada. O eminente Presidente preferiu solicitar primeiramente informações ao juiz e,

depois, entendeu de mandar efetuar a distribuição sem deferir o pedido liminar.

As informações do magistrado se limitam a uma repetição cronológica dos feitos ocorridos: a ação foi promovida, foi feito o pedido, foi despachada a citação e ordenada a expedição do ofício.

E veio a cópia do ofício nos mesmos têrmos da postulação. Está a fls. 36 dos autos. (Lê).

Foi-me distribuído o pedido.

É o relatório

V O T O

SR. PRESIDENTE (DES. ANTÔNIO AUGUSTO UFLACKER — RELATOR) Como se vê, é interessado no pedido o Estado do Rio Grande do Sul. Entretanto, estou convencido de que não tem direito a emitir parecer o representante do Ministério Público, porque a correição parcial tem disciplinação própria que não prevê essa manifestação. Por isso, deixo de conceder a palavra ao dr. Procurador da Justiça, passando desde logo ao voto.

Defiro o pedido de correição. A expedição daquele ofício, solicitado pela firma autora e deferido pelo Magistrado, importou na concessão de uma medida preventiva, uma medida cautelar não prevista em lei.

Conforme a lei estadual, a decisão da órbita administrativa era suscetível de execução, onde e quando a autora da ação anulatória poderia alegar qualquer matéria, a litispendência, entre outras, em sua defesa.

A demandante obteve o trancamento da manifestação do Estado, da atividade estatal, mediante linhas travessas. O ato do juiz que assim se pronunciou deferindo esta medida não prevista na lei é um ato tumultuário. Mando cancelar, deferindo o pedido de correição parcial. Como não houve pròpriamente infração disciplinar, dispenso a remessa dos autos da correição ao Conselho Superior da Magistratura, o que está previsto na lei.

DES. JORGE RIBAS SANTOS — De acôrdo com V. Exa. Até teria usado a mesma expressão que V. Exa. usou nesta Câmara: o despacho do juiz, nesta parte em que determinou ao Estado que não acionasse de modo algum o autor da ação, é heterotópico.

DES. JOSÉ DUTRA — De acôrdo.

SR. PRESIDENTE (DES. ANTÔNIO AUGUSTO UFLACKER) — Correição Parcial n.º 16.509, de Pôrto Alegre — Deferiram o pedido de correição parcial.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 16.082 — Terceira Câmara Cível — Pôrto Alegre

I. C. M. MÁQUINA IMPORTADA DO EXTERIOR. — Cogência e auto-aplicabilidade do Decreto-lei Federal n.º 406, de .. 31.12.1968. Entrada, em estabelecimento agrícola, de máquina importada da Argentina. Incidência do I. C. M. Mandado de Segurança denegado.

A. S. F., agravante — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, agravado.

A C Ó R D Ã O

Acordam, unânimemente, em 3a. Câmara Cível, negar provimento ao agravo de petição de conformidade com as notas taquigráficas em anexo, pagas as custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Eminente Des. BONORINO BUTTELLI.

Pôrto Alegre, 13 de maio de 1971.

PEDRO SOARES MUÑOZ
Presidente e Relator

PAULO BOECKEL VELLOSO

R E L A T Ó R I O

DES. PEDRO SOARES MUÑOZ — A. D. S., agricultor no município de Rosário do Sul, impetrou mandado de segurança contra a decisão administrativa que o condenou ao pagamento do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias correspondente à entrada, no estabelecimento rural do impetrante, de uma máquina agrícola, importada por êle do exterior.

O suplicante, em longa e fundamentada petição, procura demonstrar a ilegalidade da exigência do Fisco. Sustenta, em síntese: 1.º) a inexistência, em outubro de 1969, quando da importação da máquina, de lei estadual que incluísse sôbre a área de incidência do Impôsto, sôbre Circulação de Mercadorias, a entrada de mercadoria legalmente importada do exterior; 2.º) a inaplicação ao caso concreto da norma geral de direito tributário, estabelecida no art. 1.º, II, do Decreto-lei Federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, que, a par da saída, incluiu como fato gerador do tributo a entrada de mercadoria importada do exterior, Inaplicação porque: a) o art. 3.º da Lei Estadual n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1966, não considera mercadoria a máquina importada por produtor, para a aplicação no respectivo estabelecimento; b) o Decreto-lei Federal n.º 406 não tem aplicação automática e cogente relativamente aos Estados, por isso que contém normas gerais de direito financeiro.

Em suas informações, a autoridade apontada como coatora defende a legalidade da tributação, alegando, em resumo: 1.º) que é privativa da União a atribuição de legislar sôbre a definição de fatos geradores do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias, porquanto, se fôsse relegada aos estados essa definição, freqüentes seriam os conflitos de competência entre as unidades da Federação, (art. 18, § 1.º, da Constituição da República; 2.º) que o Decreto-lei Federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, por fôrça do Ato Institucional n.º 5, tem efeito e valor idênticos ao de lei complementar, dirimindo conflitos de competência entre os Estados e entre êstes e os Municípios, de sorte que é cogente e auto-aplicável, inclusive quando estabelece, como fato gerador do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias, a entrada, em estabelecimento comercial, industrial, ou produtor, de máquina importada do exterior pelo titular do estabelecimento; 3.º) que, reconhecida assim a auto-aplicabilidade do referido diploma, satisfeitos estão os cânones clássicos da legalidade e da anualidade dos impostos, eis que os seus preceitos passaram a vigorar a 1.º de janeiro de 1969 (art. 14), cobrindo a entrada, no estabelecimento produtor do impetrante, da máquina por êle importada em operação realizada em outubro do mencionado ano de 1969; 4.º) que o art. 3.º da lei estadual n.º 5.373, de 27.12.1966, não colide com o Decreto-lei Federal n.º 406, de 1968, pôsto que a definição de mercadoria, para fins fiscais, feita pelo primeiro, exclui apenas aquelas mercadorias aplicadas à instalação ou funcionamento do estabelecimento. constituintes normais do ativo fixo, sem abranger o ato anterior da entrada; 5.º) que o entendimento em contrário da existência de colisão entre os dos diplomas não favorece o impetrante, visto que então o Decreto-lei Federal n.º 406, de 1968, teria revogado o art. 3.º da Lei Estadual 5.373, de 1966.

Com as informações afinam o parecer do Ministério Público de 1a. instância e a sentença que denegou o mandado de segurança, revogando a liminar que havia sido concedida.

