

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

■ **ADVOCACIA PÚBLICA**

• *José Afonso da Silva*

■ **FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DOS PARLAMENTARES EMENDA nº 1/92**

• *Mário Bernardo Sesta*

■ **ESTATUTO DISCIPLINAR ÚNICO**

• *Luiz Vicente de Vargas Pinto*



PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	Porto Alegre	V. 22	nº 50	p. 246	1994
------	--------------	-------	-------	--------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.
v. 22 n° 50 - 1994 - Porto Alegre, Procuradoria-Geral
do Estado do Rio Grande do Sul, Instituto de Informá-
tica Jurídica.
v. 23cm trimestral
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do
Estado.



O ISSN0101-1480

Catálogo pela
Equipe de Documentação da PGE

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

ALCEU COLLARES
Governador do Estado

JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO
Vice-Governador do Estado

CARLOS DO AMARAL TERRES
Procurador-Geral do Estado

MARIA APARECIDA DIAS DE MORAES
Procuradora-Geral Adjunta

MARIA IZABEL RIBEIRO FONYAT
Coordenadora do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO EDITORIAL

Maria Izabel Ribeiro Fonyat (Presidente)
Alexandre Mussoi Moreira
Geraldo Feix
Jorge Alberto Diehl Pires
Jorge Arthur Morsch
Luiz Carlos Adams Coelho
Maria Alice Hofmeister
Mauricio Batista Bem

EQUIPE TÉCNICA

Supervisão
Jom. Indaiá Soares Dillenburg
(Reg. 6082)

Execução, Revisão e Distribuição

Carlos Roberto Contiero
Daniela Vieira da Cunha Corletto
Guacira de Lima Abreu Parahyba
Maria Claudia Bassi Polidori
Marlise Pasin Bergamaschi

SUMÁRIO

DOCTRINA

JOSÉ AFONSO DA SILVA	Advocacia Pública	11
MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO	Equilíbrio econômico financeiro do Contrato Administrativo ...	17
LUIZ VICENTE DE VARGAS PINTO	Estatuto disciplinar único	33
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Incidência da Constituição no direito privado	47

PARECERES

CAIO MARTINS LEAL	Investidura em outra função durante a licença - 9555	61
MÁRIO BERNARDO SESTA	Fixação da remuneração dos parlamentares. Emenda nº 1/92 - 9701	69
LUIZ CARLOS SOUZA LEAL	Comutação de penalidade em processo disciplinar - 9866 ...	107
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Complementação de pensão à filha inválida - 9920	115
LISETE MARIA SKREBSKI	Utilização de postes da CEEE por particulares - 9938	119
SILVIA LA PORTA	Refinanciamento da dívida estadual junto à União - 9982 .	125
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Exercício na TVE e aposentadoria especial de professor - 9990	129
MARISA SOARES GRASSI	Opção retroativa pelo FGTS - 10103	135

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES	Efeitos de decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade - 10121	139
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Licença para acompanhar o cônjuge - 10129	143
SANDRA MARIA LAZZARI	Salário de contribuição dos dirigentes autárquicos - 10211 ..	147
VERENA NYGAARD	Competência para legislar sobre florestas - 10313	153
 ASSUNTOS MUNICIPAIS		
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Isenção de tarifas telefônicas para prefeituras - 9915	163
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Financiamento de obras públicas pela antecipação de tributos - 10176	169
 TRABALHOS FORENSES		
ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA NEI GILVAN GATIBONI	Conversão em URV dos salários dos servidores do IPERGS. 1 - Requerimento. 2 - Despacho deferitório	177
HELENA ACAUAN PIZZATO	Ação popular contra anistia por infração. Contestação	187
MARÍLIA F. DE MARSILLAC	Prescrição intercorrente em execução fiscal. 1 - Recurso Especial. 2 - Acórdão do STJ. 3 - Acórdão do TJ/RS	205
MARCIA PORTO CASTRO	O marido como dependente da mulher no IPERGS. 1 - Petição. 2 - Despacho deferitório	227
RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO	Precatório na execução contra autarquias. 1 - Memorial. 2 - Acórdão	235

DOCTRINA

A ADVOCACIA PÚBLICA

JOSÉ AFONSO DA SILVA*

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Livre-docente de Direito Financeiro, de Processo Civil e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP; Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de São Paulo.
Palestra proferida na aula inaugural da Escola Superior de Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul -7-03-94.

1. A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um *munus* e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça”, como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.

2. Pois bem, a *Advocacia Pública* é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo “quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias, tende a atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado”. Pois, o “arbitrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valorização de interesse público”. Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares. Despontam, aí, como lembra Tomás Pará Filho, “o exercício dos chamados direitos subjetivos da Administração”. Então, pode-se dizer, conclui ele, “anotando o relevo do problema, que os Procuradores estão para os interesses, direitos e obrigações do Estado assim como para a defesa dos interesses e direitos dos particulares estão os advogados em geral. Uns e outros, aliás, têm dignidade profissional própria, expressa por normas de ética profissional. Exercem, efetivamente, os advogados do Estado, ministério próprio e peculiar, indispensável serviço público, que, dada a proeminência da atividade estatal, se constitui em elemento indispensável à administração da Justiça... Ligados ao Estado, por vínculos jurídico-funcionais, por isso mesmo, os seus deveres ainda se acrescem, avultadamente, em virtude da disciplina específica estabelecida na legislação administrativa”.¹

3. Esse relevo, a essencialidade e indispensabilidade da Advocacia Pública, desde sempre, revela ser ela ínsita à estrutura do Estado. Quando este era Estado mínimo, a presença da Advocacia Pública também era mais modesta, mas nem por isso ausente, como o prova o nosso sistema constitucional. Assim, no Império, era o Ministério Público que cumpria essa função. Anota Pimenta Bueno, o “governo tem o dever e necessidade de defender perante os tribunais a propriedade e manutenção dos direitos da coroa ou nacionais”, e essa defesa incumbia ao Ministério Público, mas o

(1) Cf. “A Advocacia do Estado e os interesses jurídicos da Administração Pública no Estado de Direito”, *Anais do I Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, pp. 27 e 28.

Procurador da coroa é que exercia essa função perante os Tribunais Superiores.² Era o Ministério Público exercendo a dupla função de promoção da ação penal e de defesa dos interesses do Estado. Igual sistema perdurou no regime da Constituição de 1891, segundo a qual o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definiriam em lei, e esta conferia à Procuradoria-Geral da República aquela dupla função. Foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público, como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (arts. 95-98). E aí também já se acenava para a instituição no âmbito dos Estados (art. 97). Essa institucionalização perdurou nas Constituições de 1946, num título autônomo (Tít. III), e perdurou nas Constituições de 1967 e 1969, naquela no título do Poder Judiciário e nesta no título do Poder Executivo, e nelas com referência explícita ao Ministério Público dos Estados, que nestes tomou um sentido diferente do Ministério Público Federal.

4. Cumpre, agora, justificar a declaração feita acima de que foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público. Ora, no Império, o Ministério Público já exercia as funções de Advocacia Pública, mas, então, as atribuições típicas de Ministério Público, ou seja, de *custos légis* e da *persecutio criminis*, preponderaram sobre as de defesa judicial dos interesses da Fazenda. Mas, na República Federativa, essa equação se alterou fundamentalmente. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e pois para o Ministério Público dos Estados. Quer dizer, descentralizaram-se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em Juízo. As funções de Ministério Público se tomaram marginais, e mais ainda quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal. Não foi sem razão que os membros da instituição se chamaram Procuradores da República. Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, pela Constituição de 1946, surgiram ramos do Ministério Público da União junto dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumulasse também atividades típicas de Ministério Público, especialmente depois da recriação da Justiça Federal de primeira instância.

(2) Cf. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça, 1958, pp. 273 e 372.

5. Isso significa, como, aliás, já observara Tomás Pará Filho, no I Congresso Nacional de Procuradores de Estado, que, diante da tradição firmada em nosso sistema administrativo, que a Advocacia Pública tem posição equivalente à do Ministério Público,³ tanto que ambas as funções foram sempre desempenhadas, na União, por uma única instituição, e, não só, mas até pelos mesmos membros. Portanto, nada há a estranhar quando a Constituição vigente distinguiu as atribuições de defesa da sociedade e do Estado, em instituições distintas: Ministério Público e Advocacia Pública (da União e dos Estados), tinha, como consequência, de manter o princípio da eqüipolência entre os seus executores.

6. A propósito desse assunto, cabe invocar a lição de Francisco Campos, em um parecer dado exatamente para o Ministério Público de São Paulo, em defesa da igualdade de vencimentos de seus membros com os membros da magistratura, como previa o art. 61 da Constituição paulista de 1947. Eis o seu texto:

“Toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltrações de natureza política no exercício da sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais, da necessária independência, mediante a única técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos.

“Como e quando se impõe o emprego dessa técnica de organização de determinado serviço público é uma questão de política legislativa no mais alto sentido da expressão.

.....
 “Se a técnica em questão deva ser objeto de norma constitucional, dependerá tão-somente do grau de independência que o legislador constituinte queira assegurar ao serviço, pondo-o a coberto não somente da discreção do Executivo, como, por igual, do Poder Legislativo. Se, pela natureza do serviço, o legislador constituinte entende que deve imunizá-lo à ingerência de ambos os poderes, nada há que o impeça de fazê-lo.

“O fato de que os vencimentos dos funcionários são fixados mediante iniciativa do Poder Executivo e deliberação do Poder Legislativo, não impede que na própria Constituição, para casos especiais, em que a conveniência pública aconselhe subtrair ao arbítrio

(3) Cf. estudo citado, p. 42.

do Executivo ou do Legislativo a fixação de vencimentos de determinados funcionários, o legislador constituinte não o possa fazer, sem que em nada desnature aquela competência privativa dos dois mencionados poderes.”⁴

7. Ora, o que Francisco Campos quis dizer nessa longa passagem foi que a institucionalização de um serviço público, como o da Advocacia Pública, que resulta dos “novos reclamos da sociedade em transformação”, importa, conseqüentemente, em lhe assegurar a estabilidade de funções e dos vencimentos. A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública, que se tornou num valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu um sentido próprio e extensivo e abrangente da ética pública. O exercício de uma tal missão requer garantias específicas contra ingerências e contra atitudes mesquinhas de congelamento de remuneração. Tomás Pará Filho relata um caso do Advogado do Estado”, o Dr. Pero Fausto Pegado de Azevedo, que, no estrito cumprimento dos deveres de seu cargo junto ao Tribunal de Contas do Estado, opinara contra a aprovação de contas de antigo Secretário da Educação, concluindo, ainda, pela responsabilidade do mesmo pela malversação de dinheiros públicos; e, por assim o ter feito, fora irremediavelmente e arbitrariamente afastado de suas funções, pelo Governo da época”.⁵ É bem verdade que o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados de São Paulo deliberou, por unanimidade, no sentido de desagravá-lo, mas isso não lhe restituiu a função.

8. Isso tudo quer mostrar que a institucionalização da Advocacia Pública em nosso País é da tradição do nosso constitucionalismo, que a teve sempre de mistura com as funções do Ministério Público, de onde ressaí a eqüipolência de funções que justifica igualdade de vencimentos. A Constituição de 1988 avançou nessa institucionalização, mas deixou dúvidas que serviram de anteparo a distorções contra a efetivação do princípio da isonomia que ela instituiu, exatamente como uma das garantias da função.

(4) Cf. “Poder Judiciário - Garantias constitucionais - Administração Pública - Ministério Público”, RDA 62/328-329. Cf. também Tomás Pará Filho, estudo citado, p. 29, nota 5A.

(5) Cf. estudo citado, p. 45, nota 22.

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO*

* Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP. Procuradora do Estado de São Paulo.

1. ORIGEM DA TEORIA

Todos os contratos, sejam públicos ou privados, supõem a existência de um equilíbrio financeiro que costuma ser visto sob dois aspectos: o da **equivalência material** das prestações, ou seja a equivalência objetiva, atendendo à valoração econômica das contraprestações e invocando em sua defesa um ideal de justiça comutativa; e o da **equivalência subjetiva**, atendendo ao valor subjetivo que para cada uma das partes tem a prestação da outra. (v. Gaspar Anño Ortiz, **Teoria del equivalente en los contratos administrativos**, Madri, Instituto de Estudos Administrativos, 1968).

Nos contratos entre particulares nem sempre a equivalência material corresponde à equivalência subjetiva, sendo comum esta prevalecer sobre aquela. A tanto autoriza o princípio da autonomia da vontade. Estabelecida essa equivalência no momento em que se firma o contrato, ela só poderá ser alterada por novo acordo entre as partes.

Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia da vontade do lado da Administração Pública; ela tem que buscar, sempre que possível, a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento da celebração do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão-de-obra especializada, a complexidade da execução etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.

Tudo isto faz com que o equilíbrio do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico; ele pode romper-se muito mais facilmente do que no direito privado. É por causa desses elementos de insegurança que se elaborou toda uma teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo. Esse equilíbrio pode ser definido como a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a remuneração assegurada pela Administração. Essa remuneração é paga ou pela própria Administração ou por terceiros, como ocorre na concessão de serviços públicos e de obras públicas.

A idéia de equilíbrio econômico-financeiro ou de equação econômico-financeira, como toda a teoria do contrato administrativo que se adota no

direito brasileiro, nasceu na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França. E nasceu em relação ao contrato de concessão de serviços públicos.

Sabe-se que o contrato de concessão foi a primeira fórmula que o Estado encontrou para descentralizar a execução de serviço público e que se justificava pela possibilidade de executar serviços particularmente onerosos, sem necessidade de alocar recursos públicos, já que o usuário é que pagava ao concessionário a tarifa estipulada pelo poder público. Em sua forma original, a concessão, em consonância com os princípios herdados do direito privado, segundo os quais "pacta sunt servanta" (os contratos devem ser cumpridos) e "lex inter partes" (o contrato é lei entre as partes), estava vinculado à idéia de que o concessionário executava o serviço **em seu próprio nome e por sua conta e risco**; essa idéia estava presente no próprio conceito de concessão de serviço público.

No entanto, no curso de sua evolução, foi-se firmando a idéia de que o contrato de concessão, por ter por objeto a execução de um serviço público e visar, portanto, o interesse geral, deve ser essencialmente mutável e flexível, de modo a assegurar a continuidade na prestação do serviço.

A primeira decisão nesse sentido foi proferida pelo Conselho de Estado no famoso aresto de interesse da "Cie. Française des Tramways", de 11.3.1910, do qual se extrai o seguinte trecho:

"É da essência mesma do contrato de concessão buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se concedem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre benefícios prováveis e as perdas previsíveis. Em todo contrato de concessão está implícito, como um cálculo, a **honestas equivalência** entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige. É o que se chama equivalência comercial, a equação financeira do contrato de concessão."

A partir daí foram se desenvolvendo, na jurisprudência do mesmo Tribunal, uma série de teorias, encampada por vários outros países, inclusive o nosso, e que permitem hoje falar na mutabilidade do contrato administrativo, como uma de suas características essenciais, e à qual corresponde o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido, as teorias do fato do príncipe e do fato da Administração, a teoria da imprevisão, a que reconhece o poder de alteração unilateral do contrato pela Administração. Os princípios tradicionais do

contrato, entre os quais o "pacta sunt servanda" foram sendo superados pela idéia de que o serviço público não pode parar.

Aliás, pode-se dizer que, a partir do momento em que os Tribunais passaram a impor à Administração a obrigação de recompor o equilíbrio financeiro, principalmente em decorrência da aplicação da teoria da imprevisão, o Estado passou a abandonar a concessão de serviço público e a procurar outras fórmulas de descentralização de serviços públicos.

2. DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, a teoria do contrato administrativo, com as suas cláusulas exorbitantes, a idéia de mutabilidade e de equilíbrio econômico-financeiro, as formas de rescisão, os direitos e deveres da Administração e do contratado, foram incorporadas pela doutrina e pela jurisprudência muito antes de sua disciplina legal.

Muito antes do Decreto-Lei 2300, de 21.11.86, dispor sobre contratos administrativos, os livros de direito administrativo já discorriam sobre o assunto, reconhecendo como implícitas em todos os contratos administrativos, as chamadas cláusulas exorbitantes, que consagram prerrogativas em favor do poder público, como os poderes de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, por razões de interesse público, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir garantias, o de aplicar penalidades, o de reter valores devidos ao contratado, o de utilizar recursos materiais e humanos da empresa contratada para dar continuidade à execução do contrato e tantas outras; e também a obrigação de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em especial a teoria do equilíbrio econômico-financeiro está tão arraigada em nosso direito, entre os doutrinadores que, ainda que não houvesse lei assegurando os direitos do contratado à manutenção desse equilíbrio, esses direitos seriam a ele reconhecidos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Isto porque essa teoria baseia-se em princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo: de um lado, o **princípio da equidade**, que veda que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra; de outro lado, o **princípio da razoabilidade**, que exige a proporção entre o custo e o benefício, e até, ainda, o **princípio da continuidade do contrato administrativo**, que é a aplicação do **princípio da indisponibilidade do interesse público**: se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração,

a esta incumbe assegurar a sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na Constituição de 1967, o art. 163 previa lei que viesse disciplinar a concessão de serviço público e já estabelecia alguns princípios, dentre eles o de que a tarifa devia ser fixada de modo a assegurar ao concessionário o direito ao equilíbrio financeiro. Isto permitia a tese de que, qualquer que fosse a causa do desequilíbrio econômico-financeiro, ainda que não imputável à Administração (como ocorre na teoria da imprevisão), o concessionário faria jus ao equilíbrio financeiro, ficando com o poder concedente o dever de suportar, sozinho, o ônus financeiro daí decorrente.

O mesmo dispositivo também permitia a interpretação de que era pela tarifa que se asseguraria o equilíbrio econômico-financeiro. Aumentando por qualquer circunstância, o encargo do concessionário, a tarifa deveria ser aumentada na mesma proporção.

A Constituição de 1988, no art. 175, prevê ainda lei que discipline a concessão e a permissão, mas não fala mais em equilíbrio econômico-financeiro; no parágrafo único, inciso III, apenas exige que a lei disponha sobre "política tarifária", deixando aberta a possibilidade de que a tarifa não seja o componente financeiro único para manter o equilíbrio do contrato; pelo contrário, ela pode ser fixada, não em função do custo do serviço, mas em função das possibilidades do usuário ou outro fator levado em consideração pelo poder concedente, hipótese em que este terá que subsidiar o concessionário para manter o equilíbrio econômico do contrato.

Isto quer dizer que o fato de a Constituição não fazer referência ao equilíbrio econômico-financeiro não significa que ela deixou de reconhecer a exigência; significa apenas que mudou o critério para que esse equilíbrio seja mantido, possibilitando o chamado "preço político".

Essa idéia é reforçada pelo fato de que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição, embora de forma um tanto confusa, exigiu que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratadas mediante processo de licitação pública que assegure "igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta..." Ainda que o dispositivo se refira apenas a determinados contratos, não há dúvida de que a norma encerra um princípio inerente à licitação e aos contratos em geral e que se aplicaria independentemente de estar inserido no texto constitucional.

No Decreto-lei 2300, de 21.11.86, a idéia de equilíbrio econômico-financeiro estava consagrada de forma expressa, no artigo 55, para as

hipóteses de acordo entre as partes (inciso II, "d"), de criação, alteração ou extinção de encargos legais de comprovada repercussão nos preços contratados (parágrafo 5º) e de alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado (parágrafo 6º).

A Lei 8666, de 21.6.93, não mantém a primeira hipótese citada, já que, embora constasse do projeto de lei respectivo (nº 1491-F, de 1991), acabou por ser vetado pelo Presidente da República. Com efeito, o artigo 65, II, "d", do referido projeto estabelecia, de forma idêntica ao artigo 55, II, "d", do Decreto-lei 2300, a possibilidade de acordo

"para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro."

Na vigência do Decreto-lei 2300, o dispositivo serviu de fundamento para inúmeras pretensões de contratados no sentido de obter a recomposição de preços em situações que não eram de excepcionalidade, de modo a justificar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Muitas vezes, até, verificava-se que o objetivo era o de corrigir um preço mais baixo, fixado intencionalmente na proposta com vistas à adjudicação; enfim, o dispositivo acabou por gerar abuso, permitindo a recomposição de preços com base na cláusula "rebus sic stantibus", quando, na realidade, não ocorrera o efetivo desequilíbrio econômico-financeiro.

Foi, evidentemente, para evitar esse tipo de abuso que o Executivo vetou o preceito. Depois de citar a teoria da imprevisão, tal como exposta por Hely Lopes Meirelles, as razões de veto acrescentam, ainda citando o mesmo autor:

"Observamos, todavia, que só se justifica a aplicação da cláusula "rebus sic stantibus" nos contratos públicos quando sobrevêm fatos imprevistos e imprevisíveis, ou se previsíveis, incalculáveis, nas suas conseqüências, e que desequilibram totalmente a equação econômica estabelecida originalmente pelas partes. Não é, pois, a simples elevação de preços em proporção suportável, como **álea própria do contrato**, que rende ensejo aos reajustes da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração: só a **álea econômica extraordinária e extracontratual** é que autoriza a revisão do contrato."

E ainda acrescenta o veto:

"Contrariando esse incensurável posicionamento doutrinário, nenhum dos dispositivos acima referenciados define, objetivamente, quais os pressupostos autorizadores da revisão de preços, importando destacar, ainda, que o parágrafo 7º do art. 66 procura tomar corriqueira

a obtenção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tomando o aditamento providência obrigatória para a Administração, após tão-somente "autuadas em processo as demonstrações e justificativas pertinentes e o ato de sua aprovação expedido pela autoridade competente para celebrar o contrato".

Qual o efeito do veto? Ele só atingiu os intérpretes que davam ao preceito alcance maior do que ele na realidade tinha. Foi inócuo para os demais, que já interpretavam de forma adequada o dispositivo, exigindo, para sua aplicação, não só a ocorrência de fato excepcional, imprevisível e estranho à vontade das partes, como também a demonstração do desequilíbrio econômico-financeiro. Aliás, se fomos partir da idéia, já referida, de que o direito positivo nada mais fez do que incorporar, nessa matéria, teorias consagradas na doutrina e jurisprudência, a sua transformação em lei foi um "plus", que não alterou a doutrina; a sua extinção do corpo da lei também em nada afeta a doutrina já assente na Administração Pública.

3. TÉCNICAS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Além da **força maior**, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:

a) **álea ordinária** ou **empresarial**, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária. Aliás, parece que foi exatamente esse tipo de entendimento que se quis evitar com o veto ao art. 65, II, "d", da Lei 8666.

b) **álea administrativa**, que abrange três modalidades:

b.1) uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;

b.2) a outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;

b.3) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como "toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o co-

contratante particular, a execução do contrato" (cf. Héctor Jorge Escola, in **Tratado Integral de Los Contratos Administrativos**, Depalma, Buenos Aires, vol. I, p. 434), ou, de forma mais completa, é "toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução" (cf. Hely Lopes Meirelles, **Licitação e Contrato Administrativo**, RT, 9ª edição, 1990, p. 235). Nesse caso, o particular se exonera de qualquer responsabilidade;

c) **álea econômica**, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes.

3.1. Álea Administrativa: Alteração Unilateral

O poder de alteração unilateral do contrato não é ilimitado. Adverte Edmir Netto de Araújo (in **Contrato Administrativo**, São Paulo, RT, 1987, p. 130-1) que "esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, porque é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato".

Esses dois limites, que já eram reconhecidos pela doutrina, estão previstos expressamente na Lei nº 8666; o art. 58, I, confere à Administração a prerrogativa de modificação unilateral "para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado". E o art. 65, parágrafo 6º, especifica o direito do contratado, ao obrigar a Administração, em caso de alteração unilateral, a "restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".

Além disso, há certo consenso entre os doutrinadores brasileiros no sentido de respeitar o objeto do contrato em sua essência; não pode a Administração, sob pretexto de alterar o contrato, mudar o próprio objeto do contrato, pois isto constitui ofensa ao princípio da vinculação ao edital e poderia até caracterizar burla ao princípio da licitação e burla aos demais licitantes, na medida em que novo objeto estaria sendo contratado sem atendimento da exigência de nova licitação.

A Lei 8666 torna expressa uma exigência de ordem formal quando, no art. 65, "caput", prevê que alterações contratuais se façam acompanhadas das "devidas justificativas".

Além disso, a lei ainda estabelece limite quantitativo às alterações (art. 65, parágrafo 1º), pois os acréscimos ou supressões não podem ultrapassar

o limite de 25%. Se ultrapassados esses limites, na supressão de obras, serviços ou compras, ocorrerá hipótese de rescisão unilateral do contrato (art. 78, XIII, da Lei 8666).

Essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático. Alguns autores, especialmente os franceses, ilustram com fórmulas matemáticas a diferença entre o equilíbrio do contrato de direito privado e o administrativo: no primeiro, o equilíbrio é do tipo $a = b$, de tal forma que, se uma das partes descumpra a sua obrigação, ela comete uma falta e o sistema contratual fica irremediavelmente rompido; no contrato administrativo, o equilíbrio é do tipo $a/b = a1/b1$. Se a Administração altera a obrigação "a" do contratado, substituindo-a pela obrigação "a1", a remuneração devida pelo poder público passa de "b" para "b1" (Caio Tácito, **Direito Administrativo**, Saraiva, 1975, p. 204); vale dizer que, no contrato entre particulares, a alteração não consentida por ambas as partes caracteriza inadimplemento contratual pelo qual responde o particular; no contrato administrativo, esse inadimplemento só ocorre se a alteração feita nos limites legais decorrer de ato do particular, hipótese em que ele arcará com todas as conseqüências legais; quando a alteração decorrer de ato da Administração, não se caracteriza falta contratual, mas prerrogativa a ela reconhecida no interesse público, com a conseqüente obrigação de restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

3.2. Álea Administrativa: Fato do Príncipe

A expressão "fato do príncipe" designava, originariamente, no período do absolutismo, o poder que tinha o rei de descumprir os contratos.

A expressão passou para a teoria dos contratos, em especial dos contratos administrativos, em decorrência de trabalho pretoriano da jurisdição administrativa francesa. Justamente por ser construção jurisprudencial, falta certa precisão ao seu conceito, sendo entendida de modos diferentes pelos doutrinadores.

Para uns, abrange o poder de alteração unilateral, já referido, e também as medidas de ordem geral ou individual, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas.

É a corrente a que aderimos, por ser diverso o fundamento da responsabilidade do Estado; no caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de responsabilidade contratual.

No caso de medida geral ou individual que atinja o contrato apenas reflexamente (fato do príncipe), a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma idéia de equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

São requisitos para que se aplique a teoria do fato do príncipe:

1. que o ato seja praticado pela mesma pessoa jurídica que é "parte" do contrato;
2. que esse ato cause prejuízo ao contratado, de tal forma a provocar um desequilíbrio anormal na equação financeira, fora daquilo que se considera álea ordinária, sempre previsível;
3. que esse ato seja imprevisível para o contratado, pois, se previsível, pode ser contornado na fixação do preço.

Incidindo essas circunstâncias, cabe à Administração indenizar o particular pelas perdas sofridas e também pelos lucros cessantes. No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão.

Na Lei nº 8.666, existe uma previsão expressa de revisão do contrato no caso de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, ou de superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados (Art. 65, parágrafo 5º).

Trata-se de aplicação da teoria do fato do príncipe; o dispositivo é desnecessário, pois, ainda que não existisse, faria jus, o contratado, a revisão de preços correspondente ao acréscimo de encargos.

3.3 Álea administrativa: fato da administração

O fato da administração distingue-se do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro se relaciona com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como "parte" no contrato, mas como autoridade pública que, agindo como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute no contrato.

O "fato da administração" compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque o seu desequilíbrio econômico.

O fato da administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tomando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.

Exemplos de fato da Administração são dados por Hely Lopes Meirelles:

"quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou não expede a tempo as competentes ordens de serviço, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte. Até mesmo a falta de pagamento por longo tempo, das prestações contratuais, pode constituir fato da administração capaz de autorizar a rescisão do contrato por culpa do Poder Público com as indenizações devidas" (in **Licitação e Contrato Administrativo**, 9ª edição, 1990, pp. 235-236).

Costuma-se equiparar o fato da administração com a força maior, o que deve ser entendido em termos; em ambas as hipóteses há a ocorrência de um fato atual (posterior à celebração do contrato), imprevisível e inevitável; porém, na força maior, esse fato é estranho à vontade das partes e, no fato da administração, é imputável a esta. Além disso, a força maior torna impossível a execução do contrato, isentando ambas as partes de qualquer sanção, enquanto o fato da administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva, respondendo a Administração pelos prejuízos sofridos pelo contratado.

O que se discute em doutrina é se, em ocorrendo o chamado fato da administração, pode o particular simplesmente parar a execução do contrato, invocando a **exceptio non adimpleti contractus**.

Trata-se de exceção surgida no direito privado, para os contratos bilaterais, sob o fundamento de que as obrigações a cargo de uma parte são correlativas às obrigações da outra parte, sendo injusto que se exija o cumprimento, por uma, quando a outra não cumpriu o que lhe cabia. No direito romano, essa exceção era chamada "exceptio doli", sendo posteriormente denominada pela forma como hoje é conhecida.

Grande parte dos doutrinadores entende que essa exceção não pode ser aplicada no direito administrativo, principalmente pelo fato de que, neste,

o contratado assume o papel de colaborador da Administração Pública e, como tal, age no interesse público, que não pode ficar prejudicado pela paralisação na execução do contrato.

Essa doutrina sofre hoje alguns abrandamentos, pois já se aceita que a "exceptio non adimpleti contractus" seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. Neste, os interesses das partes são equivalentes e se colocam no mesmo pé de igualdade; no contrato administrativo, os interesses das partes são diversos, devendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer o interesse público que incumbe, em princípio, à Administração proteger. Por isso, o particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando de, "sponte propria", paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo para acautelar os seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida.

Essa regra admite exceção pela aplicação da teoria do fato da administração, quando sua conduta tornar impossível a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico extraordinário, que não seria razoável exigir que suportasse, pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato.

A Lei 8.666 previu uma hipótese em que é possível, com critério objetivo, saber se é dado ou não ao particular suspender a execução do contrato. Trata-se da norma do artigo 78, inciso XV, segundo a qual constitui motivo para rescisão do contrato "o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação".

Isto significa que, ultrapassados os 90 dias sem que a Administração efetue os pagamentos em atraso, é dado ao contratado, licitamente, suspender a execução do contrato. Não é rescisão unilateral pelo particular.

Outra hipótese em que a Lei 8.666 prevê o fato da administração é a do inciso XVI do artigo 78, em decorrência do qual constitui motivo para rescisão do contrato "a não-liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto". Nesta hipótese a lei não estabelece um prazo que deva ser aguardado pelo particular para suspensão do contrato. Mas permite deduzir, pelo emprego da expressão "nos prazos contratuais", que, tão logo o prazo contratual seja ultrapassado, está o particular autorizado a suspender a

execução, já que estará caracterizada a hipótese de rescisão; mesmo porque a omissão do poder público quanto às providências previstas nesse inciso pode até inviabilizar a execução do contrato.

Tanto na hipótese do inciso XV (atraso no pagamento) como na do inciso XVI, se for dada continuidade ao contrato, o particular faz jus à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; se houver rescisão, caberá a indenização prevista no artigo 79, parágrafo 2º.

3.4 Álea econômica: teoria da imprevisão

Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio econômico muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.

Ocorrendo essa álea econômica, aplica-se a teoria da imprevisão, que, da mesma forma que a teoria do fato do príncipe, foi construída pelo Conselho de Estado francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França; essa teoria nada mais é do que aplicação da antiga cláusula "rebus sic stantibus".

Embora não se saiba exatamente em que momento surgiu essa cláusula, sabe-se que os romanos já aceitavam a vulnerabilidade do princípio da obrigatoriedade do contrato (**pacta sunt servanda**). Antes de ser uma regra jurídica, ela foi uma regra moral adotada pelo cristianismo; exigia-se equivalência das prestações sempre que se estivesse em presença de um ato a título oneroso. Daí a frase, que é atribuída a Bartolo (1314-1354): "Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur".

Como se vê, a expressão "rebus sic stantibus" é parte dessa frase e designa a cláusula que é considerada implícita em todos os contratos de prestações sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (**rebus sic stantibus**) como eram no momento da celebração.

Não seria justo obrigar a parte prejudicada a cumprir o seu encargo, sabendo-se que ela não teria firmado o contrato se tivesse previsto as alterações que o tornaram muito oneroso.

Essa cláusula surgiu na Idade Média, entrou em declínio e praticamente desapareceu no século XVIII, por influência do individualismo que floresceu em todos os aspectos, inclusive no jurídico.

Segundo Caio Tácito (**Direito Administrativo**, Saraiva, 1975, p. 297) "foi o conflito mundial da segunda década do século atual que veio

reavivar a teoria. As violentas flutuações econômicas geradas pelo desequilíbrio social e político oriundo da guerra exigiram dos intérpretes e dos tribunais a mitigação do princípio rígido da imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Ainda, segundo o mesmo autor, essa teoria consolida-se no Direito Administrativo, com o famoso aresto do Conselho de Estado francês, proferido no caso da Cia. de Gás de Bordeaux (30-3-1916) - *Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*. A guerra de 1914 tinha provocado tal subida no preço do carvão, que os concessionários de gás não podiam prosseguir a sua exploração com as tarifas previstas nos contratos sem se exporem à ruína. Daí a decisão do Conselho de Estado francês permitindo a revisão das tarifas.

Alega-se em favor da teoria que, se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado, não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos. Essa compensação o particular só pode pleitear quando continuar a execução do contrato; e nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do co-contratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

Considera-se requisito para aplicação da teoria da imprevisão que o fato seja:

1. imprevisível;
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. responsável por desequilíbrio muito grande no contrato.

Se for previsível, ele é suportado pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que tome excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes; se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas conseqüências de seu ato; se decorrer da vontade da Administração, cai-se nas regras referentes à álea ministrativa (alteração unilateral, fato do príncipe ou fato da Administração).

Cumpra distinguir a **álea econômica**, que justifica a aplicação da teoria da imprevisão, e a **força maior**. Nesta estão presentes os mesmos elementos: fato estranho à vontade das partes, inevitável, imprevisível; a

diferença está em que, na teoria da imprevisão, ocorre apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato; e na força maior, verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato. As conseqüências são também diversas: no primeiro caso, a Administração pode aplicar a teoria da imprevisão, revendo as cláusulas financeiras do contrato, para permitir a sua continuidade, se esta for conveniente para o interesse público; no segundo caso, ambas as partes são liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento, como conseqüência da norma do artigo 1092 do Código Civil.

Para concluir, resta assinalar que a aplicação das teorias analisadas não depende de previsão contratual. Como também não impede a sua aplicação o fato de ter sido vetado o artigo 65, inciso II, "d", da Lei 8.666, já que, conforme assinalado, a idéia de equilíbrio econômico-financeiro, de construção jurisprudencial, baseia-se em princípios basilares do Direito Administrativo, como o da equidade, o da razoabilidade, o da continuidade do contrato administrativo.

Muito mais do que um problema jurídico, a sua aplicação aos casos concretos depende de matéria de fato a ser comprovada pelo interessado; a ele cabe comprovar a ocorrência de circunstâncias responsáveis pelo desequilíbrio, e demonstrar, por cálculos e documentos hábeis a esse fim, a ocorrência do alegado desequilíbrio econômico.

Diversa é a situação no caso de reajuste de preço e de correção monetária. Ambos têm também por objetivo recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, porém devem estar expressamente previstos, consoante artigo 40, XI e XIV, da Lei 8.666. O reajuste, calculado segundo índices previamente estipulados, somente será devido se previsto no contrato, e tem por objetivo assegurar ao contratado a manutenção do real custo da produção durante todo o período de execução do contrato. A correção monetária é devida em caso de atraso no pagamento da obrigação, consoante critérios de atualização também previstos no contrato (artigo 40, XIV, "c", da Lei 8.666).

ESTATUTO DISCIPLINAR ÚNICO

LUIZ VICENTE DE VARGAS PINTO *

Apresentação. Retrospectiva histórica. Competência constitucional. Experiência institucional. Evolução verificada. Aprimoramento técnico. Aprimoramento do processo Administrativo-Disciplinar. Resultados alcançados. Ponto central da tese. Precedentes de uma codificação disciplinar unificada. Regime jurídico único. Conclusões. Estatuto disciplinar unificado. Concepção estrutural.^(**)

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Tese aprovada, por unanimidade, no XIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Manaus-Amazonas - 11 a 15 de outubro de 1993.

** Observa-se que esta matéria foi redigida em 1993, quando não vigorava o estatuto atual, introduzido pela Lei/RS nº 10.098/94. Muito embora o advento do novo estatuto, a tese não perde a atualidade de vez que o estado da legislação estatutária ainda aguarda o aprimoramento proposto.

APRESENTAÇÃO

Trazemos e submetemos ao XIX CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, na forma de tese, uma proposta real de trabalho desenvolvida e propiciada unicamente pela experiência jurídica de Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul.

Esta proposta real de trabalho está diretamente associada ao tema das Procuradorias de Estado como órgãos intimamente ligados com a função disciplinar da administração pública.

Trata-se de uma proposta legislativa real, destinada a sistematizar em texto unificado as normas materiais e processuais do Direito Administrativo-Disciplinar do Serviço Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

A proposta incorpora soluções para a sistematização das normas de direito material, processual e de organização jurisdicional. A proposta também avança num melhor detalhamento normativo, mais adequado ao moderno direito positivo disciplinar, com feição jurisdionalizada.