Salienta a sentença que o Decreto-lei n.º 406 é de auto-aplicação integral e que seria absolutamente supérflua a legislação estadual complementar, pôsto que a definição normativa dos fatos geradores do Impôsto de Circulação de Mercadorias constitui atribuição da União, em face dos conflitos que poderiam advir se ficasse na órbita dos estados. De outro lado, a decisão de 1a. instância considera evidente que o estatuído no art. 3.º da Lei estadual n.º 5.373, por constituir favor fiscal, restou derrogado pelo que se inseriu no Decreto-lei n.º 406, no que diz respeito ao conceito de mercadoria. Aliás, continua a sentença — o legislador federal expressamente estabeleceu os quatro casos de isenção do ICM. Na hipótese de entrada de mercadoria estrangeira no estabelecimento do importador ou arrematante, e nenhum dêles favorece ao impetrante.

Inconformado, o vencido interpôs agravo de petição, em que reedita os argumentos da inicial e reproduz passagens de anterior sentença do mesmo magistrado que prolatou a decisão recorrida, sentença essa favorável à não-incidência do ICM sôbre a entrada de mercadorias estrangeiras no estabelecimento do produtor.

Contra-arrazoou o representante do Estado, pedindo o desprovimento do recurso. E foi êsse o pronunciamento do Dr. Procurador da Justiça nesta instância.

É o relatório.

V O T O

DES. PEDRO SOARES MUÑOZ — O Decreto-lei Federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, em seu art. 1.º, estabelece que o impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador: II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do estabelecimento.

Quando da entrada, no estabelecimento rural do impetrante, realizada em outubro de 1969 (fls. 2), da máquina colhedeira, por êle importada da Argentina, já se achava em vigor o men-

cionado Decreto-lei n.º 406. Sua auto-aplicabilidade e cogência, independentemente de lei complementar dos Estados, decorre da circustância de ser da atribuição da União, "ex vi" do art. 18, § 1.º, da Constituição da República, estabelecer, através de lei complementar, normas gerais de direito tributário, tendentes a evitar os conflitos de competência entre os Estados, nas quais normas se inclui a definição dos fatos geradores do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias, fatos êsses que interessam a tôdas as unidades da Federação e devem ser os mesmos em relação a tôdas elas, sob pena de frustrar-se o fim do dispositivo constitucional.

Essa é, consoante se vê de pessagem reproduzida na sentença recorrida, a orientação autorizada de Aliomar Baleeiro, exposta em seu livro intitulado "Direito Tributário", que também tenho por conveniente reproduzir. Escreve o mestre: "Por fôrça do Decreto-lei n.º 406, a mercadoria estrangeira ficará sujeita ao ICM quando entrar no estabelecimento comercial, industrial ou produtor de quem importou. Vale dizer, quando importada por negociante, industrial ou produtor de qualquer natureza, excetuados os casos especificados nos incisos IV, V, VI e VII do § 4.º do art. 1.º do mesmo diploma. O ICM atinge tanto o importador pròpriamente dito quanto o arrematante ou adquirente da mercadoria estrangeira apreendida". (ob. cit., pág. 200)

Tenho, destarte, por afastado o primeiro argumento em que se funda o mandado de segurança.

Quanto ao segundo argumento, arrimado no art. 3.º da Lei Estadual n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1966, também o rejeito.

Em verdade, o aludido dispositivo prescreve que não se consideram mercadorias as máquinas, veículos, móveis, utensílios e outros bens aplicados à instalação ou ao funcionamento do estabelecimento, constituintes normais do ativo fixo. Mas, das duas uma: ou a regra não alcança a entrada de máquinas, etc., no estabelecimento do importador, ou cobre essa operação. Verdadeira que seja a primeira alternativa, (a de que não alcança a entrada) e nenhuma aplicação terá ao caso "sub judice" a invocada norma legal; prevalente que seja a segunda, o art. 3.º da Lei Estadual n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1966, estará superado pelo Decreto-lei Federal n.º 406, que tem fôrça de lei complementar e é cogente no que diz respeito ao fato gerador dos impostos.

Apesar das duas alternativas dêsse dilema não aproveitarem ao impetrante, adoto a primeira. Estou em que a definição de

mercadoria constante do art. 3.º, da Lei n.º 5.373, não se aplica à hipótese de entrada no estabelecimento de máquina importada pelo produtor. Sou levado a essa conclusão pela interpretação gramatical e pela interpretação sistemática da lei em referência. Pela interpretação gramatical, verifica-se que o favor fiscal pressupõe a aplicação da máquina ao ativo fixo da emprêsa, da qual a sua entrada constitui operação anterior e distinta. Pela interpretação sistemática, conclui-se que, não erigindo a Lei n.º 5.373 a entrada de mercadoria importada como fato gerador do ICM, razão não havia para criar caso de não-incidência em relação às máquinas, veículos, móveis, etc.

Ante o exposto, muito embora tenha apreciado o real valor do trabalho do ilustre advogado e especialista em DIREITO TRIBUTÁRIO, que patrocina os interêsses do imperante, nego provimento ao agravo de petição para confirmar a sentença denegatória do mandado de segurança.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — Também nego provimento. Embora reconhecendo o brilhante trabalho desenvolvido pelo nobre advogado que sustentou da tribuna o ponto de vista do impetrante, entendo que o Decreto-lei n.º 406 tem aplicação. É norma legal auto-aplicável, prescindindo de qualquer regulamentação, já que a matéria atinente a êsse tributo, como a outros mais, consta do elenco constitucional em que a União está capacitada para dispor a respeito de maneira uniforme para todo o País.

Assim já estava na Constituição de 1967, como foi mantido na Constituição de 1969, e o Decreto-lei n.º 406, que vigorou a partir de 1.º de janeiro daquele ano, desde o momento que teve vigência, essa vigência se estendeu a todo o território nacional. O próprio espírito dêsse diploma legal, como das normas constitucionais precedentes, não era no sentido de possibilitar a proliferação das facilidades fiscais pelos vários Estados da Federação. Pelo contrário, o intuito foi o de dificultar ao máximo, de sorte a evitar êsses conflitos interestaduais, essas guerras fiscais de um Estado contra outro, tanto que se exigiu sempre para certos casos o convênio e o convênio precisava da aprovação dos vários Estados. No caso não há mais suporte legal para a pretendida isenção.

Assim acompanho o voto de V. Exa.

O DES. BONORINO BUTTELLI — Também acompanho o voto de V. Exa. Tenho que o Decreto-lei n.º 406 é cogente em

matéria de conceituação do fato gerador e, assim, nada tenho a aduzir, embora apreciando o trabalho produzido pelo procurador do impetrante. Acompanho o voto de V. Exa. com as considerações do Des. Paulo Boeckel Velloso.