Concretamente integram-se três códigos: um com normas de fundo, contemplando o Direito Disciplinar propriamente dito; outro para a organização da jurisdição disciplinar, onde reserva-se função de destaque para a Advocacia de Estado e muito naturalmente para seu órgão central, a Procuradoria-Geral do Estado; e, finalmente, um último código para a ação e o Processo Administrativo-Disciplinar.

Na verdade, a proposta só foi possível devido à vocação histórica da Advocacia de Estado como o órgão jurídico central do sistema de disciplina superior do Serviço Público Civil.

Retrospectiva histórica

Há quase exatos vinte e dois (22) anos, o Decreto nº 21.237/71 (05.08.71) centralizou o processo administrativo disciplinar na, então, Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Muito modestamente, em oito (8) artigos, ainda em vigor, dispõe o decreto sobre a remessa dos processos ao órgão central, regulamenta comissões permanentes, reserva a presidência para o, hoje, Procurador do Estado, e prevê a organização de uma Secretaria-Geral das Comissões.

De lá (1971) até hoje (1993), muito ganhou a Advocacia de Estado gaúcha em experiência e competência na função disciplinar da administração pública.

Competência constitucional

O texto constitucional rio-grandense, em vigor desde 1989, outorga à Advocacia de Estado competência expressa em matéria de Direito Administrativo-Disciplinar.

Como já constara do texto constitucional anterior, editado em 27 de janeiro de 1970, por alteração introduzida com a Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, dentre outras atribuições institucionais, desde então cumpre à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul:

“Art. 87 (...)

...

...

b) realizar processos administrativos-disciplinares nos casos previstos em lei, emitindo parecer nos que forem encaminhados à decisão final do Chefe do Poder Executivo;”

Modernamente, o dispositivo de outorga das atribuições disciplinares vem reeditado no artigo 115, inciso IV, da carta constitucional do Estado, com pequena modificação redacional:

“Art. 115 (...)

...

...

IV – realizar processos administrativos-disciplinares nos casos previstos em lei, emitindo pareceres nos que forem encaminhados à decisão final do Governador;”

A partir destas competências constitucionais, assentadas ainda no final da década de setenta e contemporâneas da conversão na denominação de Consultoria Geral do Estado para Procuradoria-Geral do Estado, repete-se, a partir do registro destas competências a Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul vem consolidando uma atuação cada vez mais destacada na especialização jurídica do Direito Administrativo-Disciplinar.

Experiência Institucional

Desde a centralização do sistema superior de disciplina, a Advocacia de Estado gaúcha equacionou incontáveis questões teóricas e práticas, enfrentadas ao longo do tempo.

Hoje, pode-se dizer com segurança que foi de extraordinário acerto aquela tímida e muito discutida iniciativa de especialização e concentração do sistema superior de disciplina administrativa, como ocorrida em 1971.

Agora fica claro que somente um serviço especializado de disciplina superior pode adequar-se às exigências técnicas impostas ao processo administrativo-disciplinar.

Também fica muito claro que só nestas condições podem se desenvolver quadros humanos com maior profundidade jurídica nesta matéria tão

especializada. Matéria, esta, que o controle judicial do ato administrativo-disciplinar está a exigir sempre um desempenho mais qualificado, em respeito aos direitos constitucionais do servidor.

Evolução verificada

Pois, tudo isto foi o que ocorreu no Rio Grande do Sul ao longo destes últimos vinte anos. A especialização levou a um aprimoramento dos quadros profissionais e a um progresso teórico e prático muito acentuado.

Progresso, este, compartilhado por cada uma das comissões permanentes, na rotina de suas atividades diárias.

Progresso que repercutiu na melhor qualificação da própria Advocacia de Estado enquanto instituição responsável pela orientação jurídico-normativa da Administração Pública e pela unificação da jurisprudência administrativa.

Progresso que já produziu resultados palpáveis na segurança jurídica das decisões administrativas e em aprimoramentos legislativos específicos, os quais, embora isolados, constituem relevante e pioneira conquista.

Aprimoramento técnico

Progresso que conduziu a um particular aprimoramento técnico da Advocacia de Estado que se reflete em melhor e maior familiaridade profissional com diversas figuras clássicas e tópicas do Direito Administrativo-Disciplinar.

Do que é um exemplo típico a paulatina evolução verificada no trato processual e na matéria legislativa estadual sobre o abandono de cargo.

O sistemático trabalho da Advocacia de Estado gaúcha com esta figura característica do Direito Disciplinar, permite, hoje, um importante discernimento técnico-jurídico.

Vários pontos polêmicos foram superados e o tratamento processual evoluiu para modalidades preventivas da ação disciplinar, assim como para uma via extintiva e não contenciosa, nos casos necessariamente instaurados.

Trabalho acompanhado de uma paralela evolução legislativa, levada a efeito em estatutos de carreiras especializadas, como o magistério e o pessoal fazendário de nível superior.

Ainda exemplificando com o abandono de cargo, hoje há uma clareza muito nítida e definida em vários aspectos outrora controvertidos, como a distinção entre a falta disciplinar do abandono de cargo e a figura penal do

abandono de função; a prescritibilidade; o tratamento da matéria de fato na fase pré-processual; as causas de justificação aceitáveis, além da dispensa médica; implicações ou incoerência de efeitos patrimoniais da justificação apresentada; limitação dos efeitos da decisão à instância disciplinar.

Enfim, todo um conjunto de formulações jurídicas, já disponíveis para viabilizar uma construção teórica unificada e para consolidar os fundamentos do pronunciamento disciplinar, nos casos concretos.

Aprimoramento do Processo Técnico Administrativo-Disciplinar

Da mesma sorte veio o progresso técnico na condução do procedimento disciplinar, como visto, afeto à competência da Advocacia de Estado. Ao longo dos anos, muito foi debatido na equação do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa.

A judiciarização ou modelo forense do processo disciplinar foi compatibilizada, então, com adoção analógica do procedimento preconizado para o crime punido com a reclusão, posto que assim ficam ressalvadas as maiores garantias advindas do Direito Adjetivo Penal.

Com isto, e à míngua de melhor norma processual estatutária, diga-se que quase telegráfica, ficaram respaldados os colegiados de instrução, quando confrontados com a exigência da ampla defesa.

Porque o procedimento processual penal que garante a plena defesa frente a uma pena de reclusão, é procedimento adequado na instância administrativa para a defesa frente a uma pena meramente disciplinar. Implícitas ficam as garantias do contraditório e do devido processo legal.

Resultados alcançados

Assim é que, ao longo destes mais de dois decênios, a Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul vem aprimorando sua atuação como órgão jurídico central do sistema de disciplina superior do Serviço Público Civil.

Órgão jurídico, este, concretamente representado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, desde 1971, intimamente ligada com a função disciplinar da administração pública.

Contudo, a par desta experiência institucional e da evolução teórica e prática ocorrida, não houve um progresso sensível da legislação. O principal texto legislativo, o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (RS), a vetusta Lei nº 1.751, de 28 de fevereiro de 1952, mantém seus dispositivos originais imutáveis até hoje.

Deste Direito Disciplinar estatutário, aproveita-se quase unicamente o

Direito material. As novas competências disciplinares da Advocacia de Estado e as modernas exigências técnico-jurídicas apontam para a insuficiência e inadequação das rarefeitas normas processuais estatutárias.

Porque, atualmente, o processo disciplinar há que compatibilizar-se com exigências constitucionais de uma parajudicialidade. Tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Coisas, estas, só tecnicamente possíveis num procedimento judicialiforme ou, dizendo de outro modo, procedimento de modelo forense.

Procedimento, este, que, na falta de adequadas disposições estatutárias, foi emprestado, por analogia, da legislação processual penal.

Ponto central da tese

E aqui começa o ponto central desta tese porque, desde há muitos anos, o trabalho sistemático e centralizado com o Direito Administrativo-Disciplinar deixou muito nítido dois aspectos:

- primeiro, a necessidade de normas materiais especializadas, conforme as diversas categorias funcionais;
- depois, a necessidade de normas processuais mais minuciosas, compatíveis com o regramento constitucional do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, aplicáveis a todas as categorias de servidores;

A necessidade das normas materiais por categorias funcionais – vinha sendo atendida no regime disciplinar de diversos estatutos especializados.

Estatutos complementares àquele geral de todos os funcionários públicos, editados subsidiariamente ao longo dos anos, de que são exemplos o Estatuto do Magistério (Lei nº 6.672/74), da Polícia Civil (Lei nº 7.366/80), estes em reedições renovadas de versões anteriores igualmente especializadas, do pessoal fazendário de nível superior (Leis 8.116, 8.117 e 8.118, todas de 30/12/85), polícia penitenciária, com maior ou menor discriminação e aperfeiçoamento do Direito Disciplinar.

Já no segundo aspecto e quanto ao Direito Processual Disciplinar, dado ao seu cunho genérico, desde há muito ficou vista a necessidade de um melhor ordenamento jurídico, aplicável a todos os procedimentos, abreviando-se as constantes remissões ao direito processual forense.

Esta necessidade mostrou-se indispensável, ainda, por três diferentes ordens de prioridades:

- para a uniformização e regularidade formal dos processos disciplinares instaurados contra quaisquer servidores;
- para o atendimento das exigências constitucionais do devido

- processo legal, do contraditório e da ampla defesa;
- para evitar a improvisação e a diversidade de critérios resultantes das analogias casuísticas.

Precedentes de uma codificação disciplinar unificada

Além disto, a prática diuturna de trabalho com o Direito Administrativo-Disciplinar vulgarizou a noção da precariedade das normas processuais disponíveis, permitiu o cotejo dos diversos estatutos, especializados ou não, e levou a uma primeira ilação teórica sobre a viabilidade de um estatuto de processo administrativo-disciplinar unificado.

Porque, com exceção do pessoal da Polícia Civil, o processo disciplinar de todas as demais categorias, mesmo aquelas com estatutos próprios, achase centralizado e sob a competência da **Advocacia de Estado**, junto à Procuradoria-Geral do Estado.

Ora, desde há muito que o sistema centralizado de disciplina, representado pelas comissões permanentes, adota um procedimento judicialiforme bem mais qualificado do que as resumidas normas estatutárias originais, para as quais remetem os modernos estatutos especializados.

Com isto, formou-se a convicção de que somente o serviço jurídico especializado, representado pela Advocacia de Estado, teria condições de propor normas processuais disciplinares compatíveis com a realidade concreta das práticas administrativas e com as modernas garantias constitucionais.

Somando-se todos estes fatores, há longos anos ficou muito claro para a Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul que o caminho estava aberto, senão para o Direito Disciplinar como um todo, ao menos para um estatuto processual unificado.

Porém, tudo isto sempre ficou no âmbito das cogitações teóricas, dadas as dificuldades necessárias para transpor-se o patamar político que culmine em uma proposta legislativa concreta.

Regime jurídico único

Contudo, um fato jurídico novo veio alterar este quadro.

Trata-se de regime jurídico único. Como previsto no artigo 39 da Constituição Federal:

“Art. 39 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

A proposta constitucional para a unificação do regime jurídico do Serviço Público Civil fez recrudescer o tema da unificação do regime disciplinar e reascendeu a discussão, agora, ampliada para um estatuto disciplinar unificado, com normas materiais e processuais.

Toda a experiência da Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul foi revigorada no momento em que se discute uma revisão estatutária nos moldes preconizados para um regime jurídico único.

Esta experiência manda atente-se para o fato concreto, representado pelo Direito Administrativo-Disciplinar legislado recentemente na União, no bojo do novo Estatuto Federal: — a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Lei do regime jurídico único do serviço público civil federal. Peça legislativa que encerra a discussão doutrinária sobre vários aspectos polêmicos, suscitados pela previsão constitucional da unificação dos regimes.

Legislação que associa regime jurídico único com estatuto único e com a extinção do regime jurídico celetista, por via da mera conversão legislativa deste pessoal em estatutário.

Ali, na Lei 8.112, se observa uma reedição quase que sumária do estatuto anterior. Com a natural revogação da norma estatutária especializada.

Como foi o caso da implícita revogação do Estatuto da Polícia Federal, editado, certamente porque as peculiaridades da função assim o exigiam. Na hipótese, um direito positivo especial e ulterior ao Estatuto Federal de 1951, a Lei nº 1.711.

Gerando-se, com esta concepção legislativa da unificação estatutária, na prática, um retrocesso, pois ficam implicitamente revogadas as normas disciplinares de categorias especializadas.

No exemplo suscitado, a Lei nº 4.878, de 03/12/65, que instituiu o regime jurídico peculiar aos funcionários policiais civis federais. Os 74 artigos deste estatuto vêm regulamentados em 456 dispositivos do Decreto nº 59.310, de 27/09/66. Lei e Decreto com amplo espaço para a matéria disciplinar, propondo um sistema de comissões permanentes de disciplina, cujos membros exercem mandato de seis meses (art. 55, Lei nº 4.878/65).

A rigor, com o regime jurídico único da Lei nº 8.112/90 toda esta regulamentação especializada ficou revogada*.

* Há decisão posterior do STF garantindo a vigência desta Legislação estatutária específica "in verbis":

"MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.331-1/160 — DF

Tribunal Pleno (DJ, 18.03.1994)

Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira
Impetrantes: Marco Aurélio Guimarães e outro
Adu.: Sérgio do Rego Macedo
Impetrado: Presidente da República

No plano estadual, leia-se Rio Grande do Sul, contam-se inúmeros estatutos especializados, dentre eles, também um da Polícia Civil, com um regime disciplinar todo particular, onde sobressai uma importante concepção de órgão disciplinar — o Conselho Superior de Polícia.

Órgão que conta modernamente com representativa atuação da sociedade civil, mediante a participação paritária do Ministério Público, OAB e Procuradoria-Geral do Estado, juntamente com três delegados de polícia em final de carreira (4ª categoria).

Pois, esta, como outras peculiaridades do ordenamento jurídico-disciplinar em vigor não devem e não podem ser sumariamente extintas ou abandonadas, quando se pensa em um novo Direito do Trabalho Administrativo.

Assim é que, no momento em que se trabalha sobre a unificação do regime jurídico do pessoal permanente do Serviço Público Civil Estadual, tem-se inédita oportunidade histórica para o aperfeiçoamento desta legislação estatutária.

Legislação cujo marco inicial e em âmbito federal vamos encontrar no remoto ano de 1907, data de um primeiro projeto, apresentado por JUSTINIANO SERPA; legislação cujas maiores expressões nacionais vêm representadas pelo Decreto-Lei nº 1.713, de 28/10/39, o primeiro Estatuto Federal, seguido da Lei nº 1.711, de 28/10/52, hoje revogada pela Lei nº 8.112, de 11/12/90.

CONCLUSÕES

ESTATUTO DISCIPLINAR UNIFICADO

Concepção estatutária

Referiu-se estes últimos aspectos concretos do Direito Positivo, assim como desdobrou-se a evolução histórica da competência disciplinar superior

EMENTA: — Mandado de segurança. Agentes de Polícia Federal demitidos, após processo disciplinar, "por se terem prevaletido, abusivamente, da condição de policial". Lei nº 4.878, de 1965; Decreto nº 59.310/1966, art. 364.

A Lei nº 8.112, de 11.12.1990, não revogou a Lei nº 4.878/1965, estatuto dos policiais federais e sua regulamentação. O art. 253, da Lei nº 8.112/1990 revogou apenas a Lei nº 1711/1952 e respectiva legislação complementar, aí não compreendida a legislação estatutária específica de determinadas categorias funcionais. O exercício do poder disciplinar da Administração pode ocorrer, independentemente da jurisdição criminal. Decreto nº 59.310/1966, arts. 369 e 427 e § 1º. Precedentes do STF. Decreto nº 59.310/1966, art. 364, incisos VIII, XX, XXIV e XLVIII. Embora não caiba, em mandado de segurança, discutir fatos, certo é que, na espécie, a gravidade dos atos imputados aos servidores se entremostra evidente na só descrição constante do relatório do processo disciplinar. Em linha de princípio, a capitulação das transgressões disciplinares não refoge das normas estatutárias indicadas. Mandado de segurança indeferido, ressalvadas as vias ordinárias.

(...)

no Rio Grande do Sul, para bem apanhar-se o sentido e as implicações de um Estatuto Disciplinar Unificado.

Sentido e implicações que recomendam evitar-se o retrocesso federal e aproveitar-se a experiência prática de mais de vinte anos da Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul.

Com base nesta experiência, elaborou-se o texto básico para um anteprojeto de lei complementar do que deverá representar o Estatuto Disciplinar Único para o Serviço Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

A concepção preconiza uma reforma legislativa que resumidamente consiste em uma nova versão estatutária, separando-se do texto convencional o Direito Administrativo-Disciplinar de fundo e de forma.

Assim, o estatuto restaria limitado a duas e não mais três partes básicas, vale dizer, somente "provimento e vacância" e "direito e vantagens".

A terceira parte passará a constituir uma legislação independente e especializada de Direito Disciplinar.

Aproveitando-se a especialização, integra-se todo um conjunto normativo para organizar práticas não escritas ou direito positivo até hoje pendentes de regulamentação administrativa, desde que associado ao Direito Disciplinar.

Tais como os desdobramentos das competências na instância disciplinar contenciosa, a interação da legislação administrativa com os efeitos da sentença penal sobre o cargo público, a articulação do Direito e da instância Disciplinar com a responsabilidade patrimonial do servidor, a organização geral da função disciplinar da Administração Pública, o funcionamento orgânico da instância disciplinar e a interação dos diversos procedimentos, a regulamentação do estágio probatório e sua articulação com o Direito e o Processo Disciplinar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (Relator) (...) – Preliminarmente, afasto a arguição constante do parecer da Procuradoria-Geral da República, às fls. 139/140, quanto à ilegitimidade ativa do impetrante, eis que, na inicial, o procurador dela signatário impetra mandado de segurança em favor de seus constituintes e não figuram estes como os requerentes. O mero equívoco na formulação da inicial, que principia com o nome do mandatário e não dos mandantes, não basta a descaracterizar a condição de autores da ação de segurança dos ora impetrantes. Na autuação do feito, a Secretaria já procedeu corretamente, anotando como Impetrantes Marco Aurélio Guimarães e outro e como advogado o bacharel Sérgio do Rego Macedo, mandatário, conforme procuração de fls. 24. Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade ativa do impetrante. Quanto ao mérito, o parecer da ilustrada Subprocuradora-Geral da República, Dra. Odília Ferreira da Luz Oliveira, às fls. 140/142, assim examina o caso:

"As leis especiais, como são aquelas que dispõem sobre o regime jurídico de específicas categorias de servidores públicos, não foram revogadas pela Lei geral nº 8.112/90, que estabeleceu o regime jurídico único dos servidores civis da União, suas autarquias e empresas públicas. Isso, por vários motivos.

Em, primeiro lugar, porque a lei geral não revoga a especial.

Como conseqüência também da especialização integram-se alguns pontos tópicos, como sejam conquistas da legislação, da doutrina e da jurisprudência, até por cópia quase fiel, de que é exemplo a matéria reunida no Título das Garantias do Livro I do Volume I (arts. 2/15).

Aperfeiçoamentos, além do corpo legislativo em si, restringem-se a necessidades técnicas de há muito reclamadas e no que não pende controvérsia.

Como é o caso do tratamento dado à prescrição, principalmente para enterrar de vez toda a cansativa polêmica ensejada pelo empréstimo dos prazos penais.

Outro aperfeiçoamento que se impunha era a fixação da garantia contra o apenamento expulsivo compulsório, ampliando-se a liberdade do julgamento. A par disto, a instituição clara do princípio da reserva legal para a destituição punitiva, limitando-se definitivamente a discussão doutrinária sobre a discricionariedade no Direito Processual Disciplinar.

Concepção estrutural

Trata-se, portanto, de uma proposta modesta, onde foi rigorosamente observado o respeito reverencial pela tradição administrativa e pelos critérios e orientações já consolidados em doutrina e jurisprudência.

Com isto, assegurou-se o trabalho contra a inovação fútil e inconseqüente do neófito. Muito pouco de novo será encontrado para além da mera UNIFICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR e de sua autonomia legislativa.

E se há novo, por certo é a explicitação de tudo que já se sabia, se aplicava e se fazia. Porém, com as dificuldades naturais decorrentes da "vacatio legis", exigindo o suprimento indefinido dos princípios gerais de Direito e a aplicação analógica dos postulados e dos textos dispersos (cf. art. 4º da Lei de Introdução ao Cód. Civil).

Além disso, a exigência de um regime jurídico único, feita pela Constituição, significa, apenas, a unidade de natureza do vínculo de emprego que une os servidores ao Estado, acabando-se com a diversidade anterior, em que conviviam o liame estatutário e o trabalhista. Assentado o regime estatutário como o regime único, nada impede que, sempre mantido o caráter estatutário da relação de emprego público, certas categorias de servidores públicos, dada a peculiaridade de suas funções, tenham um regime também peculiar.

Note-se que a Constituição não impõe uma lei única, mas um regime único, que é o estatutário. Equivoca-se o impetrante ao citar o art. 253 da Lei nº 8.112/90 como fundamento de sua tese. Tal dispositivo revoga apenas a legislação complementar da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, isto é, as leis e regulamentos que dispunham sobre a matéria regida por essa lei geral, completando seus preceitos. As leis especiais – como é o caso do Estatuto dos Policiais Civis da União e dos Distrito Federal – não eram complementares da Lei nº 1.711/52, esta é que, havendo disposição expressa, se aplicava supletivamente aos servidores sob regime estatutário especial. Desmorona, assim, toda a argumentação do impetrante baseada na inexistente revogação da Lei nº 4.878/65 e seu regulamento pela Lei nº 8.112/90.

(...)

Algumas poucas coisas são propostas, mais pelo reclamo da experiência prática.

Nisto e no que reporta ao direito material, tem-se a garantia de inviolabilidade da aposentadoria, convertida, então, em fator de extinção da punibilidade; a introdução do pagamento de parcela alimentar durante a suspensão; a responsabilidade mitigada do alcoólatra; a garantia de que não haverá punição expulsiva de aplicação compulsória; maiores facilidades para o desligamento voluntário de servidor processado disciplinarmente e o direito de afastá-lo provisoriamente da atividade ou função prejudicada; e o regulamento cuidadoso dos prazos prescricionais para aplicação e execução das punições disciplinares.

Quanto ao Direito Processual, atendeu-se velhas reivindicações. Na parte geral, vem como pontos mais reclamados – a precatória administrativa; a organização dos atos processuais e sua comunicação – formas de citação e intimações; regulamento do serviço processual; o conceito de autoridade processante, singular ou colegiada, e sua articulação com a autoridade instauradora e julgadora; as regras gerais da prova; proposta do que se denominou como “transação administrativa”, forma de prevenir ou encerrar-se a ação disciplinar; o regulamento mais adequado das nulidades processuais. Na parte especial, a previsão de três grupos de procedimentos – disciplinares, patrimoniais e do estágio probatório.

Nos procedimentos disciplinares atendeu-se antiga reclamação da defesa para o disciplinamento de recursos processuais.

A inclusão dos procedimentos patrimoniais veio da prática que assim o exigia, pela evidente falta de nitidez entre a responsabilidade administrativa e patrimonial do servidor.

Por fim, propõe-se um verdadeiro pequeno estatuto do estágio probatório, pela experiência reunida das práticas administrativas sobre o necessário para a eficácia do estágio e a articulação deste com o sistema disciplinar.

Na organização da jurisdição administrativa, propõe-se o funcionamento não processual da chamada disciplina baixa, com a competência pessoal das

“Não tenho, em realidade, como procedente, o fundamento segundo o qual a Lei nº 8.112, de 11.12.1990, revogou o Estatuto dos policiais federais e sua regulamentação, normas especiais já vigentes no regime estatutário anterior, ao lado da Lei nº 1.711, de 28.10.1952. O art. 253, da Lei nº 8.112/90, revoga apenas a Lei nº 1.711/52 e respectiva legislação complementar, aí não compreendida a legislação estatutária específica de determinadas categorias funcionais. (...)”

Na verdade o acórdão objetiva remediar um desastre legislativo e não enfrenta a dupla estatutividade que institui a partir e “a posteriori” da Lei nº 8.112/90. Lei esta, mais recente do que todas as legislações de categorias especializadas, categorias, estas, absorvidas em bloco no regime disciplinar do estatuto único da União, que não ressalvou a vigência da legislação anterior, quer em conflito, quer não.

chefias para o apenamento corretivo de efeito moral (advertência, censura e repreensão); garantida a processualização pela reclamação posterior.

Como nova, a proposta de ampliar-se na Administração Pública a experiência fecunda de um órgão e paradigma muito antigo na competência disciplinar da Polícia Civil – o louvável Conselho Superior de Polícia. Daí a proposta dos CONSELHOS DISCIPLINARES, temporários ou permanentes, mas, sempre articulados com a autoridade processante singular.

Pela proposta, órgãos especializados na matéria disciplinar. Concebidos como instrumento disponível ao administrador. Disponível e não obrigatório. Bem mais ágeis e funcionais que as ainda mantidas comissões processantes.

Concluindo, salienta-se a proposta de quatro instrumentos práticos para o funcionamento da ação disciplinar – dois para a garantia de seus exercício – o auto de infração disciplinar e a representação; dois de natureza acautelatória – a interpelação disciplinar preventiva e o processo de justificação.

Por fim, uma proposta relevante sobre a competência especial da Advocacia de Estado. Obedecido ao preconizado na redação do seu anteprojeto de Lei Orgânica, vem regulamentado o que, aceito, será a CORREGEDORIA-GERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Órgão componente da estrutura básica da Procuradoria-Geral do Estado. Integrado por um Conselho Corregedor do Estado, presidido pelo Procurador-Geral do Estado, mais as atuais Comissões Permanentes de Processo Administrativo-Disciplinar, melhor previstas em sua formação, convertida a atual Equipe de Revisão no Conselho de Revisão e Recurso Disciplinar, que poderá ser desdobrado em Conselho de Consultoria Disciplinar.

INCIDÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO NO DIREITO PRIVADO

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH*

* Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Professora de Direito Administrativo da Escola Superior de Advocacia de Estado. Professora da Faculdade de Direito da UFRGS. Trabalho apresentado no Curso de Mestrado em Direito da UFRGS, na disciplina Teoria Geral do Direito Privado.

INTRODUÇÃO

A finalidade precípua do presente trabalho é tentar traçar as relações da Constituição com o Direito Privado e, sobretudo, as influências e as transformações que aquela exerceu sobre este, na medida que, ao longo da história, o Direito Constitucional se fomentou posteriormente.

A matéria tem sido estudada tanto no âmbito do Direito Público como no Direito Privado, mas o enfoque que aqui se busca é privatístico, já que a disciplina diz respeito à Teoria Geral do Direito Privado. Buscaremos compreender as razões pelas quais institutos próprios do Direito Privado emigraram para o Direito Público ou passaram a ter nova "moldura" em face da incidência de regras e princípios trazidos pelas Constituições.

O Direito Constitucional, como é sabido, penetra, hoje, em todas as disciplinas jurídicas e, por conseqüência, no âmbito naquelas próprias e específicas do Direito Privado, entre as quais o Direito Civil representa o tronco de maior relevo.

Para compreender este fenômeno chamado por alguns de "constitucionalização" de regras e princípios atinentes a instituições privadas, faz-se indispensável detemo-nos na análise da evolução histórica do Direito, para poder entender a função e o papel que as codificações tiveram em consonância com a realidade política e social de sua época comparativamente com as premissas nas quais se fez necessário o constitucionalismo e as alterações que este operou de acordo com as novas exigências que se colocaram frente ao Estado.

A temática do estudo se estenderá sobre a forma de incidência da Constituição no Direito Privado. Ou seja, o modo como ingressam no sistema jurídico privado a aplicação de princípios constitucionais, atentando-se que aquele possui instrumentos e institutos próprios para a sua concreção. Ou até como normas de Direito Privado passaram a ter "valor" constitucional.

Verificar-se-á aqui como os valores constitucionais irão não só determinar as escolhas legislativas e interpretativas na solução dos casos concretos mas também operar restrições à autonomia de vontade dos particulares, redesenhando com nova ideologia política institutos tradicionais tanto do Direito Civil como do Direito Comercial.

I - SITUAÇÃO DA PROBLEMÁTICA NO ÂMBITO DO PROCESSO HISTÓRICO DA CIÊNCIA DO DIREITO.

O Direito Privado teve um grande desenvolvimento na época do Estado Liberal que assentava na autonomia privada e no individualismo. Com a Revolução Francesa e com a ascensão da burguesia, época em que, no dizer

de Ortega, "os princípios derrubaram os príncipes", passou-se a era da afirmação dos direitos individuais. Na vontade dos particulares, assentava quase totalmente a formação da ordem privada¹. O Estado não deveria interferir nas relações dos particulares, mas apenas tratar de dar condições favoráveis para que elas se desenvolvessem e que os conflitos de interesses fossem resolvidos de acordo com a vontade dos próprios indivíduos. O papel do Poder Público ficava contido nas tarefas de realização de serviços públicos típicos, como a segurança. Era a época do Estado-Polícia ou "Gendarme", onde as esferas pública e privada eram plenamente distintas.

Este foi o período do apogeu da codificação, sublimada no Direito Civil como o ramo do direito mais representativo da ideologia da época. O iluminismo do século XVIII pugnava por leis positivas que traduzissem o direito justo. A prodigiosa sistematização então elaborada supunha, ainda, um mundo jurídico sem lacunas e uma firme teoria das fontes das obrigações².

O Código Napoleônico, de sua feita, veio dar plena satisfação ideológica, na concepção abstrata dos direitos originários dos indivíduos e na ampla tutela do direito de propriedade, aos ideais políticos, econômicos e sociais da época³.

Os códigos representavam, pois, não apenas o diploma básico ou a "constituição" dos indivíduos, mas bem mais, o diploma básico de toda a ordem jurídica, disciplinando os institutos comuns de vários ramos do saber jurídico. O Direito Privado era o direito "central". Nesse sistema, as relações do direito privado com o direito público apresentavam-se bem definidas. O primeiro tratava dos direitos de todos os direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto ao segundo concernia a tutela dos interesses gerais, impondo limites aos direitos dos indivíduos mas somente em razão das exigências destes. Ao Estado era conferida a tarefa de manter a coexistência pacífica entre os particulares para que estes livremente se desenvolvessem conforme suas próprias regras.

O Direito Constitucional, por sua vez, nasceu nesta mesma época onde o dogma era a nítida separação entre o Estado e a Sociedade. Como não podia deixar de ser, seu âmbito ficava restrito a definição da estrutura e das funções básicas do Estado ao mesmo tempo em que enunciava os direitos fundamentais dos indivíduos, por exigência dos movimentos revolucionários da época. Neste período em que a ação do Estado era tida como mínima

(1) SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 18.

(2) SILVA, Clóvis do Couto e. *ob. cit.* p. 26.

(3) VARELLA, João de Matos Antunes. *O movimento de descodificação do Direito Civil*. Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira, p. 499/531.

em relação à vontade privada, a afirmação dos direitos fundamentais pela Constituição representava apenas uma garantia dos indivíduos contra o próprio Poder Público. Visava-se apenas a proteger a sociedade contra os "ataques" do Estado, como afirmou Raizer⁴.

A concepção ideológica do Estado, porém, alterou-se ao longo do século XX. A complexidade da sociedade no campo social, econômico e político passou a exigir do Estado outras funções mais abrangentes e mais ativas. A transformação da sociedade civil e agrária em industrial, inobstante continuasse sendo privada, por excelência, exigiu da atuação estatal tarefas de ordenação, planificação e mesmo de intervenção, quando necessárias ao equilíbrio social.

Como, de acordo com o que ensina Konrad Hesse⁵, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, bem como que sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, devendo ela incorporar o substrato espiritual de seu povo, o texto das constituições passou a incorporar estas transformações, operando profundas modificações no "espírito" do Direito Privado.

O novo direito social econômico acabou, inclusive, como sustenta Wieacker⁶ quebrando o próprio predomínio do direito privado a partir da primeira Guerra Mundial, quando a situação econômica trouxe consigo graves restrições à liberdade contratual e à liberdade de utilização da propriedade.

As circunstâncias fáticas da época demonstraram que o simples cumprimento dos postulados de liberdade e igualdade com proteção do Estado pode resultar em verdadeiros paradoxos pois a sociedade apresenta amiúde diferenças econômicas e sociais entre seus componentes, que se acentuam continuamente num regime apenas negativo de organização política. De nada serviria reconhecer a "todos" os indivíduos um direito à propriedade ou liberdade de trabalho e de ensino, se as condições sócio-econômicas imperantes excluem permanentemente alguns indivíduos de toda oportunidade de serem proprietários, de trabalhar livremente ou de apreender⁷.

Foi a transição do Estado Liberal, do Estado de Direito para o Estado do Bem-Estar ou Estado Social. Em outras palavras, a passagem do Estado

(4) RAIZER, Ludwig, *O futuro do direito privado*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre (25) 11.30, 1979.

(5) HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Fabris Editor, P.A. 1991.

(6) WIEACKER, Franz, *A história do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p/631 e ss.

(7) GORDILHO, Augustin, *Princípios Gerais de Direito Público*. Ed. R. T., S.P. 1977, p. 69/70.

de Liberdade para o Estado de Constitucionalidade. Do dogma da soberania popular através do Parlamento, avançou-se para a soberania do povo na Constituição. Não só o Poder Judiciário e o Executivo ficam submetidos à lei mas o próprio Legislativo está adstrito às regras e princípios constitucionais. Esta transição dá um papel muito importante ao Judiciário, o de intérprete último do significado das normas constitucionais e da validade das normas legislativas⁸ e, inclusive, avançando para o novo significado do Direito Privado, da constitucionalidade dos atos dos particulares.

Da ordem constitucional passam a nascer, em igualdade de situação e em equilíbrio necessário, os direitos dos particulares e as atribuições do Estado. "Da liberdade frente ao Estado evolui-se para a liberdade através do Estado. Da limitação dos poderes do Estado chega-se à limitação das prerrogativas dos indivíduos"⁹.

A ingerência do Estado nas relações particulares justifica-se não em nome de uma igualdade formal entre as pessoas, mas com vistas a alcançar-se um nivelamento em face das desigualdades sociais e econômicas. A igualdade deixa assim de ser ponto de partida do direito para se converter em meta ou aspiração da ordem jurídica¹⁰.

Tudo isto fez com que aquela idéia inicial de inserir na "matéria" constitucional a proteção das garantias individuais apenas **contra** o Estado ficasse alargado para alcançar aquela proteção inclusive no âmbito das relações meramente privadas... O Direito Constitucional também interfere no seio destas, estabelecendo direitos inalteráveis pelos indivíduos. A técnica legislativa-constitucional moderna de arrolar as garantias fundamentais ao início da Lei Básica, tendência para a qual se curvou a Carta Brasileira de 1988, já por si só revela a abrangência que tais regras possuem dentro da sociedade civil.

O Código Civil, a partir de então, como sustenta o Prof. João de Matos Antunes Varela¹¹, deixou de constituir o **centro geométrico** de toda a ordem jurídica constituída. O primado da legislação passa para a Constituição que lança as bases de uma nova sociedade ideologicamente comprometida.

O sistema jurídico da "common law", principalmente através das cortes norte-americanas, permitiu que mais facilmente o problema da incidência

(8) GORDILHO, Augustin, *ob. cit.* p. 65.

(9) citação de MODESTO CARVALHOSA em nota de rodapé da *ob. cit.* de Augustin GORDILHO, p. 72.

(10) RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1965, p. 162.

(11) *op. et loc. cit.*

dos princípios constitucionais nas relações privadas, especialmente as obrigacionais, fosse solucionado face às características específicas do seu direito, preponderantemente jurisprudencial e dotado de uma constituição de importância política fundamental¹².

Já no sistema Romano-Germânico, o fenômeno da emigração para o Direito Constitucional de institutos próprios do Direito Privado trouxe como conseqüência o enfraquecimento da rígida divisão entre o direito público e o direito privado, passando a existir uma interpenetração cada vez mais freqüente, como identifica Raizer, entre os dois ramos clássicos do Direito: dois focos de irradiação recíproca. Esta separação se justificava enquanto o pensamento liberal clássico assentava na contraposição entre Estado e sociedade civil. Não mais, com as matrizes ideológicas do Estado Social. Entre os dois ramos clássicos do Direito e mormente entre a Constituição e as leis de cunho privado passou a existir um núcleo central. Onde os princípios jurídicos clássicos do Direito Privado não forem suficientes para produzir a nova ordem social e econômica desejada, o Direito Público deve intervir, tanto para completar e embasar, quanto para delimitar e corrigir¹³.

Com cada vez mais freqüência aumentam os pontos de confluência entre o direito público e o direito privado. Deixa de existir uma delimitação precisa para, ao contrário, fundir-se o interesse público e o interesse privado. Direito privado e direito público tiveram modificados os seus significados originários: o primeiro deixa de ser o âmbito da vontade individual apenas enquanto o segundo não mais se inspira na subordinação do cidadão. Não mais são a expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade.

Pode-se, assim, seguramente sustentar, como o fez Raizer que o direito privado passa a ter também uma função política, inimaginável à época das codificações. Os princípios ético-políticos que serviram de fundamento ao Direito Constitucional despejaram uma forte influência no Direito Privado, fazendo com que alguns de seus institutos sofressem uma mudança de função¹⁴. A incidência dos valores constitucionais no tecido normativo civilista opera uma espécie de "despatrimonialização" do direito privado, em face da importância atribuída pela Constituição à pessoa humana.