O PRESIDENTE DES. PEDRO SOARES MUÑOZ — A decisão é a seguinte: "Negaram provimento ao agravo de petição".

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 16.081 — Primeira Câmara Cível — Pôrto Alegre

Impôsto de circulação de mercadorias. Máquinas agrícolas importadas do exterior. Entrada em estabelecimento agrícola. Incidência. Decreto-lei Federal n.º 406, de 31 de dezembro de 1968. Sua auto-aplicabilidade. Segurança denegada. Sentença confirmada. Voto vencido.

A. I. S. A. - A. I. C., autora; P. P., A. D. S., S. L. F. e outros, como litisconsortes, agravantes — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, agravado.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Primeira Câmara Cível, por maioria de votos, vencido o Presidente, de conformidade com as notas taquigráficas anexas, negar provimento ao agravo de petição, a fim de manter, pelos seus fundamentos, a sentença do MM. Juiz de Direito da 2a. Vara da Fazenda Pública, desta Capital, que denegou o Mandado de Segurança impetrado por A. I. S. A. — A. I. C. com o litisconsórcio de P. P., A. D. S. e outros, contra a decisão administrativa que os condenou ao pagamento do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias correspondente à entrada, nos estabelecimentos rurais da impetrante e litisconsortes, de máquinas agrícolas importadas do exterior.

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Dr. José Barison, Juiz de Direito Substituto de Desembargador.

Pôrto Alegre, 22 de junho de 1971.

Paulo Barbosa Lessa
Presidente e Relator,

vencido, pelos fundamentos que constam das notas taquigráficas anexas.

Bonorino Buttelli
Relator designado

R E L A T Ó R I O

DES. PAULO BARBOSA LESSA — Eminentes integrantes da Câmara, Dr. Procurador da Justiça.

Êste feito refere-se a mandado de segurança impetrado por A. I. S. A. — A. I. C., contra ato dito ilegal do Sr. Inspetor Geral do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias.

A posição do impetrante foi, depois, cumulada com a de vários outros, que intervieram no processo na condição de litisconsortes.

O motivo da impetração é idêntico em todos os casos.

Os impetrantes, devidamente qualificados e representados, ingressaram em juízo com o presente mandado de segurança em caráter preventivo, contra ato do Sr. Inspetor Geral do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias que, segundo a requerente inicial, significa violência à norma legal vigente, ferindo, "ipso facto", direito líquido e certo seu.

Refere, em síntese, que se dedica à exploração agro-pecuária, em terras próprias, no município de Condor, e que, em face dessa atividade, promoveu a importação de uma colheitadeira automotriz, importação esta que o Fisco entende ser tributável pelo ICM.

Sustenta a requerente a ilegalidade do posicionamento fiscal pois nos têrmos da Lei estadual n.º 5.373, art. 3.º, a máquina em referência não é considerada mercadoria, já que destinada a constituir o ativo fixo da impetrante.

Manifesta que não há incompatibilidade entre o Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, e o referido diploma legal

estadual, sustentando que aquêle decreto-lei constitui apenas uma norma de direito financeiro, não criando obrigação tributária ao contribuinte. Aduz a necessidade de lei estadual específica para a obrigação tributária em referência.

A liminar foi concedida e a autoridade prestou os informes de estilo, referindo que dentro da nova sistemática tributária implantada no País, e levando em conta principalmente o Decreto-lei n.º 406, a entrada de mercadoria importada do exterior é tributável pelo ICM ,ressalvados apenas os casos de isenção previstos no mesmo diploma. Manifesta que a máquina é mercadoria e que o sentido do art. 3.º da Lei n.º 5.373 não é aquêle sustentado no petitório inicial. A autoridade trouxe também considerações de ordem econômica, buscando mostrar inexatidão da tese demonstrada pelo impetrante.

No curso do procedimento, foram admitidos como litisconsortes P. P. e outros, H. L. A. e outros, aos quais foram estendidos os efeitos da liminar outorgada pelo magistrado.

O Ministério Público opinou no sentido de ser denegada a segurança e o Dr. Juiz de Direito denegou o mandado, em sentença que está a fls. 151 e que passo a ler. (Lê)

Dessa sentença foi interposto recurso por todos os interessados, em que se analisam, mais uma vez, todos êsses problemas e se pede seja concedida a segurança.

O agravo foi recebido. Foi contraditado pelo Estado, que voltou a falar ligeiramente a respeito do problema.

Os autos subiram e foram com vista ao Dr. Procurador da Justiça junto a esta Câmara, então o Dr. Nuno Carpena de Menezes, que se manifestou pela confirmação da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

V O T O

DES. PAULO BARBOSA LESSA — Passo a dar o meu voto.

Desejo de início ressaltar dois elementos que estão presentes neste feito.

Em primeiro lugar, desejo pôr em destaque a dificuldade da matéria. É um problema, no meu entender, extremamente difícil, êste que é trazido a exame nesta sessão. Em primeiro lugar, porque a legislação atinente a êste ponto tem variado bastante nos últimos tempos e assim, quase que caleidoscòpicamente, basta pender-se a atenção para um ou outro ponto para que as configurações mudem completamente. Daí existirem essas posições diversas que

estão sendo tomadas pelos tribunais, pelas câmaras do mesmo tribunal e até pelo seus juízes integrantes, que têm mudado de posições. Devo relevar que a linha de evolução no ponto de vista jurisprudencial, parece acentuar-se no sentido de uma tributação da operação.

Em segundo lugar, desejaria ressaltar mais uma vez o brilho do trabalho dos profissionais que sustentam as duas teses neste processo, tanto o procurador dos impetrantes como os representantes do Estado, que, com tôda a lisura e com tôda elegância, procuraram examinar o intrincado das teses que estão submetidas a julgamento.

Isto pôsto, em face do minucioso relatório que fiz, resta-me pràticamente apenas tomar posição no problema, já que ainda não votei a respeito.

Fixo-me fundamentalmente no seguinte: o Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias atualmente, em face da lei federal — ou se se quiser da lei nacional, para usar o têrmo de Aliomar Baleeiro — incide sôbre importação de bens de capital para uso próprio do importador? Esta é, a meu ver, a pergunta inicial, a tese inicial que é colocada pelo impetrante.

Já se viu que a esta pergunta foram dadas várias respostas e tenho para mim que não há essa incidência. Para mim esta operação que fizeram os impetrantes não é atingida pela lei federal.