(12) DAVID, Rene, *Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos*, edição espanhola, Aguilar, 1973.

(13) RAIZER, Ludwig, op. cit. p. 25.

(14) RAIZER, Ludwig, *Compito Del Diritto Privato*, La Costituzione e el Diritto Privato, p. 174.

II - FORMA DE INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PRIVADO - EFICÁCIA DIRETA E REFLEXA.

As relações privadas e especialmente as obrigacionais assentam-se, como já referido, no princípio da autonomia da vontade. Este, de acordo com Carlos Alberto da Mota Pinto, consiste no "poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica".

A enunciação pela Constituição de princípios fundamentais da nova sociedade civil traçada pelo Estado Social importa em restrições daquele postulado e, particularmente, da liberdade contratual. A lógica proprietária, a lógica produtivista e empresarial cede lugar a valores existenciais privilegiados pela Constituição que se contrapõem a valores meramente patrimoniais. A inflexão da disciplina civilista, voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais, opera-se em obediência aos novos postulados constitucionais que não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas apenas enquanto destinados a efetivar valores existenciais realizadores da justiça social.

Note-se aqui, como o fez Mota Pinto, que mesmo nos países socialistas em que a produção está organizada pelas empresas do Estado, o contrato e a liberdade contratual conquanto tenham perdido muito de sua importância ainda assim não desapareceram totalmente e se verificaria uma tendência a tonar a planificação econômica rígida e miruciosa¹⁵.

O modo com que o "peso" do Direito Constitucional influencia e opera a "modelagem" do direito privado, é o que tentaremos ora elucidar. Este é um trabalho que demanda especial atenção na medida em que os postulados nos quais o Direito Privado se assenta representam um compromisso com a própria origem da ciência do direito. Sob pena de desfigurar o próprio caráter do direito privado, é preciso lembrar, como o faz Mota Pinto, que os princípios básicos deste ramo do direito "não brotaram por geração espontânea no solo da vida social de hoje; trata-se de um produto histórico, em cuja gestação concorrem opções fundamentais sobre a organização econômica e social e mesmo sobre concepção do homem"¹⁶.

Para determinar, pois, o alcance da incidência dos novos princípios constitucionais às relações particulares, faz-se necessário examiná-los em função do seu adequado sentido. Da polaridade público <> privado, social <> individual, é necessário definir corretamente o papel desenhado pela Lei Fundamental ao direito privado.

(15) MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito civil*, p. 83.

(16) op. cit. p. 59

As regras constitucionais possuem graus de eficácia diversa. Mas é certo, igualmente, afirmar que inexistem normas constitucionais desprovidas de eficácia, mesmo aquelas de caráter meramente programático.

A matéria tem sido estudada na doutrina brasileira. Apenas para referir, temos a classificação de Ruy Barbosa, de normas auto executáveis e normas não auto executáveis. Posteriormente, atendo-se ao problema da eficácia como de "completude normativa", Pontes de Miranda dividiu as normas constitucionais em "bastantes em si" e "não bastante em si". Mais modernamente, José Afonso da Silva, em sua monografia "Aplicabilidade das Normas Constitucionais" traz a teoria tricotômica da eficácia que revela a existência de normas constitucionais de eficácia **plena**, de eficácia **contida** e de eficácia **limitada**. Mesmo estas últimas, onde se incluem as normas programáticas, possuem uma eficácia "negativa" já que cobrem toda e qualquer atividade infraconstitucional que lhe seja contrária, condicionando a atividade não só do Poder Executivo como do Poder Legislativo.

Importante aqui também é ressaltar o traço típico das Constituições: a sua **supremacia**. O texto constitucional deve prevalecer sobre as demais regras do mesmo ordenamento, que a ela devem se conformar. Elegem-se como as principais normas do sistema e não podem ser contraditadas por qualquer outra regra jurídica, sendo, por isso mesmo, de maior relevância o seu papel na teoria das fontes do direito civil. Mas tudo isto depende do grau e do modo como os seus destinatários vivem e cumprem a Constituição, sejam aqueles dotados de competências normativas, como os legisladores, os juizes e administradores, sejam aqueles os demais integrantes da população¹⁷.

No presente estudo, o relevante é indagar de que modo os princípios e normas inseridos na Constituição podem modificar o Direito Privado. Cumpre verificar de que modo e segundo que técnicas torna-se possível aplicar os postulados constitucionais no campo do direito civil. Neste aspecto, a eficácia constitucional tanto pode dar-se de modo direto como indireto nas relações privadas.

Uma referência importante para a concreção dos valores constitucionais diz respeito ao contido no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum", dispositivo que permite uma recriação do Direito Privado através

do trabalho do Poder Judiciário, não submetido ao livre arbítrio ou da exclusiva bagagem ético-cultural do magistrado, mas amarrado aos valores essenciais do ordenamento jurídico guindados ao texto constitucional.

Por vezes as normas constitucionais, por sua redação objetiva, operam mudanças imediatas no Direito Privado. É o que aconteceu em relação ao Direito Civil quanto à proibição constante do art. 227, parágrafo 6º, da Carta Política de 1988, que estabelece a igualdade de direito entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou mesmo por adoção, banindo as disposições de vontade ou legais que pretendessem estabelecer quaisquer discriminações entre eles. É o caso, por exemplo, da lei que proibia o reconhecimento do filho adúlterino na constância do casamento que, hoje, tornou-se inconstitucional.

Quanto ao tema da **propriedade**, essencial torna-se avaliar a matéria constitucional para a reconstrução do instituto no âmbito das relações privadas. A nova qualificação constitucional concernente à "função social" traz aspectos inconciliáveis com a tradicional forma de tutela ao proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As crescentes restrições ao poder de domínio acarreta uma crise do conceito clássico de propriedade que, hoje, deve ser compreendido de conformidade com a disciplina que a Lei Política lhe impõe.

No âmbito das relações de família, importante destacar a substituição levada a efeito pelo texto constitucional da "família-instituição", pela "família-instrumento", dirigida para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, nuclear e protegida na medida em que cumpra seu papel educacional, em detrimento das relações de dependência econômica não mais prioritariamente tuteladas. Transforma-se o direito civil, de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para a regulamentação da vida social, na família ou nas novas entidades familiares ("união estável"), nas associações, nos grupos comunitários e onde mais que a personalidade humana melhor se desenvolva e que sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

Em relação ao Direito Comercial, também encontramos princípios positivados na Constituição, relativos à ordem econômica que repercutiram neste ramo do Direito privado. Como exemplo, o referido no inciso V do art. 170 – **defesa do consumidor** –, tema já qualificado como "**modismo modernizante do capitalismo**"¹⁸ e que afeta todo o exercício da atividade econômica. E aqui acontece fenômeno interessante na medida em que o próprio Poder Público é um grande consumidor e, por isso, também

17) GEORGAKILAS, Ritinha Alzira, **A Constituição e sua imperatividade**, Estado de São Paulo de 13.05.89. p. 30

(18) GRAU, Eros Roberto, **A Ordem econômica da Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**, 2ª ed. – S.P.: Ed. R.T. 1991, p. 253.

merece a proteção contra os particulares que exercem a atividade econômica, mas ele também pode (o que seria impensável à época do liberalismo e das codificações) exercer a atividade econômica de forma indireta, através de suas sociedades de economia mista e empresas públicas (art. 174 da Constituição), em igualdade de condições com as empresas privadas, ou até diretamente, em circunstâncias especiais relativas “à segurança nacional ou relevante interesse coletivo” (art. 173).

Também o princípio da **defesa do meio ambiente** (art. 170, VI) relacionado à regra de **assegurar a todos existência digna** (art. 225) igualmente trazem sérias limitações à atividade empresarial. Exige-se, por exemplo, na forma da lei, que o Poder Público realize prévio estudo de impacto ambiental, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de depredação ao meio ambiente. Do mesmo modo, os particulares ficam impedidos de explorar a fauna e a flora quando esta atividade colocar em risco a função ecológica daquelas (art. 225, incisos IV e VI).

Extraí-se, outras vezes, de princípios constitucionais, assim como das normas programáticas, uma eficácia negativa de molde a acarretar a nulidade de cláusulas contratuais que tenham desconsiderado aquelas. Neste aspecto, apresenta especial relevo o princípio da igualdade, “o mais vasto dos princípios constitucionais, não havendo recanto onde ele não seja impositivo”¹⁹.

Neste sentido, o trabalho da colega Rozangela Motiska Bertolo, apresentado nesta mesma disciplina e sobre o mesmo tema, em julho de 1990, exemplifica, sancionando com nulidade, a cláusula contratual que estabelecesse proibição de venda ou aluguel de imóveis a pessoas de determinada raça ou cor. Refere, ainda, questão bastante atual examinada pelas cortes americanas, enunciada na Harvard Law Review, quanto às discriminações feitas pela sociedade civil para com os portadores do vírus da AIDS, descabidamente restringindo-lhes o acesso a determinados locais, sem adequado embasamento em razões científicas.

Na mesma linha, FRANÇOIS LUCHAIRE extrai da jurisprudência francesa, em respeito ao princípios da liberdade e, mais particularmente, do direito ao respeito da vida privada, a proibição, sem o devido consentimento, do registro e da transmissão de palavras e da fixação ou transmissão da imagem, de uma pessoa que se encontra em lugar privado.

A eficácia pois que decorrem de tais princípios constitucionais no plano das relações privadas, nas hipóteses referidas, trariam como consequência de sua transgressão o direito de obter a declaração de nulidade da convenção ou, se já concretizada a lesão, o direito a uma indenização.

(19) BASTOS, Celso, *Comentários a Constituição*

As normas constitucionais podem, ainda, repercutir de forma reflexa no âmbito do Direito privado através das cláusulas gerais. Estas, como técnicas legislativas modernas, permitem ao intérprete, utilizando-se de uma formulação genérica da lei, valer-se de valores éticos e morais ou mesmo de fatores metajurídicos, na adequada aplicação da lei. Através da cláusula geral, os valores definidos constitucionalmente, como o princípio da igualdade, o da função social da propriedade, o da liberdade do exercício de atividade ou profissão, e outros tantos, podem ingressar no direito privado, mormente através da atividade do Poder Judiciário.

François Luchaire, em longo ensaio sobre os fundamentos constitucionais do Direito Civil, trata igualmente de, em contrapartida, pinçar, dentro dos domínios deste, as normas que passaram a ter “valor” constitucional, afirmando que também o Direito Civil tem influência sobre o Direito Constitucional. O Conselho Constitucional da França tem reconhecido que não apenas as disposições que tem sede na Lei Maior possuem valor constitucional mas também aqueles textos legislativos de hierarquia formalmente inferior cujo conteúdo guardam intimidade com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 e com o preâmbulo da Constituição francesa de 1946 e que, por isso mesmo, não podem ser revogados por lei infraconstitucional. Exemplo disso são os dispositivos referentes à emancipação pelo casamento, à liberdade matrimonial, a igualdade em matéria sucessória, etc...

Isto vem, mais uma vez, demonstrar que a influência dos dois ramos do Direito é recíproca.

CONCLUSÃO

Ao final pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral, particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e desforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

Com essas palavras, o Professor Konrad Hesse, em aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg-RFA, no ano de 1959, discorre sobre o tema da força normativa da Constituição.

Esta vontade da Constituição tem adentrado no campo do Direito Privado, vinculando não só o legislador, como o juiz, a administração pública e os particulares nas suas relações entre si. Irrecusáveis, pois, as transformações que aquela tem operado neste. Discutível é apenas o modo, a forma e a intensidade como elas se concretizam, considerando os postulados e os instrumentos próprios do Direito Privado.

O trabalho hermenêutico do jurista moderno dirige-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípio da Constituição, não mais apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado. Tende-se, na atualidade, a não mais permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos apenas ao legislador. Ao contrário, ressalta-se o seu papel transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema. Especificamente quanto ao direito privado, a Constituição passa a ser o centro de integração de todo o ordenamento jurídico.

Mesmo quando o legislador permanece inerte, devem o juiz e o jurista proceder à inadiável tarefa de adequação da legislação civil, operando interpretações dotadas de "sensibilidade constitucional" que, em derradeira análise, vivifiquem o teor e a vontade da Constituição.

Avulta, mais uma vez aqui, a importância do papel do Poder Judiciário para fazer valer a nova função da Constituição, de cunho social e econômico, na aplicação do Direito aos conflitos concretos de interesses da sociedade.

Como sustenta EROS GRAU, "o Poder Judiciário é tangido pelo dever de prover a exeqüibilidade (efetividade) imediata do direito ou garantia constitucional"²⁰.

Conquanto se reconheça que das decisões do Judiciário possam apenas resultar eficácia jurídica formal, escapando de seu alcance a eficácia material ou social imediata, não é de desmerecer, ainda assim, o efeito de uma interpretação dinâmica da Constituição, mormente quanto a normas, regras e mesmo atos de cunho privado, com vistas a obter-se, através dos instrumentos postos à disposição da soberania popular, restaurada pela Constituição de 1988, a efetiva mudança da realidade social.

PARECERES

(20) GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 292.

INVESTIDURA EM OUTRA FUNÇÃO DURANTE A LICENÇA

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9555

ACUMULAÇÃO REMUNERADA. Licença para tratar interesses particulares. O art. 37, XVI, da Constituição Federal dirige-se apenas às acumulações em que há auferimento cumulativo de vantagens, como tal não se caracterizando a do servidor licenciado para tratar interesses particulares prevista no art. 86 da Lei 6.672/74. Modificação da orientação administrativa a respeito. Não é lícito, no entanto, ao servidor, sem expressa autorização legal, renunciar à remuneração para investir-se em outra função. Regime legal da relação de função pública.

CATARINA JUSSARA DA SILVA TISSOT, professora estadual, regime de 20 horas semanais, requer no expediente licença para tratamento de interesses particulares com a finalidade, expressamente declarada, de “exercer a função de Delegada do IPÊ na Cidade de Passo Fundo” (cf. requerimento, fl. 2v).

Acolhendo manifestação da senhora Diretora de Recursos Humanos da SEC, que, em face de pronunciamento de sua assessoria, suscitou dúvida quanto à possibilidade da concessão da licença “considerando o disposto no inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal (proibitivo da acumulação)”, a Excelentíssima Senhora Secretária da Educação envia o expediente a esta Procuradoria-Geral para exame e parecer.

É o relatório.

2. Não obstante a concessão da licença para tratar de interesses particulares, não se investigue o interesse particular concreto visado pelo

servidor com a vantagem, no caso porém, em virtude de ter a requerente declarado expressamente destinar-se o afastamento à assunção de outro cargo público estadual, e em face da confiança que deve inspirar nos administrados a conduta da Administração, impõe-se examinar a licitude da situação em que ela pretende investir-se.

3. A jurisprudência administrativa do Estado tem reiteradamente entendido estender-se a proibição de acumular também aquelas hipóteses em que, como no caso da licença para tratar de interesses particulares, o afastamento do servidor é sem remuneração. Neste sentido, por exemplo, orientava-se o antigo conselho do Serviço Público (v.g.: Pareceres n^{os} 4.369, DOE de 5/6/61, e 4.528, DOE 7/11/61, Relator Conselheiro JOÃO PETERSEN JUNIOR) e tem se orientado esta Procuradoria-Geral do Estado (v.g.: Pareceres n^{os} DAJ/492 de 3/8/67 do Consultor Jurídico ALDO LEÃO FERREIRA, 3.205 DE 30/12/75 do Consultor Jurídico ALMIRO DO COUTO E SILVA, 4.622 de 16/2/81 da Procuradora do Estado MARISA SOARES GRASSI e 7.384 de 3/2/88 do Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH).

Na verdade, embora a partir de 1967 os textos constitucionais tenham passado a aludir a “acumulação remunerada” (CF/88, art. 37, XVI CF/67 c/red. da EC 1/69, art. 99 CF/67 red. orig. art. 97); a idéia que está à base de tal entendimento é a de que o que neles efetivamente se pretendeu e pretende vedar é o acúmulo de cargos, funções ou empregos públicos com ou sem percepção de vantagens. É a origem de tal interpretação, tanto no plano estadual como no federal, remonta, a rigor, ao Parecer H-559 de 6 de setembro de 1967 do então Consultor-Geral da República ADROALDO MESQUITA DA COSTA, no qual o ilustre jurista, invocando principalmente as finalidades do instituto e seu conceito doutrinário e jurisprudencial nas “Constituições passadas”, contrapunha-se à opinião do então Assistente Jurídico do DASP e membro de sua Comissão de Acumulação de Cargos Dr. CORSÍNDIO MONTEIRO DA SILVA para entender não ter havido alteração substancial a respeito com a Carta de 1967 (cujo texto, no ponto, foi repetido nas subseqüentes).

Expressivo desta influência no plano estadual é o Parecer n^o 4.622 da Procuradora do Estado MARISA SOARES GRASSI, que, embora anotando a ponderabilidade dos argumentos em contrário, mas entendendo-os insuficientes para modificar a orientação vigente, assim se manifestou, “verbis”:

“Examinando criteriosamente a matéria à luz do art. 97 da Constituição de 1967, redação mantida no art. 99 da Emenda n^o 1/69, o então Procurador-Geral da República, Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, demonstrou no Parecer n^o 559-H, de 6 de setembro

de 1967, que o entendimento sempre foi no sentido da vedação ampla, por ser a interpretação que melhor se coadunia com o objetivo da norma constitucional. / Após mencionar os elementos históricos que conduzem à orientação propugnada, argumenta o jurista: / “28. Reconheço que o legislador constituinte não escolheu a melhor técnica para expressar o seu propósito, dando margem a dúvidas, até certo ponto aceitáveis, na fiel execução da regra. / 29. Parece-me, porém, que a verdadeira inspiração constitucional é aquela da proibição absoluta, ressalvadas, tão-somente, as exceções, expressamente previstas. / 30. Não seria curial propugnar-se pela aceitação de um outro tipo de acumulação permitida, através de interpretação. Como exceções só reconhecidas as que estão indicadas na norma superior. / 31. Quando o art. 97 fala em “acumulação remunerada”, naturalmente pretende se referir ao cargo, mesmo porque não há cargo sem remuneração. / 32. O fato de o servidor poder optar pelos vencimentos de um dos cargos, para que se possibilitasse a acumulação, seria medida inconveniente, contrária aos interesses da Administração e não autorizada pelo preceito maior. / 33. Implicaria isto, também, na chamada “acumulação de autoridades” como bem acentuou o Dr. Corsíndio Monteiro da Silva, hipótese repelida pelo Mestre Rui, alertando, inclusive, para o seu caráter pernicioso. / 34. Não me impressiona o argumento de não ter a Constituição mencionado a palavra **cargos**, e ter-se referido apenas à **acumulação remunerada...** / 36. Assim, não receio afirmar que o art. 97 da vigente Constituição pretendeu e pretende vedar a acumulação de **Cargos**, ainda que omita essa expressão... / 38. Que seria da administração se tivesse de se sujeitar à vontade do servidor licenciado para ocupar um outro cargo? Não poderia preencher aquele cargo, por isso que estaria ele sempre à disposição do seu titular afastado, e que poderia retomar quando bem lhe aprouvesse. / 39. Se não licenciado, mas em efetivo exercício, sem remuneração, poderia obrigá-lo ao cumprimento integral de seus deveres e responsabilidades? Claro que não. A prestação de serviços gratuitos seria inconciliável com a aplicação das normas disciplinares. ... / 41. O problema, embora à primeira vista complexo, não me induz a outro entendimento, senão o que ora esposo, amparado mesmo da doutrina e jurisprudência que analisaram a questão, posta em idênticos termos, nas Constituições anteriores à de 1946.” (RDA 91/374)”

E remata a ilustre Procuradora do Estado:

“Destá forma, ainda que ponderáveis os argumentos contrários, não o são suficientes, pelas razões apontadas, para impulsionar a alteração no posicionamento desta Procuradoria-Geral do Estado quanto à interpretação da norma do art. 99 da Constituição Federal”.

Nomesmo sentido, vale referir o Parecer 7.384 do Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH:

“Ora, é igualmente tranqüilo na jurisprudência administrativa, não só **estadual** mas nacional, que a licença para tratar de interesses particulares não elide a acumulação vedada. Tal orientação encontra-se de longa data estabelecida, diante do texto constitucional vigente e dos anteriores, como se vê dos Pareceres n.ºs DAJ 492, 2.506, 3.415, 4.622 e 7.096 desta Procuradoria-Geral, e do Parecer n.º 559-H, de 6 de setembro de 1967, do Consultor-Geral da República. / A ausência de decisões judiciais, quer na Justiça estadual, quer no supremo Tribunal Federal, sobre a matéria, evidencia que o posicionamento das Administrações Federal e Estadual nem chegou a ser questionado.”

Desta forma, como se vê, funda-se a jurisprudência administrativa estadual principalmente na longa tradição observada no trato da matéria e entronca, na sua origem a partir de 1967, no já referido Parecer 559-H.

4. Não obstante as ponderáveis razões em contrário, e embora também se reconheçam os não menos relevantes motivos que determinaram a adoção da orientação até agora observada, não nos parece deva ela continuar prevalecendo. Houve, com efeito, segundo se nos afigura, a partir de 1967, substancial modificação no regramento da questão e o Parecer 559-H, exarado **poucos meses** após advento da Carta de 1967, examinou o tema ainda sob o influxo do regime anterior e, parece-nos, exatamente por isso pagou o tributo de dele não se libertar.

5. Com efeito, sob a Constituição de 1946, vedava-se a “acumulação de **quaisquer cargos**” (CF/46, art. 185) ou a “acumulação de **cargos**” (CF/46, art. 185 c/red. da EC 20/66). Nas Constituições de 1937 e 1934 a proibição era de “acumulação de **cargos públicos remunerados** da União, dos Estados e dos Municípios” (CF/37, art. 159, e CF/34, art. 172). E, na de 1891, falava-se em “acumulações remuneradas” (CF/91, art. 73).

Assim, tirante o texto constitucional da Primeira República, parece certo que em todos os posteriores não havia dúvida quanto a estender-se a proibição à investidura **ainda que sem remuneração** de cargos e funções públicas. “Cargos remunerados” disse-se, é certo, em 1934 e 1937, mas “cargos”; logo a **investidura** mesma neles. E, em 1946, nem mais se após a qualificativa: falou-se simplesmente de “**quaisquer cargos**”, conceito em que, evidentemente, embora tenha havido certa divergência inicial, se incluíam as funções, pois “cargo” não mais é do que um conjunto delas.

A Constituição de 1967, no entanto, e as que se lhe seguiram, passou a referir-se simplesmente a “acumulação remunerada” (CF/67, art. 97, CF/67 c/red. da EC 1/69, art. 99, e CF/88, art. 37, XVI), com o que, parece-nos, modificou substancialmente a perspectiva do problema. Qualificando a “acumulação” como “**remunerada**”, é evidente que o texto constitucional erigiu como **única** circunstância relevante à proibição o ensejar ela

auferimento de vantagens. Desde que esse incoorra, impedido não está o servidor de titular mais de uma posição no serviço público.

Nem se alegue ser esta uma interpretação demasiadamente literal dos termos da Constituição. Cabe notar que, tirante a hipótese de “lacuna”, inócua, ao intérprete, que não é legislador, e, por isso mesmo, não detém representatividade popular, é vedado avançar além do que a lei “diz” na totalidade dos seus significados possíveis, principalmente num sistema constitucional como o nosso, onde se coloca como “Princípio Fundamental”, o de que “todo o poder emana do povo, que o exerce **por meio de representantes eleitos ou diretamente**” (CF/88, art. 1.º, parágrafo único). É a lição de KARL LARENZ: “Se assim o sentido literal na maior parte dos casos não basta como critério interpretativo, precisamente porque ainda permite diversas interpretações, já contudo o **sentido literal possível**, isto é, a totalidade daqueles significados que, segundo a linguagem vulgar, ainda podem ser ligados à expressão, indica o **limite da interpretação** (em sentido estrito). Isto deriva, desde logo, de que apenas o **texto** da lei é objeto da interpretação. Só o texto da lei se reveste da autoridade de ter sido ordenado pelo legislador. O que deixa de ser compatível com o texto, ou seja, com sentido literal possível, não participa daquela autoridade. Seja qual for o significado “correcto”, tem de ser compatível com o sentido literal, se de “interpretação” se pretende tratar. Para além deste limite o juiz não pode, por conseguinte, “interpretar” a lei, mas apenas, no âmbito duma “integração de lacunas”, limitá-la e integrá-la em conformidade com os fins e princípios imanentes, quer da própria lei, quer do conjunto da ordem jurídica” (“Metodologia da Ciência do Direito”, tradução da 2ª edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1974, p.369-70).

Ora, é absolutamente impossível ler “acumulação **inclusive sem remuneração**” onde está escrito “acumulação **remunerada**”. Seria ligar ao texto um significado com ele de todo incompatível, pois, é óbvio, a ausência de remuneração é noção exatamente **antípoda** à da sua existência. Logo, não se cuidando de “lacuna”, que devesse ser integrada, até porque reiteradamente repetida a fórmula em nada menos que três Constituições, não há como se possa incluir na vedação acumulações outras que não e apenas as “**remuneradas**”.

6. Certo, invocou-se no Parecer 559-H a circunstância de que na Constituição de 1891 também se escrevera “acumulações remuneradas” e sob sua vigência ter-se-iam exarado acórdãos do STF aludindo a “**cargos** inacumuláveis”, “não acumulação de **cargos**”, etc. (cf. Parecer 559-H, item 17). O argumento, no entanto, não convence. O que se tinha de demonstrar, para poder-se invocar a interpretação sob o regime de 1891, era que os ditos “cargos” se cuidavam de posições funcionais **não remuneradas**. E isto não

se fez. E não só não se fez como se transcreveu no próprio Parecer uma passagem de BARBALHO, o maior comentador da Constituição de 1891, em que se destaca a idéia de inacumulabilidade de “**vencimentos**” como estando à base do instituto. Leia-se, a propósito, o Parecer 559-H, “*verbis*”: “10. Diz João Barbalho (Constituição Federal Brasileira – Comentários, pág. 339) que “ a boa doutrina não pode inteiramente vingar e o preceito tão formalmente posto foi cedendo de sua inflexibilidade. A monarquia não podia prescindir do favoritismo, do validismo, e interesseiro como ele é, pode conseguir conservar aquela sua prerrogativa de arranjar **bons vencimentos acumulados de muitos cargos**” (loc. cit.). Aliás, também o texto de CARLOS MAXIMILIANO transcrito no Parecer é neste sentido: “(...) o legislador constituinte (...) falou nos cargos públicos em geral. Não mencionou ordenado, vencimento, soldo, gratificação, subsídio, emolumento, custas: o vocábulo – remunerar e seus derivados deveriam existir para as exceções (obviamente: **remuneradas**) subrepticamente invocáveis” (comentários – Constituição Brasileira, pág. 760/1)” (cf. Parecer 559-H, item 20).

De todo modo, ainda que sob a Constituição de 1891 vigisse (e, segundo nos parece, não vigia) uma interpretação mais ampla para a expressão “acumulações remuneradas” de seu art. 73, a verdade é que não seria ela suscetível de ser hoje aplicada. É que, sobrevindo-lhe as Constituições de 1934, 1937 e 1946, onde, à evidência, e sem qualquer sombra de dúvida, a proibição abrangia situações não remuneradas, a modificação redacional operada em 1967 – e reiterada, note-se sempre, pela Emenda Constitucional nº 1/69 e pela Constituição de 1988 – só ganha sentido se e quando se lhe dê o significado, o **único** possível, que resulta da sua própria letra, ou seja, o de que “acumulação remunerada” é tão-só acumulação... **remunerada**. 8. Aliás, não tem sido outra a posição da doutrina. PONTES DE MIRANDA, acérrimo defensor da inacumulabilidade, diz textualmente:

“Observa-se, porém, que o art. 99 (da EC 1/69) veda, apenas a acumulação remunerada. Se, por exemplo, o funcionário público se investe no segundo cargo, com horários compatíveis, e nada recebe do que assumiu, não há infração do art. 99” (“Comentários à Constituição de 1967 c/EC nº 1, de 1969”, Ed. Rev. dos Trib., 2ª ed., 1970, p. 496).

E, também, HELY LOPES MEIRELLES:

“Desde a Constituição de 1967, a norma proibitória refere-se a acumulação **remunerada de cargos e funções**, diversamente da que lhe correspondia na Constituição de 1946, que apenas vedava a acumulação de cargos, **quaisquer cargos**, silenciando sobre **remuneração e funções** (art. 185). Daí porque em edições anteriores deste manual, defendemos a legalidade da acumulação remunerada de

cargo e função, sob o fundamento de que a proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Pela mesma razão entendemos que atualmente inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou empregos do serviço público, desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas” (“Direito Administrativo Brasileiro”, ed. Rev. dos Trib., 3ª ed., São Paulo, 1975, p. 401).

E, ainda, entre outros, ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA (“Enciclopédia Saraiva de Direito”, Ed. Saraiva, vol. 4, verbete “acumulação de cargos”, p. 242), LUIZ UBIRATAN OGGERO (“Acumulação Remunerada”, “in” RDA 115/325-43) e BENEDITO CAMPOS CHIARADIA (“Parecer”, “in” “Revista do Tribunal de Contas de São Paulo”, vol. 21 dez/1971, p. 30-8).

7. Desta forma, afigura-se nos indiscutível, no regime constitucional vigente, a licitude da titulação cumulativa de posições funcionais se e quando não gerarem o auferimento também cumulativo de vantagens.

8. Cabe, no entanto, aqui, precisar alguns pontos, especialmente em função das afirmações do Parecer 559-H de que, admitido o entendimento ora esposado, ou ficaria a Administração submetida à vontade do servidor licenciado para ocupar outro cargo”, pois não poderia preencher o cargo por ele titulado, ou, “se não licenciado (o servidor), mas, em efetivo exercício, sem remuneração” não poderia “obrigá-lo ao cumprimento integral de seus deveres e responsabilidades” por ser isso lesivo à isonomia e inadmissível estatutariamente o serviço gratuito (Parecer 559-H, itens 38-9).

Não nos parece, “*data venia*”, tal possa acontecer. O regime da função pública, ou seja, o sistema de direitos e deveres do servidor e o regramento da posição funcional por ele ocupada, é como se sabe, dado **na lei**. É nela, portanto, exclusivamente nela, que se hão de assentar-se, as hipóteses e condições em que se permite ao servidor o afastamento não remunerado do exercício ou, se for o caso, de exercício da função sem remuneração. Não se afigura possível, com efeito, num sistema como o nosso, em que, como ensinou CIRNE LIMA, “a relação de administração domina e paralisa a relação de direito subjetivo” (“Princípios”, p. 53) e em que, por isso mesmo, o vínculo funcional se submete por inteiro à disciplina legal, reconhecer ao servidor, à minguada de lei, o poder, que configuraria autêntico direito formativo modificativo de sua relação com a Administração, de alterar pela só vontade, e quando bem entenda, o regime legal a que está submetido de modo a transformá-lo de remunerado em não remunerado. Se a lei como tal o considera, e se e **enquanto** o considera, remunerado há de sê-lo, de modo que, implementados os pressupostos, e queira ou não o servidor, mas porque em cumprimento da lei, a que ela não se pode subtrair, a

Administração deve satisfazer a remuneração. Portanto, as hipóteses figuradas no Parecer 559-H – de afastamento do exercício sem remuneração ou de exercício não remunerado da função –, entendidas “inconvenientes” do ponto de vista administrativo, só podem decorrer da lei e, mais, do exercício pelo servidor de direito, nela previsto, de modificar por esta forma, e ainda que transitoriamente, seu vínculo funcional. Ora, se assim é, se decorrem da lei, e se se cuida de exercício de direito, não há averbar-lhes inconveniência, que foi já objeto de avaliação pelo legislador, nem lesão à isonomia pelo exercício não remunerado, avaliado também pelo servidor ao exercer o direito. Em síntese, e para o que aqui interessa, é a lei, e não o servidor, que há de dizer e especificar as situações de cessação da remuneração que, por isso, tomem lícita a acumulação da posição funcional com outra no serviço público. Não há, frise-se bem, sem que a lei preveja, a hipótese de “renúncia” à remuneração para fins de investir-se em outra função.

9. Postas, assim, tais considerações, afigura-se perfeitamente lícita a posição para cuja investidura pretende a requerente a licença para tratar de interesses particulares. É esta, expressamente prevista no estatuto que a rege (Lei 6.672/74, art. 86), o qual, aliás, quanto à “acumulação”, se reporta a Constituição com a mesma redação da vigente (Lei 6.672/74, art. 111), e, licenciado, não faz jus o servidor a qualquer vantagem, de modo que, embora continue provendo o cargo, é-lhe permitido investir-se em outra posição no serviço público.

Em razão do exposto, e concluindo, entendemos (a) que a proibição constitucional inserta no art. 37, XVI, da Constituição Federal se dirige apenas às acumulações suscetíveis de gerarem a percepção cumulativa de vantagens, não abrangendo, portanto, as situações previstas em lei como não remuneradas, (b) que nesta situação se encontra a “licença para tratar de interesses particulares” prevista no art. 86 da Lei 6.672/74 (Estatuto do Magistério), razão pela qual se nos afigura lícito à requerente, obtida aquela licença, cuja concessão, no entanto, depende do juízo discricionário da Administração tendo em vista as necessidades do serviço, investir-se em outra função pública.

É o parecer, smj.

Porto Alegre, 04 de novembro de 1992.

FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DOS PARLAMENTARES. Emenda nº 1/92

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor da Faculdade de Direito da UFRGS
Professor e Diretor da Escola Superior de
Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9701

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 1/92 estabelece limite na **fixação** da remuneração dos parlamentares estaduais, através de percentual referido à dos parlamentares federais.

A correta leitura do texto emendado mostra que não foi alterada a sistemática, já tradicional no constitucionalismo brasileiro, da anterior idade-alteridade na fixação da remuneração dos Deputados Estaduais, Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado.

A correta leitura do texto emendado revela por si só, que a restrição nele enunciada não se aplica à remuneração dos **atuais** Deputados nem aos respectivos **reajustes**.

Distinção entre **fixação** da remuneração pública e **reajuste** da mesma com vistas a resguardar-lhe o poder aquisitivo em face da corrosão inflacionária.

A **fixação** da remuneração parlamentar efetivada pelo Decreto Legislativo nº 6044, de 2 de outubro de 1990, operou-se com rigorosa observância das formalidades e disposições constitucionais pertinentes, configurado “direito adquirido”, na matéria,

em prol dos parlamentares empossados na legislatura subsequente, isto é, na atual legislatura.

Relação entre texto constitucional e direito adquirido.

Imprestabilidade da emenda constitucional para coibir efeitos do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido.

Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 1/92 na medida em que fere a autonomia estadual agredindo o princípio federativo, tutelado pela cláusula pétrea.

Inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 6044, de 2 de outubro de 1990, na medida em que **não fixou paritariamente** a remuneração dos Deputados e a dos Secretários de Estado, em razão de seu papel como parâmetros de teto no âmbito dos respectivos "Poderes", dentro de uma perspectiva isonômica decorrente de imperativo constitucional.

É o valor (e o momento) da **fixação** (e não dos reajustes ulteriores) da remuneração dos parâmetros constitucionais enunciados no art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988, o correto referencial para aplicação do teto constitucional da remuneração pública.

Conceito, para efeitos de aplicação do teto constitucional da remuneração pública, de "**remuneração**" recebida "**em espécie, a qualquer título**" pelos parâmetros constitucionais.

1. A emenda Constitucional nº 1, de 31 de março de 1992, alterou o art. 27, parág. 2º, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

Texto original

"Art. 27 -

Parágrafo 2º - A remuneração dos Deputados Estaduais será **fixada em cada legislatura, para a subsequente**, pela Assembléia Legislativa, observado o que dispõe os arts. 150, II, 153, III, e 153, parág. 2º, I". (grifou-se).

Texto emendado

"Art. 27 -

Parágrafo 2º - A remuneração dos Deputados Estaduais será **fixada em cada legislatura, para a subsequente**, pela Assembléia Legislativa, observado o que dispõe os artigos 150, II; 153, III e 153, parág. 2º, I, **na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquela estabelecida, em espécie, para os Deputados Federais.**" (grifou-se).

Em face dessa modificação, consulta o Deputado Presidente da Assembléia Legislativa do Estado sobre o alcance da mesma, ou, mais precisamente, se o limite percentual, referido aos subsídios dos Deputados Federais, incide sobre a remuneração **fixada**, para os **atuais** Deputados Estaduais na **legislatura anterior**, como preceitua o artigo 53, XXI, da Constituição do Estado, em consonância, tanto com o texto original, **quanto com o reformado**, do artigo 37, parág. 2º, da Constituição Federal.

Ressalta ainda o ilustre consulente que o esclarecimento da questão é de particular relevância "**considerando a questão de dar tratamento jurídico e administrativo absolutamente legal na fixação e no reajuste dos vencimentos** dos diversos membros dos Poderes do Estado" (grifou-se).

E arremata:

"Não se deixa de cuidar, que além do comando da Emenda Constitucional nº 1/92 e de outros princípios dispostos na Constituição Federal e na Carta Estadual, a questão da remuneração dos Deputados Estaduais é regida pelo **Decreto Legislativo nº 6044, de 02 de outubro de 1990, em pleno vigor à exceção de expressão declarada suspensa por decisão liminar do Colendo Supremo Tribunal Federal, quanto ao uso de índices diferenciados**" (grifou-se).

É o relatório.

2. A matéria suscita questões extremamente complexas que pertinem, simultaneamente, ao terreno das especulações técnicas e ao das especulações políticas, sob este último enfoque por remeter, mais uma vez, ao tema maior da **remuneração pública**, campo onde se travam atualmente embates decisivos para a preservação do "publicum".