Notou-se em vários julgados que a legislação variou bastante a respeito. Inicialmente, o Ato Complementar n.º 34, de 30 de janeiro de 1967, falou na entrada de mercadorias estrangeiras, como passível de sofrer a incidência do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias. Logo depois o Ato Complementar n.º 36, de 11 de março de 1967, revogou êste inciso II, do art. 52, que havia sido alterado pelo anterior ato complementar referido e passou a não haver incidência nenhuma do ICM sôbre a entrada de bens importados em geral.

O Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, que restaurou a incidência do ICM sôbre mercadorias importadas e, finalmente, a Lei Complementar n.º 4, de 2 de dezembro de 1969, também se refere a êsses problemas, procurando dirimir algumas controvérsias que continuavam aparecendo e terminando por salientar, em seu art. 4.º, o que bem mostra as grandes dificuldades que o problema havia suscitado, dizendo: "Não serão aplicadas as penalidades aos contribuintes do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias por infrações praticadas entre 1.º de janeiro de 1969 e 31 de dezembro do mesmo ano, relativas às en-

tradas e saídas dos bens de capital de origem estrangeira que tenham importado".

Êste artigo 4.º é o reconhecimento do próprio legislador, pelo menos das dificuldades imensas que o tema trazia na prática e da boa-fé que porventura existia nas várias interpretações a respeito do problema, eis que a legislação havia variado bastante.

Uma vez salientado êste fato, volto ao exame da tese inicial.

Tenho para mim, afinando com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na espécie, que não há nenhuma contradição, nenhum choque entre a norma do Decreto-lei n.º 406, de 1968, e a regra contida na legislação estadual, a Lei Estadual n.º 5373, de 1966.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal tem colocado a tônica da incidência do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias na habitualidade da operação.

Há duas aplicações dêsse preceito. Uma delas está naquela figura que foi lembrada pelos impetrantes e que consta da Súmula n.º 541. Através dessa súmula, o Supremo tem entendido que o Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias não incide sôbre a venda ocasional de veículos usados, que não se insere na atividade profissional do vendedor e não é realizada com o fim de lucro. Não obstante a formulação, no Código Tributário Nacional, do fato gerador do Impôsto de Circulação de Mercadorias, aplica-se-lhe a orientação dominante no Supremo Tribunal Federal, em relação ao antigo Impôsto de Vendas e Consignações. Em acórdão recente — acórdão de 10 de novembro de 1969 — o eminente Ministro Eloi da Rocha isso assinalava, em julgamento do mesmo teor que está publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 53, pág. 191, dizendo o seguinte: "O ato não se insere na atividade profissional do vendedor. A recorrida emprêsa construtora, de construção civil, por não precisar mais de veículos e acessórios, os vendeu, sem que essa operação fizesse parte do seu negócio. Não há a habitualidade da operação, não se caracteriza a saída de mercadorias, que supõe o caráter comercial da operação."

De maneira que, nesta súmula, o egrégio Supremo Tribunal Federal entende que a saída de mercadorias, tributável, supõe o caráter comercial da operação. Entende que êste preceito que valia para o Impôsto de Vendas e Consignações continua valendo para o Impôsto de Circulação de Mercadorias.

O outro ponto em que o Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado é na análise do Ato Complementar n.º 36, a respeito da tributação ou não pelo ICM, incidente sôbre a revenda de

máquinas promovida pelo comerciante importador. Aquela disposição — o Estado assim entendia — só seria aplicável nas vendas em que os respectivos adquirentes viessem a utilizar as máquinas na prestação de serviços a terceiros.

O Tribunal Supremo entendeu que não, que haveria também a extensão dos benefícios do Ato Complementar n.º 36 quanto a máquinas de escrever e de cálculos, importadas, quer se destinassem a prestação de serviços a terceiros ou mesmo para uso próprio do comprador. Neste caso, não haveria a incidência, também do ICM.

Em ambas as hipóteses, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda recentemente repetida, tem a mesma base. A súmula continua viva — a última decisão que conheço está publicada na Revista Trimestral de Jurisprudência, vol 54, pág. 761, onde há um acórdão da 2a. turma, no Recurso Extraordinário n.º 68.353, decisão de 25.9.70. Ali se diz que continua em vigor a mesma Súmula. O eminente Relator, no caso o Ministro Bilac Pinto, sustenta a mesma tese, dizendo-a pacífica ainda hoje no Supremo Tribunal Federal, a de que, sem a habitualidade da operação, sem a vinculação a uma atividade de circulação de mercadoria, não há incidência do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias

Êste é o ponto de partida que utilizo no meu voto.

Entre as várias interpretações que se têm dado a êste conjunto de leis, fico com esta que vem merecendo a continuada preferência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, condicionando a incidência do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias a uma efetiva circulação dessa mercadoria.

No caso não vejo a alegada circulação de mercadoria. Há uma operação que é a importação, que está já onerada com a incidência do Impôsto de Importação.

Nestes casos não há mais nenhuma circulação, nenhum ato. O bem importado ficou paralisado desde logo. Não circulou dentro do território nacional. Não havendo a circulação, não havendo qualquer habitualidade naquela operação, não há a incidência do impôsto.

Fico com a lição que é reproduzida em acórdão do Tribunal Paulista, que está no vol. 418, pág. 227 e seguintes da Revista dos Tribunais.

A lição é do eminente Professor Rui Barbosa Nogueira que diz o seguinte: "Em importação direta para uso próprio não existe qualquer circulação mercantil. Por isto não pode a Lei determinar que nestes casos o impôsto seja devido por ocasião da en-

trada da mercadoria no estabelecimento, porque esta entrada não caracteriza qualquer momento de fato gerador ocorrido ou a ocorrer.

O que se verifica é apenas uma importação de mercadoria estrangeira, pressuposto de fato que é de competência impositiva e privativa da União. Basta verificarmos que, se uma mercadoria é importada para revenda, quando esta se efetiva, ocorre a circulação mercantil. Nestes casos pode estabelecer a lei que o impôsto seja pago no momento ou por ocasião da entrada da mercadoria, pois o impôsto está sendo recolhido em contemplação a uma circulação mercantil. Mas cobrar o ICM, sob o fundamento único de que houve importação, é simplesmente estabelecer uma bitributação inconstitucional.

A entrada de mercadoria importada do Exterior em um estabelecimento só poderá ser o momento da ocorrência do fato gerador do ICM, se essa mercadoria entrar para comercialização. Importada uma mercadoria para uso próprio ou para integrar o ativo fixo, só poderá pagar Impôsto de Importação e Impôsto sôbre Produtos Industrializados."

A tese que me parece correta, "data venia" das opiniões em contrário, extremamente respeitáveis, é essa que se contém na lição do eminente Professor Rui Barbosa Nogueira.