O exame da questão proposta não pode ser procedido, com um mínimo de propriedade, sem a indicação dessa premissa.

Está novamente na moda, e essa é, realmente, a melhor expressão para indicar o fato, o discurso irresponsável e subalterno dos mais espúrios interesses, que aponta, na remuneração pública, excessos que, em termos gerais, inexistem, sujeitando-se alguns dos mais altos servidores do Estado ao constrangimento imoral e, acima de tudo, lesivo dos mais mezinhos princípios e disposições constitucionais e legais, de divulgações ilícitas e

iniciativas criminosas, tudo a serviço da diretriz do aviltamento remuneratório do setor público, e da conseqüente vulnerabilidade do Estado, desviando as atenções, nem sempre isentas, da **péssima remuneração** da maioria dos servidores e agentes públicos e, em especial, dos de menor hierarquia.

Vivemos numa sociedade que desconhece remunerações elevadas, no sentido de desarrazoadas, excetuadas as de capital, ainda hoje corporativissimamente protegidas pelas mais aberrantes contrafacções das tão decantadas "leis de mercado".

A queda do **muro alemão**, e suas conseqüências, não autorizam o triunfalismo liberal tardio a que assistimos, uma vez que este discurso apoiava-se naquele muro, por antítese, evidentemente, tanto ou mais do que o fundamentalismo socialista. Os resultados recentes do processo político norte-americano deveriam alertar os incautos.

O Estado contemporâneo e futuro deve mudar seu perfil no sentido da verticalização; deve retirar-se de inúmeros setores de atividade cuja natureza é mais compatível com a iniciativa privada - e onde avançou pelo desinteresse, pela incapacidade e até pelo fracasso dessa mesma iniciativa privada - mas a complexidade do fenômeno social exige que seja cada vez mais atuante na guarda dos fundamentos em que se apóia o convívio.

Os agentes públicos, sejam políticos, sejam administrativos, são inequivocadamente tão ou **mais importantes** que os do universo privatístico, e, tanto lá como cá, impõe-se remunerar em níveis de respeitabilidade.

Sobre o tema, vale a observação de PONTES DE MIRANDA no sentido de que razões "de ordem **moral** e econômica depõem contra a gratuidade das funções públicas; **depõem, até, contra a pouca remuneração de cargos públicos**. Ao sistema dos cargos gratuitos opõe-se que os eleitores teriam de votar só em ricos, que pudessem deslocar-se dos lugares em que têm o centro das suas atividades, ou só em pessoas domiciliadas ou residentes na Capital Federal. **Os gratuitos custam caro**; e o dito de TELLEYRAND, a propósito, é famoso. Opõe-se mais: que os escolhidos teriam de dedicar-se a outras profissões, desatentos à sua missão pública": (in "Comentários à Constituição de 1946", Borsoi Ed., RJ, 4ª ed., 1963, p. 416; (grifou-se).

3. O **texto emendado**, nascido menos da constatação de situações eventualmente aberrantes do que das campanhas de desvalorização dos agentes públicos em geral e, em particular, dos agentes políticos, campanhas essas que sistematicamente assolam o país, pode provocar uma **primeira impressão** de que se destina a reduzir os subsídios dos Deputados Estaduais, nos termos do **teto** de setenta e cinco por cento da remuneração dos Deputados Federais.

Até porque o art. 3º da Emenda em questão, declara-a "**em vigor** na data de sua publicação" (grifou-se).

O que está **em vigor**, desde a publicação, é o texto da Emenda nº 1/92.

Ora, o texto reformado **não alterou a sistemática procedimental** de fixação da remuneração dos Deputados Estaduais, **que continua sendo feita na legislatura anterior para a subseqüente**.

O **elemento novo** é o limite, ou **teto**, referido aos subsídios dos Deputados Federais, **que não pode ser lido fora do contexto do artigo em que se insere**: pressuposta a higidez do texto reformado, incide quando da **fixação** da remuneração dos Deputados Estaduais, ou seja, quando a atual legislatura estabelecer os subsídios para a subseqüente.

Essa é a única leitura possível ou, vale o mesmo, plausível do texto reformado. Mantida a sistemática original de fixação da remuneração parlamentar e, no **tempo futuro**, como, de resto, ocorria com o texto original, o predicado da oração principal, fica extirpado de qualquer dúvida que a norma, **no que tem de novo ou com o que tem de novo**, só será eficaz nos momentos que ela mesma determina, isto é, **de** uma legislatura para a subseqüente.

O texto novo não confere aos **atuais** Deputados, nem poderia fazê-lo, competência para **fixar** - e este termo tem, como se verá, significado específico - os próprios subsídios ou **alterar a fixação oportunamente** feita, seja para maior seja para menor.

Caso fosse possível, e como veremos não no é, ao legislador reformista estipular regra de **teto** da remuneração parlamentar, **para vigência imediata**, tal intuito careceria, no mínimo, de formulação clara e expressa, o que não ocorre.

Enfim, da simples leitura do texto reformado, fica claro não decorrer qualquer **teto** para a remuneração dos atuais Deputados Estaduais, continuando a prevalecer, na matéria, **o princípio da anterioridade**.

Aliás, talvez fosse mais indicado, em lugar da anterioridade, destacar o aspecto da alteridade inerente à regra sobre fixação da remuneração dos parlamentares: o que o princípio busca é impedir, através da anterioridade, que o parlamentar legisle em causa própria. Assim cada parlamento **fixa** a remuneração dos membros do subseqüente, de modo a preferirmos denominar o princípio constitucional evidentemente subjacente a essa norma, como da "**anterioridade-alteridade**", que assim resultam mais claras a **técnica e o objetivo moralizador** por ele assegurado.

4. Esse princípio, de outra parte, já está consagrado pelo tempo no publicismo brasileiro.

A Constituição Imperial, de 1824, já enunciava essa regra para os Deputados (art. 39) e para os Senadores (art. 510). Mais relevante porém, é que, ainda durante o Império, a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, ao dispor sobre as **Assembléias Legislativas Provinciais**, afirmava a mesma regra (art. 22).

O advento da República manteve o princípio, **sempre expresso**, ao menos no que refere aos parlamentares federais. Assim a Constituição de 1891 (art. 220), a de 1934 (art. 30), a de 1946 (art. 32, parágrafo 2º), a de 1967 (art. 35), a de 1969 (art. 33) e, finalmente, a de 1988 (art. 27, parágrafo 2º), omissa apenas a de 1937.

O constitucionalismo republicano confiou a outro princípio - o da prevalência do "**modelo federal**" - a manutenção da regra da anterioridade na fixação da remuneração dos parlamentares estaduais.

Assim, no Rio Grande do Sul, a regra só não aparece na efêmera Constituição de 1892. Contem-na as Constituições de 1891 (art. 43), 1935 (art. 20), 1945 (art. 36), 1947 (art. 39, XIII), 1967 (art. 23, VII), 1970 (art. 27, VIII) e a atual de 1989 (art. 53, XXI).

Registre-se que, ainda durante o Império, a tentativa secessionista da República Riograndense, inseriu idêntica regra, tanto para Deputados quanto para Senadores, no respectivo projeto constitucional (arts. 26 e 46).

Como se vê, a regra da anterioridade-alteridade na fixação da remuneração parlamentar, quer ao nível da União quer ao nível estadual, pela sistemática reiteração nos sucessivos textos constitucionais, ganha foro daqueles princípios pertinentes à **constituição material**, que já pertencem ao acervo institucional da Nação, situando-se mesmo acima das constituições singulares, enquanto textos ou códigos escritos.

Poder-se-ia inserir esse princípio no campo daquilo que **MAURICE HAURIU** denomina de "**supra-legalidade constitucional**". O publicista francês sustenta que, em qualquer povo, "existem princípios fundamentais suscetíveis de constituir uma **legitimidade constitucional superior** à constituição escrita, e, a fortiori, superior às leis ordinárias. Sem nos referirmos à forma republicana de governo, para a qual existe um texto, há **muitos outros princípios que não necessitam texto**, porque a característica dos princípios é existir e valer sem um texto" (in "Princípios de Derecho Público y Constitucional, Madrid, Ed. Reus, 1927, p. 327; grifou-se).

5. É da maior importância ressaltar também que o legislador reformista adotou um **teto de fixação** e, não como poderia parecer, segundo já

observamos, um **teto de recebimento**. Teto desta última espécie havia, sim, sido adotado, em relação à mesma matéria de que se está a tratar, no artigo 11, do ATO INSTITUCIONAL Nº 2/65, ("... não podem **perceber** a qualquer título"; grifou-se).

Essa questão é relevante, mesmo dando-se como hígida a modificação, na medida em que as circunstâncias pertinentes ao processo inflacionário tomaram imperativa a distinção entre **fixar e reajustar** os quantitativos relativos à remuneração pública, sempre sujeita ao princípio da legalidade que rege a despesa pública.

Principalmente no caso dos agentes políticos cuja remuneração é **fixada** com base no princípio da anterioridade - alteridade - e aqui se incluem, em nível estadual, os Deputados, o Governador, o Vice-Governador e os Secretários de Estado - a desvalorização progressiva da moeda reduziria a letra morta o princípio da não-gratuidade dos mandatos eletivos.

Assim, tem-se consagrado a prática, comum ao trato da remuneração pública em geral, de **reajustar** aquelas remunerações para preservar-lhes o conteúdo.

Quando **fixa** uma remuneração pública, o legislador competente tem **maior liberdade** para avaliar as necessidades e as conveniências decorrentes do interesse público, da tutela dos valores a ele inerentes e relacionados aos cargos ou funções considerados, de relevância das funções correspondentes no contexto estrutural do Estado e outras circunstâncias cabíveis.

Há evidentemente, mesmo no ato da **fixação** limitações formais, decorrentes do regramento constitucional estadual e federal pertinente, e mesmo limitações materiais, decorrentes de princípios estabelecidos, formal ou informalmente consagrados pelo uso, mas a autonomia decisória é consideravelmente larga.

Essa maior autonomia do legislador quando **fixa** a remuneração pública, fica ainda mais evidente quando se trate da remuneração dos **agentes políticos** expressamente elencados no inciso XXXI, do artigo 53, da Constituição Estadual - Deputados, Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado - matéria essa de **competência exclusiva** da Assembléia Legislativa.

Quando do **reajuste**, essa autonomia se reduz em razão da **finalidade** mesma do reajuste, que se limita à reposição do poder aquisitivo dos quantitativos anteriormente **fixados**. Essa "**restrição**" é, sem dúvida, imprecisa de vez que o processo inflacionário não oferece ou não possibilita critérios de mensuração unívocos. Basta se tenha presente que existem hoje, excluídos os setoriais, cerca de **oito índices** diversos para aferir a perda do poder aquisitivo da moeda - IGP-DHGP-MP, INPC, IPCA, IPC-FIPE, IPC-IEPE, IPC-FGV, ICV-DIESE, além da "**Taxa Referencial**" (TR), todos conduzindo a resultados distintos.

O **reajuste**, embora informado pela finalidade repositória do poder aquisitivo da moeda, envolve decisão política, esta presidida pelo princípio da razoabilidade, e os reajustes, no Rio Grande do Sul, têm sido adotados sempre com obediência a este último critério.

Não se pode, pois, pena de subscrever uma leitura do texto reformado que afronte o **princípio democrático da remuneração dos mandatos eletivos**, confundir **fixação** da remuneração parlamentar, que tem momento próprio e competência específica, com o **reajuste** da mesma, que se faz com vistas à reposição da perda do poder aquisitivo da moeda.

Tudo isso posto, não resta dúvida sobre o alcance da Emenda Constitucional nº 1/92, ou sobre o momento em que, pressuposta sua higidez, deveria produzir seus efeitos: em nenhuma hipótese na atual legislatura, não estando os reajustes da remuneração dos Deputados Estaduais sujeitos ao limite nela expresso.

Ainda no terreno da **leitura do texto** e, mesmo admitindo que o legislador reformista tivesse competência para desrespeitar o direito adquirido, ou que não coubesse alegar, na hipótese, a tutela do direito adquirido, ainda assim, vale repetir que o texto emendado, segundo técnica mais do que pacífica, não se presumiria expressivo de teto de recebimento. Primeiro por expressar inequivocamente teto de fixação e, segundo, porque, para atingir restritivamente a remuneração dos atuais parlamentares – se tal eventualmente fosse possível – deveria expressar esse comando **literalmente**. A retroação, ou a dita eficácia imediata não se presume contra direito adquirido, excetuadas as hipóteses revolucionárias a que adiante aludiremos.

A questão comporta, porém, outras abordagens, tais como:

(1) se outra leitura do texto da Emenda Constitucional nº 1/92, diversa da adotada e, mais precisamente, no sentido de sua aplicabilidade no curso da atual legislatura, é tecnicamente possível em face do teor e da principiologia constitucionais; (2) se através de emenda constitucional seria possível a adoção de limite redutor da remuneração dos Deputados Estaduais, aplicável no curso da atual legislatura; (3) se através de emenda constitucional é possível estabelecer teto para a remuneração dos Deputados Estaduais, referido percentualmente aos subsídios dos parlamentares federais.

6. A partir da confusão entre **teto de fixação** e **teto de recebimento** da remuneração pública, ou a partir da confusão entre **fixação** e **reajuste** da remuneração pública, tudo combinado com o teor da disposição final da Emenda Constitucional nº 1/92, que a declara vigente na data de sua publicação, poder-se-ia, **desconsiderando**, é claro, **as normas da boa leitura constitucional** e o **preciso conteúdo de conceitos pacificados**,

pretender **forçar** o alcance da disposição emendada, para buscar sua incidência ainda durante a atual legislatura.

Essa tentativa esbarraria, porém, em obstáculos intransponíveis, consubstanciados na melhor e mais consagrada doutrina constitucional.

Não existe efetivamente, outra hipótese de leitura do texto constitucional emendado, senão a adotada, basicamente porque a hipótese configura ocorrência de **direito adquirido** em favor dos parlamentares da **atual** legislatura, consolidado a partir da respectiva posse.

Ao candidatarem-se, disputaram, pelo modo político de investidura, que é o processo eleitoral, o acesso a uma função que, em obediência a mandamento constitucional, não só já era remunerada, como ainda já tinha a respectiva remuneração **fixada**, para todo o mandato, em estrita obediência ao dito mandamento constitucional.

Registre-se que os subsídios dos **atuais** Deputados Estaduais foram **fixados** através do Decreto Legislativo nº 6.044, de 2 de outubro de 1990, cujos artigos 1º e 2º, corretamente deduzidos do mandamento expresso no art. 53, XXXI, da Constituição Estadual (embora o preâmbulo do referido Decreto Legislativo mencione incorretamente o art. 53, X, da mesma constituição), na legislatura anterior, portanto, igualmente em conformidade com o disposto no art. 27, parágrafo 2º, da Constituição Federal, na sua redação original, então vigente.*

Empossados os Deputados da **atual** legislatura, os subsídios, regularmente fixados, **incorporaram-se ao patrimônio de cada parlamentar**, inserindo-se na categoria dos **direitos adquiridos**, tutelados pela parte **fundamental** da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI), também pertinente à chamada “cláusula pétrea” (art. 60, parág. 4º, IV).

A questão da remuneração parlamentar comporta, claramente, dois aspectos absolutamente distintos. Um diz respeito à **remuneração do mandato** enquanto implemento do regime democrático; é o **aspecto institucional**, que não **carece** da invocação tutelar do direito adquirido. Outro é o aspecto pertinente à condição do parlamentar enquanto indivíduo – **aspecto individual** – que se dispõe, **segundo as regras estabelecidas**, a assumir uma função cuja remuneração pressupõe suficiente para assegurar-lhe o sustento digno e compatível com a relevância dela mesma. E mais: uma função, **em razão do interesse público**, cercada de **vedações** que lhe impedem, seja a busca de outras e novas atribuições remuneradas, seja a manutenção da ou das que eventualmente tenha quando de sua candidatura (há exceções que não infirmam, porém, o raciocínio aqui expresso).

Este último aspecto da remuneração parlamentar, isto é, o **aspecto individual**, da remuneração parlamentar, justamente pela sujeição dessa

remuneração a forte ingerência do interesse público, e dada a relevância dela mesma para o sustento do parlamentar e de sua família, assume características aptas a inseri-la no rol das situações tuteláveis pela via do **direito adquirido**.

7. Não fora a evidência do texto emendado, a conservar a mesma sistemática do texto original no que tange ao momento e à anterioridade-alteridade próprios à fixação da remuneração parlamentar, a questão poderia esbarrar no problema, aliás paradigmático no publicismo estabelecido, da inexistência de direito adquirido em matéria de remuneração pública no que respeita ao valor fixado, razão pela qual, aliás, a **irredutibilidade de vencimentos** tem sistematicamente constado, como garantia específica da magistratura judicante, nos textos constitucionais brasileiros (CF 1891, arts. 57, parágrafo 1º e 72, parág. 32; CF/34, art. 64; CF/37, art. 91; CF/46, art. 95, III; EC nº 9/64, art. 2º, CF/67, art. 108, III, CF/69, art. 113, III).

O constitucionalismo contemporâneo perfilia, na matéria, tese bem distinta quando comparado ao publicismo tradicional: não foi ao acaso que o constituinte brasileiro inseriu **reiteradamente** na Constituição Federal de 1988 a **garantia da irredutibilidade da remuneração pública** (art. 37, XV; art. 95, III; art. 128, I, "c") **em correlação substancialmente sistemática** com a **irredutibilidade de salários** (art. 7º, VI), esta incluída entre os **direitos e garantias fundamentais**, que, a seu turno, são insuscetíveis de modificação por via de emenda constitucional (art. 60, parág. 4º, IV).

Assim como a matéria da remuneração pública vem regulada na Constituição Federal, fica extirpada de qualquer dúvida a já afirmada pertinência da matéria, de que se trata, ao rol daquelas ensejadoras da tutela com base no direito adquirido.

8. Poder-se-ia pretender excluir a remuneração parlamentar da tutela do direito adquirido, enfatizando seu aspecto institucional.

Em outras palavras, sendo a remuneração do parlamentar, como, do resto, a dos cargos eletivos, elemento integrativo do regime democrático, poder-se-ia buscar caracterizá-la exclusivamente sob o enfoque institucional a fim de dizê-la insuscetível de qualquer proteção dirigida ao resguardo do indivíduo, considerado **uti singulis**.

Nada mais falso. É indubitavelmente verdade que a remuneração dos parlamentares, e de todos os demais titulares de cargos eletivos, e **mesmo de todos os agentes públicos**, são elementos integrativos do regime democrático. O mandato gratuito, o agente público não remunerado, desconsideradas por imorais as sugestões pretensamente moralizadoras da gratuidade ou da "parcimônia", desguamecem o interesse público e

ilegitimam o regime, na medida em que reservam os mesmos cargos e funções para os cidadãos abastados. Por outro lado, a remuneração do trabalho, seja qual for sua natureza, é matéria intimamente pertinente à individualidade do agente que trabalha.