O que a lei realmente previu nesse artigo foi a incidência do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias, na contemplação de uma circulação que se vai efetivar. Mas quando desde logo se positive — e sôbre isso não há discussão nenhuma nestes autos — que a mercadoria não vai circular, nessa hipótese o que há é um caso de não-incidência. O ICM não incide sôbre a hipótese e por isso não há choque nenhum entre os dispositivos do Decreto-lei n.º 406/68 e a Lei estadual n.º 5.373/66, porque estão dispondo sôbre duas hipóteses diversas.

Confesso que a minha construção parecia esbarrar com o texto do art. 3.º da Lei complementar n.º 4.

Mas, "data venia", não há o choque. O que se previu no art. 3.º da Lei complementar n.º 4 foi a hipótese de importação com isenção, porquanto incidiria então (está previsto no artigo) o art. 1.º, VI. Haveria entrada de mercadoria isenta de impôsto da competência da União sôbre a importação de produto estrangeiro. A União teria, na hipótese que se está imaginando, isentado do impôsto de importação essa entrada. Então, ela evidentemente estaria isenta do ICM. Se se tratasse de bem de capital, um bem que fôsse integrar o capital de alguém, aí vem a disposição em tela. Não se diz que são os bens do importador. Se

há importação de determinado bem que vai ser considerado bem de capital, porque é instrumento, máquina ou aparelho empregado na produção agrícola ou industrial ou de prestação de serviços — essa importação pode ser feita com isenção ou sem isenção. Se fôr feita com isenção, só haverá a incidência do impôsto sôbre circulação de mercadorias quando o importador, que tiver importado com isenção, fizer a venda. Nesta venda que êle faz, o que vai ser utilizado como bem de capital sofrerá a incidência do ICM. A incidência será sôbre a diferença entre o valor da saída da mercadoria do estabelecimento e o valor de custo, sôbre o qual não houve incidência. Neste caso a disposição está vazada nos mesmos têrmos do art. 1.º do Ato complementar n.º 36, que teve, há pouco, a sua interpretação nesse sentido dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. De maneira que não vejo, e continuo não vendo, a impossibilidade de dar-se a solução alvitrada à matéria, em face da disposição que se contém no art. 3.º, da Lei Complementar n.º 4. A meu ver êle não colide com a interpretação que acabo de dar.

Entendo que deve haver uma circulação de mercadoria para que haja incidência do Impôsto de Circulação de Mercadorias e que sem a circulação da mercadoria não há incidência de impôsto. No caso não houve a circulação. Não tendo havido circulação, o caso é de não-incidência. Sôbre esta operação não pode incidir Impôsto de Circulação de Mercadorias, a teor da lei federal. A lei estadual, que apenas explicitou, que disse o que era óbvio — e que para mim continua sendo óbvio, — é perfeitamente válida. As duas são válidas e harmonizam-se perfeitamente.

Apenas em homenagem ao brilhantismo com que o tema foi tratado e à importância que tem, feita a análise de destinação da norma, tenho para mim que a interpretação a longo prazo que se dá sôbre o interêsse econômico tutelado é, e principalmente no caso do Rio Grande do Sul, a formulada pelos impetrantes.

Entendo que o interêsse econômico do Estado do Rio Grande do Sul não fica lesado em hipótese alguma com essa interpretação que acabo de dar. A longo prazo lhe é extraordinàriamente valiosa. Permitindo a importação de máquinas e implementos agrícolas e industriais para que se aumente a produção, longe de sair prejudicado, será no futuro largamente beneficiado.

Tenho para mim que o interêsse do Estado e o interêsse da Nação são o de que essas máquinas não sofram a tributação ora exigida.

A afirmativa de que o comércio importador seria prejudicado é problema que foge à competência e à contemplação tributária do Estado-membro. Aí há problema de ordem federal. Êsse problema é resolvido, não através da incidência ou não do Impôsto de Circulação de Mercadorias, mas sim do Impôsto de Importação: é naquele momento tributário que se tem em vista a tutela ou não similar do existente ou não no País. Ao examinar-se o problema da importação, examina-se a relação entre a produção nacional industrial e a produção estrangeira e se dá a imunidade ou não se dá. Essa imunidade acarreta, desde logo, imunidade para os bens importados. De maneira que os interêsses do importador e o da indústria nacional são levados em conta nesse momento. É através da tarifa cobrada ou não que se vai fazer a tutela da indústria nacional similar e se vai valorizar o interêsse do comércio importador.

Êste problema de importação e exportação é problema, "data venia", federal. O Estado-membro não tem nada a ver com o problema e não deve ter nada a ver com o mesmo. É um dos problemas em que as regiões do País ainda não se deram conta da extensão e da incidência econômica nacionais que possui. Tenho para mim que tudo quanto se refira à importação e à exportação tem a ver com a legislação nacional, com Govêno Federal. De maneira que saber se o comércio importador sai prejudicado ou não é tarefa não da legislação estadual, e sim da legislação federal. É sabido que a correlação entre importação e exportação é enorme. Se passarmos só a exportar e não importarmos, também os outros países não importam de nós. No ano passado o Govêrno Federal teve que facilitar a importação, insistir para que se importasse porque os países compradores do Brasil estavam-se retraindo. Nós não podemos exportar, sem importar.

Os dois lados da moeda mantêm uma relação econômica muito íntima. Nesta matéria, hoje todos aceitamos que o problema relativo à exportação é problema de ordem nacional. O problema da importação também o é. Se a lei não deve ser interpretada contra a sua destinação social, tendo para mim que em Estado como o nosso, que não é um Estado industrial e quase não produz máquinas, não consigo ver em que saia prejudicada a economia estadual com a não incidência do impôsto. Entendo que, pelo contrário, um dos meios de ser instalada a indústria em nosso Estado é não onerar os bens importados de capital. Não havendo circulação, não sendo êles destinados à circulação, não vejo como incida o impôsto. E não vejo razão social de incidir.

Acho que o paralelo que se faça entre a saída e a entrada da mercadoria é lógico. Se o Supremo Tribunal entende que na saída da mercadoria do estabelecimento não incide o ICM quando não haja habitualidade, não esteja ligada à exploração econômica, é que não há, portanto, no sentido da lei, circulação de mercadoria. A mesma razão há na entrada. Êste produto só é tributável pelo ICM quando haja efetivamente a circulação ou quando ela vá haver. Quando não há e nem vai haver, "data venia", não pode caber incidência do impôsto.

Tenho, portanto, que a hipótese sub judice é de não incidência, e julgo prejudicados os demais temas da discussão.

O meu voto, portanto, pedindo respeitosa vênia aos votos que neste Tribunal já se têm lançado em contrário, é no sentido de par provimento ao agravo para julgar que não incide a lei federal disciplinadora do ICM na operação mediante a qual o importador, diretamente e para seu próprio uso, sem qualquer intenção e sem qualquer realidade de circulação de mercadoria no território nacional, tenha feito esta importação.

O meu voto é no sentido de conceder o mandado de segurança, dando provimento, assim ao recurso interposto.

O DES. BONORINO BUTTELLI — Sr. Presidente. O minucioso e brilhante voto de V. Exa. examina todos os aspectos da matéria, destacando de resto a dificuldade do tema, dificuldade que enfrentei realmente em duas oportunidades.

No primeiro julgamento de que participei, integrando a 2a. Câmara Cível, acompanhei a concessão da segurança. Embora não feito o apanhado taquigráfico do meu voto, naquela oportunidade, parece que teria levado em conta o fato de que a importação fôra anterior ao Decreto-lei n.º 406. Mas ainda que assim não fôsse, valeria a mudança de voto, no segundo julgamento de que participei, integrando eventualmente a egrégia 3a. Câmara Cível. E nesta oportunidade mantenho-me fiel à posição que tomei no julgamento da 3a. Câmara Cível, no Agravo de Petição n.º 16.082, de que foi Relator o eminente Des. Pedro Soares Muñoz, assim ementado o acórdão: "Cogência e autoaplicabilidade do Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968. Entrada em estabelecimento agrícola de máquinas importadas da Argentina. Incidência do ICM".

Reporto-me, Sr. Presidente, nesta oportunidade, ao voto do eminente Des. Pedro Soares Muñoz, que tive a honra de acompanhar, ainda que me confesse, no momento, impressionado pelos argumentos de V. Exa. Mas, com a devida vênia, acolho os do Estado e que encontraram também ressonância no julgado a que me referi, do Agravo de Petição n.º 16.082.

Com referência à pretendida inconstitucionalidade do Decreto-lei Federal n.º 406, V. Exa, já demonstrou que não é de se acolher.

Quanto à conclusão de não incidência do ICM sôbre a entrada de mercadoria importada, entendo que o Decreto-lei n.º 406 é cogente na conceituação de nôvo fato gerador: a entrada da mercadoria importada, ainda que por titular de estabelecimento industrial ou produtor. Não há necessidade de norma receptiva do Estado para a incidência que por aquêle dispositivo se estabeleceu.

No que respeita à alegação fundada no art 3.º da Lei Estadual n.º 5.373, permito-me ler, do voto do Des. Pedro Soares Muñoz, a seguinte passagem: "Em verdade o aludido dispositivo prescreve que não se consideram mercadorias as máquinas, veículos, utensílios e outros bens aplicados à instalação ou ao funcionamento dos estabelecimentos, constituintes normais do ativo fixo", aduzindo que das duas uma: ou a regra não alcança a entrada de máquinas no estabelecimento do importador ou cobre essa operação. Verdadeira que seja a primeira alternativa, a de que não alcança a entrada, e nenhuma aplicação terá ao caso "sub judice" a invocada norma legal. Prevalente que seja a segunda, o art. 3.º da Lei Estadual n.º 5.373 estará superado pelo Decreto-lei n.º 406, que tem fôrça de lei complementar e é cogente no que diz respeito ao fato gerador dos impôstos".

Finalmente, destaco do voto do eminente Des. Pedro Soares Muñoz: "Pela interpretação gramatical verifica-se que o favor fiscal pressupõe a aplicação da máquina ao ativo fixo da emprêsa, da qual a sua entrada constitui operação anterior e distinta. Pela interpretação sistemática conclui-se que, não erigindo a Lei n.º 5.373 a entrada de mercadoria importada como fato gerador do ICM, razão não havia para criar caso de não incidência em relação às máquinas".

De sorte, Sr. Presidente, que, na forma do que foi julgado no Agravo de Petição n.º 16.082, quando acompanhei o voto do eminente Relator, nego provimento ao recurso, para manter a sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos, pedindo a mais respeitosa vênia a V. Exa. e reconhecendo que no brilhante e minucioso voto de V. Exa. foram destacados pontos de real importância

A matéria é realmente muito difícil, mas ainda assim mantenho-me fiel ao julgado da egrégia 3a. Câmara Cível dêste Tribunal, a que ora me reporto (Agravo de Petição n.º 16.082).

É o meu voto.

O DR. JOSÉ BARISON — Pareceu-me Sr. Presidente, que houve, pelos impetrantes, uma alegação de inconstitucionalidade do decr. n.º 406. Não vejo tal inconstitucionalidade, em face da competência constitucional atribuída ao Executivo para legislar sôbre matéria de direito tributário.

Da dificuldade do julgamento já disse V. Exa. e repetiu o ilustre Des. Bonorino Buttelli e, com maior razão, sinto-a eu.

Os julgados dos tribunais, em ambos os sentidos, acolhendo e não acolhendo a tese dos impetrantes, é o maior exemplo de que o problema é controvertido.

Apreciei e ouvi com atenção o minucioso e brilhante relatório e voto de V. Exa., procurando distinguir os aspectos e mesmo pondo em relêvo os pontos de divergência.

Da discussão e do voto, e "data venia" do brilhantismo com que foi exposto e votado por V. Exa., entendo, e me convenci, de que o Decreto n.º 406 é cogente em face da natureza do impôsto, que é federal, e regula de maneira uniforme a aplicação em todo o território nacional, a incidência do ICM.

Em assim sendo, estabeleceu nôvo critério para a sua incidência, destacando o Des Revisor que criou mesmo um nôvo fato gerador do Impôsto sôbre Circulação de Mercadorias.

Fico, portanto, com a interpretação por êle dada, já repisando e repetindo voto proferido no Agravo de Petição n.º 16.082, que teve oportunidade de acompanhar como membro eventual da 3a. Câmara Cível.

Nessas condições, "data venia" da exposição que — repito — brilhante de V. Exa., acompanho o voto do Des. Revisor.

O SR. PRESIDENTE (DES. PAULO BARBOSA LESSA) — Agravo de Petição n.º 16.081, de Pôrto Alegre — Negaram provimento por maioria, vencido o Presidente.

Lavrará o acórdão o Des. Bonorino Buttelli.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 15.927 — Quarta Câmara Cível — Pôrto Alegre

A apreciação judiciária dos resultados dos concursos para provimento dos cargos públicos limita-se ao aspecto da legalidade da constituição das comissões examinadoras e dos critérios adotados para julgamento e classificação dos candidatos.

Confirma-se, por sua conclusão, a sentença que julgou improcedente a ação, sem se ater à limitação acima enunciada.

J. A., apelante — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, apelado.

ACÓRDÃO

Acordam, em 4a. Câmara Cível, por unanimidade de votos, negar provimento à apelação de J. A., pela qual impugna a sentença do meritíssimo Dr. Juiz de Direito da 1a. vara da Fazenda Pública de Pôrto Alegre, que julgou improcedente a ação ordinária, movida pelo apelante, contra o Estado do Rio Grande do Sul. Custas na forma da lei.

1. O apelante prestou concurso para preenchimento do cargo de fiscal do impôsto de vendas e consignações. Realizadas as provas, alcançou a média 58,62 — insuficiente para a aprovação. Essa média já resultou da elevação de notas, feita pela própria Comissão Examinadora, e referente às provas de Português e Contabilidade. Mas, como seria necessário, para a aprovação, a média igual ou superior a 60,00, o apelante ajuizou a presente ação, pretendendo que o Judiciário proceda à revisão. Ataca, êle, as notas atribuídas a uma questão de Direito Fiscal, a uma questão de Português e a duas questões de Matemática. Sustenta que foi injusto o julgamento da Comissão Examinadora, pelos seguintes motivos: a) O resultado, que apresentou, relativamente à 6a. questão de Direito Fiscal, está certo, não merecendo a nota zero; b) A 1a. questão de Português merece nota maior do que aquela atribuída pela Comissão; c) Como certas devem ser consideradas as respostas dadas à 2a. e à 5a. questões de Matemática. Embasa-se, a ação, nos artigos 15 e 159 do Cód. Civil. O Estado contestou, sustentando que a Comissão Examinadora adotou critérios válidos, aceitáveis, os quais estão sobranceiros ao reexame do Judiciário. Ouviram-se alguns dos integrantes da Comissão Examinadora. O magistrado apreciou a espécie, segundo ela foi posta, na inicial, pois conferiu as respostas dadas pelo candidato, concluindo ter sido correta a orientação adotada pela comissão Examinadora, e justas as notas, já referidas. Apelou o vencido, reeditando suas alegações.

2. Confirma-se o decisório de primeiro grau, apenas por sua conclusão. Hely Lopes Meirelles, dissertando sôbre a apreciação judiciária dos resultados dos concursos para provimento de cargo público, ensina que essa apreciação é limitada ao aspecto da legalidade da constituição das bancas examinadoras, e dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos ("Direito Administrativo Brasileiro", 1966, p. 364). A pretensão do apelante não se contém dentro dêsse limite, pois, como já se percebeu do relatório, recém desenvolvido, êle não ataca a legalidade da constituição da Comissão Examinadora, nem a legalidade dos critérios adotados para o julgamento das provas e classificação dos candidatos. O que êle alega, simplesmente, é que quatro questões, constantes das provas, merecem notas superiores àquelas que a Comissão Examinadora entendeu adequadas. A sentença apelada não se fixou no exame da espécie, sob êste aspecto. Fica, a mesma, confirmada, mas por fundamento diferente. Como a inconformidade do autor, com o ato administrativo do julgamento do concurso, está fora daquele limite, já indicado, não há como vingar sua pretensão, da qual, em real verdade, é carecedor. É vedado, ao Judiciário, a apreciação do concurso em si. A competência dêste Poder restringe-se ao exame da legalidade, e nunca da justiça ou injustiça da decisão das bancas examinadoras. Isto é matéria do mérito do ato administrativo. As Comissões Examinadoras julgam as provas com discricionaridade técnica. Não se acoima, no caso, de ilegal o critério adotado, senão que apenas se lhe inquina de injusto. Ao Judiciário é defeso o exame dessa alegação, porque, se assim não fôsse, estaria, êste Poder, substituindo a autoridade administrativa, e a êle haveria de caber, sempre e sempre, a tarefa de dar a última palavra, em todos os concursos. Para tanto, bastaria que postulasse um só candidato reprovado.

3. Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. JORGE RIBAS SANTOS.

Pôrto Alegre, 23 de junho de 1971.

Antônio Augusto Uflacker
Presidente

José Dutra
Relator

ÍNDICE

AFORAMENTO (parecer 219/DAJ)
As preferências relativas ao aforamento, estabelecidas na lei, em atenção ao interêsse privado, perdem o sentido, quando, com dito interêsse, concorre a utilidade pública, e só valem em caso de aforamento 148

APOSENTADORIA
— AVERBAÇÃO DE TEMPO FICTO (parecer 1894/CGE)
As vantagens, especialmente a aposentadoria, regulam-se, via de regra, pela lei vigente ao tempo de sua concessão. Revogada a lei que prodigalizava a contagem de tempo ficto, não pode, pelo mesmo princípio, prevalecer êste, quer esteja, ou não, averbado à data da revogação 115
— DO EX-COMBATENTE (parecer 1073/UAJ)
Aplicação do art. 197, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Continuidade da vigência da Legislação ordinária não conflitante com a nova ordem constitucional 129
— PROVENTOS (parecer 1902/CGE)
Vantagens aos servidores da Brigada Militar que participaram das campanhas de 1893, 1923, 1924, 1925, 1926, 1930 e 1932. Ex-Servidor da Brigada Militar que se inativou em cargo público pertencente aos quadros de outra unidade administrativa não faz jus às vantagens da Lei n.º 4.190 199
— PROVENTOS E DIREITO ADQUIRIDO (parecer 1899/CGE)
A "gratificação" decorrente de "convocação automática", no sistema da lei n.º 4.937, ti-

nha a natureza de vencimento. A Lei n.º 6.193 não feriu direito adquirido dos Assessores Administrativos inativados 91
— REGIME DE APOSENTADORIA previsto no art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, em face da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 31

APRECIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO DOS RESULTADOS DOS CONCURSOS PARA PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS (Apelação Cível 15.927, T. J. R. G. S.) 330

ATOS JURÍDICOS NORMATIVOS 19

B. R. D. E. (parecer 1906/CGE)
Inscrição no quadro de associados do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul 283

BRIGADA MILITAR — ver páginas ....115, 194 e 199

CARGO EM COMISSÃO (parecer 1895/CGE)
Seu titular não pode ser convocado para regime especial de trabalho. Interpretação do Ato Complementar nº 52 82

CONCURSO (Apelação Cível 15.927, T. J. R. G. S.)
Concurso de Admissão (1904) 330

CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR (parecer 1895/CGE)
Entre nós, no que tange ao estabelecimento da relação de emprêgo público, a regra é a de que tal relação há de reger-se pelo regime da função pública, só sendo possível gerar-se vínculo em conformidade com os preceitos de direito privado ou sujeito a outro regime especial, quando haja mandamento constitucional que outorgue esta licença 82

CONVÊNIO (parecer 1917/CGE)
Legitimidade da Representação. Necessidade e obrigatoriedade da elaboração do convênio de conformidade com o padrão legal. Aprovação pela Assembléia, se contiver inovações em seu texto 145

Desmembramento (1909) 143

ESCOLA DE POLÍCIA (parecer 1904/CGE)
Matrícula dos candidatos aprovados no concurso de Admissão independentemente do número de vagas .. 123

ESTABILIDADE (parecer 1893/CGE)
A falta de investidura regular, impedindo a formação de vínculo entre a Administração e o servidor, faz com que não possa ser considerado de "serviço público" o período de trabalho prestado pelo último àquela, o qual não pode de conseqüência, ser computado para os efeitos do § 2.º do art. 177 da Constituição Federal de 1.967 184

Estipêndio (1914)
Definição Legal 191

FUNCIONÁRIO — ver páginas ..... 82, 91, 120, 139, 184, 191, 199, 283 e 330
— DE FATO (parecer 1893/CGE)
não faz jus à estabilização excepcional concedida pelo § 2.º do art. 177 da Constituição Federal de 1967 184

GOVERNADOR DO ESTADO — IMPEDIMENTOS
Ausência do território estadual, sem afastamento do país por tempo igual ou inferior a 15 dias. Substituição pelo Vice-Governador 215

Idoneidade Financeira (1911) 77

ICM e A IMPORTAÇÃO PARA O ATIVO FIXO 49

IMPEDIMENTO DO PREFEITO (Parecer 953/DAJ)
sua substituição será feita, "in casu", pelo Vice-Prefeito ou pelo Presidente da Câmara de Vereadores, sucessivamente 104

IMPÔSTO SÔBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS Recurso Extraordinário n.º 70.398; 303
Agravo de Petição n.º 16.081 313
Agravo de Petição n.º 16.082 318

INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA AOS PROVENTOS DA INATIVIDADE (parecer 1912/CGE)

Decorre, diretamente da determinação clara da lei. Impossibilidade de extensão indireta do benefício. Necessidade de provimento legislativo específico. Não ocorrência de vinculação ou equiparação vedadas pela Constituição Estadual 194

INFIDELIDADE PARTIDÁRIA (Parecer 1009/CGE) sòmente se configura na desobediência às "diretrizes legìtimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária" (art. 152, item VIII, parágrafo único, da Constituição Federal) 105

INTERPRETAÇÃO DO ATO COMPLEMENTAR N.º 52 (parecer 1895/CGE) Admissão de pessoal 82

Investidura Irregular na Função Pública (1893) 184

INVERSÃO TUMULTUÁRIA DAS FORMAS PROCESSUAIS (Correição Parcial 16.509) 310

LEI PERACCHI (parecer 1897/CGE)
Sua aplicação aos servidores lotados na Secretaria da Assembléia Legislativa do Estado. Prevalência desta lei sôbre os têrmos da Resolução n.º 678/59, expedida pelo Legislaivo 120

LEI E REGULAMENTO (parecer 28)
O regulamento desenvolve, em tese, princípios formulados pela lei, mas não pode ampliar nem restringir o alcance das normas. Regulamento que se afasta da lei regulamentada é ilegal. Poder Discricionário 249

LICENÇA-PRÊMIO — CONTAGEM DE TEMPO (parecer 1903/CGE)
Inteligência do artigo 162 da Lei n.º 1.751, de ..... 22.2.1952. A licença para tratar de interêsses particulares obsta a formação do decênio, sem o qual não há direito ao benefício, mas não impede nova contagem.. 139

LICITAÇÃO (parecer 1911/CGE)
Sòmente firma (individual ou coletiva) pode participar de concorrência. Se a única proposta existente não satisfaz, a Administração pública pode rejeitá-la, simplemente. Desclassificação por inidoneidade financeira 77

LIMITE DE IDADE (parecer 1146/UAJ)
A idade mínima para ingresso como servidor público, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, é de 12 anos; nada dispondo a lei quanto a idade máxima 135

MUNICÍPIO — ver páginas 77, 111, 143, 145, 205 e 210

MUNICÍPIO NÔVO — BENS (parecer 1909/CGE)
As ações da Petrobrás que a União transferiu, sem ônus, ao Município desfalcado, de conformidade com o disposto no § 3.º do artigo 10 da Lei n.º 2004, de 3 de outubro de 1953, não constituem bens que devam ser repartidos proporcionalmente ao território desmembrado para a formação de nôvo Município. 143

PENSÃO ESPECIAL (parecer 1914/CGE)
Não é considerada estipêndio, para efeito de limite legal das vantagens a serem percebidas pelos servidores do Estado, porque o beneficiário não a recebe em decorrência da condição de servidor público 191

Petrobrás (1909) 143

Preço Público (1905) 210

PRESIDÊNCIA DA CÂMARA DE VEREADORES (Parecer 1009/CGE) é mandato indissolúvel o decorrente do "status" de vereador sendo que extinto êsse, extingue-se automàticamente aquêle 105

PREVIDÊNCIA — ver páginas ..... 191 e 283

RENDA CONSTITUÍDA SÔBRE IMÓVEL (parecer 1898/CGE)
Impossibilidade à luz dos princípios que informam o instituto e foram acolhidos em nosso direito, do pagamento de renda dupla dentro de um mesmo período de tempo, ainda que ocorra uma substituição do lado do rentista ou censuísta 188

Servidor de Fato (1893) 184

TAXA DE ÁGUA (parecer 1905/CGE)
Impossibilidade de alteração dêste tributo pelo Poder

Executivo, sem exame da Câmara. Viabilidade de substituir a cobrança por preço público 210

TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA — VEÍCULOS EMPREGADOS EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS (parecer .. 1891/CGE)
Inteligência do artigo 7.º, alínea C, do decreto 68.296, de 26.2.71, que concede isenção daquele tributo a veículos empregados em atividades agrícolas 205

TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA 21

TRIBUTOS — ver páginas ..... 205 e 210

VEREADOR — CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE (parecer 1918/CGE)
É matéria da competência do Município. Deve constar na Lei Orgânica e no Regimento Interno da Câmara..
VEREADOR — EXTINÇÃO DO MANDATO NOS TÊRMOS DO DECRETO-LEI N.º 201 de 27.2.67, art. 8.º, III, parágrafos 1.º e 2.º (parecer 1918/CGE)
A convocação do respectivo suplente deve ser feita imediatamente pelo Presidente da Câmara 111

Vice-Governador 215