É evidente que o parlamentar, mais até do que muitos outros agentes públicos, vulnerabiliza o aspecto econômico de sua vida em razão das limitações de fato e de direito – vedações – a que está sujeito; isso sem falar na hipótese de não reeleição, conjugada à desarticulação de suas atividades originárias de sustento.

Assim, a remuneração do parlamentar, como a de qualquer agente público, eletivo ou não, oferece duas facetas, cada uma com seus corolários e garantias: a institucional e a individual, em razão da qual nenhuma restrição se pode validamente fazer a que dita remuneração possa ser protegida pelo direito adquirido.

9. Poder-se-ia eventualmente perquirir a respeito da possibilidade dessa remuneração ser tutelada, pela via do direito adquirido, na medida em que pertina ao campo do direito público.

É antiga a pendência relativa à pertinência da invocação de direito adquirido no campo do direito público. A doutrina e jurisprudência tradicionais têm admitido com muita parcimônia a sobredita invocação, sob o argumento de que o **interesse público**, por sua própria natureza, sobrepuja o **interesse individual**.

Hoje, não há, porém, como negar que houve uma mudança drástica no quadro fáctico, dentro do qual as concepções tradicionais na matéria foram delineadas.

A doutrina estabelecida e mesmo a jurisprudência dominante, ainda encaram restritivamente o papel tutelar do direito adquirido no campo do direito público, ou em face do interesse público, ou ainda diante da superveniência de norma constitucional expressiva de conteúdo adverso àquele, anteriormente vigente, e com base no qual determinada situação resultou juridicamente consolidada.

Se, **de uma parte**, se admite que o "direito adquirido constitui, sem dúvida, entre nós, uma das categorias integrantes da concepção filosófica que inspirou a Constituição" (RT, 442/65) – e tal afirmação pode ser pertinentemente feita em relação a qualquer uma de nossas constituições, **de outra parte**, também se diz que "ninguém adquire direitos contra o interesse público, que prevalece sempre sobre o interesse privado" (H.L. MEIRELLES, "Direito de Construir", RT, SP, 1961, p. 101).

BASAVILBASO expressa a convicção de que "en el derecho público, y, por consiguiente, en el derecho administrativo, **no existen de una manera**

absoluta derechos irrevocablemente adquiridos. Las ventajas personales inherentes a una función o empleo pueden, en cualquier momento ser modificadas o suprimidas, sin que los titulares tengan derecho a formular objeciones jurídicas" (in "Derecho Administrativo" v. II, p. 469; grifou-se).

Toda essa construção inspira-se na idéia matriz da hierarquia necessária entre o interesse individual e o interesse público ou da coletividade, deduzindo, pura e simplesmente, a necessária e permanente sobreposição do segundo em relação ao primeiro, sem o exercício de uma análise crítica dessa premissa.

10. No passado, o confronto entre o que se poderia, então, chamar de **inobilismo** e que melhor se chamaria de **estabilidade**, com a **mudança** era examinado sob o ângulo, respectivamente do confronto das **concepções individualistas** com a **necessidades renovadoras**. A razão desse confronto ser assim focalizado decorre basicamente de que, até inícios deste século, a vida individual se desenvolvia ou se construía, primeiro, projetada sobre **perspectivas de estabilidade** e segundo, quase que inteiramente fora do campo de interação do Estado, enquanto organização política da sociedade.

Hoje, o quadro que se desenha é completamente diferente. Não só vivemos num período **cambiante**, admiravelmente denominado de a "era da incerteza" por KENNET GALBRAITH, como ainda a **densificação das relações sociais** determina, independentemente do regime político ou econômico, uma profunda **interação da vida individual com a organização política da Sociedade**, isto é, com o Estado.

Em outras palavras, atualmente, o adensamento da vida da sociedade faz com que a vida de cada indivíduo termine sendo construída integralmente de **espaços globais**, que se inserem dentro do campo de atuação do Estado ou da lei.

Poder-se-ia dizer, de outra forma, que, no passado, a vida de cada indivíduo, o universo individual, tinha um largo espaço que não estava sob o império direto da lei, ao contrário do que ocorre hoje quando os menores aspectos da vida individual estão sendo progressivamente pervadidos pelo comando regulador da lei, vale dizer do Estado.

Conseqüentemente, aquilo que, no passado, poderia ser visualizado como uma perspectiva individualista, no sentido da sobreposição de interesses individuais aos interesses coletivos ou como uma resistência ou uma frustração do progresso e da modernização, hoje deve ser entendido de forma diversa, dando-se prevalência à tutela, não do individualismo, como se disse, enquanto prevalência dos interesses singulares sobre os coletivos,

mas do **indivíduo** enquanto universo singular, enquanto microcosmos imerso no macrocosmos da ordem jurídica e do Estado, a fim de impedir que este asfixie aquele e que, na realidade, a evolução do Estado de leis não termine por sufocar justamente o valor que se pretende tutelar que é a liberdade de cada um.

É por isso que, diversamente do que ocorreu no passado, quando era preciso, contra as resistências decorrentes do universo dos interesses individualistas, proteger o progresso, proteger o dinamismo da sociedade, hoje, a tônica deve ser o contrário: é preciso resguardar o indivíduo, a fim de que o dinamismo e o próprio processo de juridização da sociedade, enquanto direito como processo ou o Estado como processo, não esmaguem o indivíduo.

Em outras palavras, antigamente foi preciso sobrepor à tutela da conservação do direito adquirido o interesse de transformação jurídica da sociedade; hoje, é preciso garantir ao indivíduo um mínimo de condições para que ele possa organizar sua vida futura com segurança.

A consciência muito aguda de que há uma inversão ou de que houve uma inversão de situações é que impõe se reexamine todo o acervo doutrinário construído para equacionar o confronto entre a **conservação** e a **modificação** no sentido, antigamente válido, de proteger a modificação para, hoje, num sentido oposto, proteger a conservação.

Essa circunstância assume proporções ainda mais sérias quando se tem presente que o homem contemporâneo enfrenta, com a fragilidade das condições do seu universo individual, da qual é característica essencial a progressiva perda de suas condições de produção de riqueza, de produtividade, à medida em que envelhece, o confronto com uma sociedade organizada que, por ser vocacionada à perenidade, é permanentemente jovem e que, conseqüentemente, tem de ser levada a respeitar tudo quanto cada um construiu nos termos da lei vigente à cada época, para garantir-se, para garantir a própria sobrevivência, para garantir a fruição dos resultados do seu próprio trabalho, quando já não tiver condições pessoais de renovar ou de refazer essas bases.

Nesse sentido, VICENTE RAO:

"inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem

do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças". (O direito e a vida dos direitos, v. 1, p. 428).

CELSO RIBEIRO BASTOS igualmente registra que no "campo do direito público, há que se banir qualquer preconceito, no sentido de neste não ocorrerem os direitos adquiridos. (...) o Estado não teria condições de, com justiça, relacionar-se com os particulares se não respeitasse aqueles direitos que a ele deferiu de forma permanente" (CELSO RIBEIRO BASTOS/IVES GANDRA MARTIN, in "Comentários à Constituição do Brasil" (Promulgada em 5 de outubro de 1988), Saraiva, 1989, 2ª v., p. 196).

É evidente que, no complexo universo de relações do Estado com os indivíduos, existem atos, negócios ou situações **cuja natureza**, seja em decorrência da intercorrência do interesse público seja pela natureza mesma do fato ou fatos a que diz respeito, não tem, ou melhor, não podem sequer aspirar a vocação à durabilidade ou permanência. É o caso, por exemplo da **concessão** ou da **permissão** que, por si mesmas, são naturalmente sujeitas ao regime da precariedade. Ainda, assim, são avessas ao arbítrio puro e simples, ao argumento do "**quia leo sum**".

Não é desses atos ou fatos que estamos a ocupar-nos. Interessam-nos precisamente aqueles que **nasceram regularmente** com a vocação inerente à **duração**, determinada ou indeterminada, como é o caso, apontado por CELSO RIBEIRO BASTOS, da vantagem pecuniária concedida pelo Estado para quem tenha praticado ato de bravura em guerra (op., cit., id., ibid., p. 189) ou, como é o de que ora se trata, de remuneração parlamentar, regularmente, fixada para toda a legislatura subsequente.

Não se nega ao Estado a faculdade de revogar a lei concessiva da vantagem por heroísmo – o mesmo já nem se pode dizer do decreto legislativo que fixou a remuneração parlamentar; o que se não admite é a possibilidade de ver-se o indivíduo desprotegido da lei que o beneficiou. "Noutro falar, nesses casos a lei vigente protraí no tempo para continuar disciplinando certas situações jurídicas mesmo após a sua revogação" (op. cit., id., ibid. p. 189).

E mais:

CELSO RIBEIRO BASTOS, quando se propõe a definir os critérios sinalizadores da configuração do **direito adquirido** no terreno do direito público, sustenta que aquela garantia se consolida (1ª) "... toda vez que a própria lei instituidora da vantagem deixa claro o caráter perpétuo ou vitalício da mesma ou se utiliza da expressão **incorporação** para tornar certo que se trata de vantagem ou benefício não mais submetido à forma cambiante

da lei" e (2ª) quando a intangibilidade do direito ou benefício ou vantagem decorre de sua própria ratio, sob pena de deslealdade do Estado, "incongruente com o sentido de justiça próprio do direito" (in op. cit., p. 195; o grifo é do autor).

Irretocável a conclusão acima referida.

Sem prejuízo, porém, de sua irretocabilidade, entendemos que comporta solução mais ampla.

Em primeiro lugar, embora o texto constitucional (art. 5º, XXXVI) continue a referir as categorias do **direito adquirido**, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, tradicionais na nossa linguagem jurídica, preferimos tomá-las, **em conjunto**, como **expressão-signo** de garantia mais ampla, informada pela **segurança**, enquanto finalidade essencial do Direito e precondição da Justiça, que é a da **estabilidade das relações jurídicas regular e definitivamente** inseridas no universo jurídico.

Hoje em dia, considerada a imersão do individual no universo das generalidades administradas pelo Estado, só a ocorrência de **mudança radical** na principiologia informadora da ordem jurídica, oferece razões plausíveis para desconsiderar o passado e os efeitos pendentes, originários de atos legítimos, regularmente concluídos no passado.

11. A análise dos outros, e muito relevantes, enfoques que o tema comporta, pressupõe o enfrentamento de um dos mais importantes capítulos do constitucionalismo contemporâneo, que é o do **real significado atual** da constituição enquanto documento escrito, como introdução a outro, que lhe é correlato, que é o da perquiribilidade da constitucionalidade da própria Constituição escrita, estreitamente conexo com o dos limites da competência de emenda constitucional.

O constitucionalismo moderno, ou, como quer a maioria, o próprio constitucionalismo, nasceu com as chamadas Revoluções Burguesas do Século XVIII, através da adoção especialmente pelos Estados Unidos da América do Norte e pela França, de códigos constitucionais escritos, contendo os direitos fundamentais da cidadania, como então se entendiam, e as regras básicas de organização do governo: o **Bill of Rights** e o **Plan of Government**, segundo a terminologia norte-americana, que resultou consagrada na matéria.

O sinal distintivo desses códigos, tanto ou mais do que a matéria que continham ou mesmo do que a circunstância de serem escritos, foi sua **sacralização**. Ditos códigos, seja pelo endeuamento da Razão como marca do iluminismo, particularmente na França, seja por analogia com a Bíblia nos Estados Unidos, foram guindados a um patamar de **superjuridicidade absoluta** que pressuponha inclusive a **imutabilidade**.

As razões dessa **sacralização** são bem conhecidas. Desde muito admitia-se, mesmo durante o absolutismo, que havia regras que estavam fora do alcance do arbítrio dos monarcas. A existência de uma regra fundamental, embasadora de todo o ordenamento jurídico dela logicamente deduzido e dedutível, há muito era entendida como uma necessidade lógica do direito enquanto sistema, embora a inexistência de um código escrito contendo essa regra fundamental e a inexistência de sanções, exceto de ordem moral e religiosa, aos monarcas que as desrespeitassem, comprometia integralmente a funcionalidade das construções doutrinárias pertinentes.

Assim, quando das Revoluções Burguesas e sob decisiva influência do ideário iluminista, grandemente presente no contexto de idéias-força daqueles movimentos, transplantou-se a qualidade da **soberania**, que os monarcas alegavam receber de Deus, para as assembleias populares, que, com poderes originariamente "sagrados", editaram as leis supremas, transmitindo-lhes a unção de que estavam investidas.

Com o passar do tempo, consolidados, ao menos em alguns países, os princípios elementares do regime democrático e definitivamente laicizado o Estado, começou a perceber-se que os códigos constitucionais escritos, essenciais para a garantia do regime democrático, não eram, como pareceram de início, a panacéia irrepreensível; começou-se a perceber que se faziam necessárias reformas nos respectivos textos, para afeiçoá-los à realidade social e política cambiante e, o que é mais grave, que a realidade não raro recusava reger-se pelas normas constitucionais positivas, determinando a ruptura da ordem e o desmoronamento daquelas edificações jurídicas, antes tidas como intocáveis.

Deu-se, assim, paulatinamente, a **dessacralização das Constituições escritas**; continuaram no seu papel de norma positiva maior de cada ordenamento dela deduzido ou dedutível, mas relativizou-se a imutabilidade originária.

Primeiro, surgiram as doutrinas que apontavam a existência de uma "Constituição material", ou seja, de um fundo constitucional decorrente da história e da cultura do Povo, ao qual deveria afeiçoar-se a "Constituição escrita".

Depois, a necessidade de **emendas constitucionais** veio a colocar a questão da **possibilidade de crivo judicial de sua compatibilidade com o texto constitucional originário como um todo e, finalmente**, com base na constatação de que as constituições mais recentes contêm matérias de natureza heterogênea e de diversa hierarquia substancial, chegou-se ao **questionamento judicial da constitucionalidade de disposições da própria Constituição**, em face da principiologia

explícita e implícita nela mesma contida (cf. Therezinha Lúcia Ferreira Cunha, in Poder Constituinte e Poder de Revisão Constitucional; Revista de Informação Legislativa (86): 41/76; OTTO BACHOF in "Normas Constitucionais Inconstitucionais", Coimbra, Atlântida, Ed. 1977, GILMAR FERREIRA MENDES, in "Controle da Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos", SP, Saraiva, 1990).

KARL LOEWNSTEIN registra o fenômeno e o denomina muito apropriadamente de "empalidecimento do brilho da Constituição" (in "Teoria de la Constitución", Barcelona, Ariel, 1970, p. 222).

Mais pessimista, GEORGES BURDEAUX sustenta que o conceito de Constituição é um "conceito sobrevivente" e que "nem nos atos, nem nos espíritos humanos a Constituição ocupa mais aquele lugar predominante que era outrora o seu e que correspondia à sua significação jurídica" (in Survivence: la notion de Constitution" in "L'Evolution du Droit Public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre", Paris, Sirey, 1956, p. 54).

A realidade é outra: a Constituição continua sendo a regra jurídica maior de cada sistema, vinculando a legislação hierarquicamente subordinada; perdeu a **sacralidade**, o caráter absoluto, a fantasia da ilimitação.

12. Do período em que o constitucionalismo ainda acalentava incontestadamente as facilidades teóricas decorrentes da sacralização das Constituições enquanto textos ou códigos, recebemos, por legado, o dogma segundo o qual "contra a Constituição não prevalecem direitos adquiridos".

O Supremo Tribunal Federal tem repetido afirmações nessa linha.

Assim, o Min. MOREIRA ALVES (RE nº 93.108 SP/Rel.) sustenta que "mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, **esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário e não ao constituinte**" ("in Jurisprudência Brasileira (101) 13/27, 1985, p. 20; grifou-se).

Noutra decisão, reafirma seu ponto de vista, ao sustentar que "... **não há direito adquirido contra a Constituição**. Esse princípio se aplica tanto às normas originárias da Constituição **quanto às decorrentes das emendas posteriores**, pois umas e outras têm a **mesma natureza** e a **mesma hierarquia**" (RE nº 93.290 (RTJ 5/194), id., ibid., p. 20; grifou-se).

No mesmo sentido o Min. CORDEIRO GUERRA ao entender "tranquilo o entendimento (...) de que os preceitos constitucionais, quaisquer que sejam, originários ou resultantes de emendas constitucionais têm incidência imediata, ou desde o momento, em que ela mesma fixou, como aquele em que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo

que ele aponta e menciona. Fora daí, não com apoio em citação de PONTES DE MIRANDA. (in Jurisprudência Brasileira (101) 13/27. 1985, p. 20; a cit. de P. DE MIRANDA cf. in Comentários à Constituição de 1967, v. IV, p. 376).

O mesmo Ministro completa seu pensamento, invocando o apoio de LEITÃO DE ABREU:

“Por outro lado, não há direito adquirido contra a Constituição, **que pode, sem peias, desrespeitá-lo**, como disse o eminente Ministro Leitão de Abreu, RE 87.708-PR” (id. ibid.; grifou-se).

Trata-se de postura por demais simplista.

Em primeiro lugar, a própria expressão direito adquirido já é muito estrita para abarcar corretamente todas as situações que ao espírito jurídico contemporâneo repele sejam atropeladas pela superveniência, pura e simples, de novo ordenamento jurídico, mesmo em nível constitucional.

Em segundo lugar, ninguém defende direitos **adquiridos contra a Constituição**. Tais hipóteses serão sempre casos de nulidade, já que não se adquirem direitos contra a Constituição, salvo se possa, em alguma situação concreta, vislumbrar ocorrência da convalidação do nulo, como, no nosso entender, toda a indexação da economia.

A pendência é antiga e sobre ela já se escreveram tratados e monografias da maior erudição.

A questão não fica, porém, corretamente posta quando formulada nos termos da assertiva, de resto clássica, acima indicada. A **verdadeira questão** consiste em saber se a Constituição – e a mesma linha de raciocínio vale para as chamadas “leis de ordem pública” e todas as demais formulações do gênero – **pode** (1º) ter retroeficácia para apanhar, desconstituindo-os, os atos ou situações **regularmente consumados antes de sua vigência e impossíveis de serem praticados segundo o teor da nova ordem ou da nova lei**, e (2º) no mesmo caso, se ditos atos ou situações, **regularmente constituídos no passado**, tendo efeitos pendentes, estes seriam coartáveis pela entrada em vigor da nova ordem ou da nova lei.

É bem verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao menos no que respeita à competência reformista, veio a adotar posições menos radicais ao apreciar matéria pertinente às tentativas parlamentares de contornar, pela via da emenda constitucional, as restrições em matéria de iniciativa no processo legislativo, consagradas no regime institucional vigente de 1964 a 1988, posições essas que remanescem atuais na medida em que a Constituição de 1988 também consagra, com menos largueza do que ocorria no passado, o sistema da reserva de iniciativa em prol do chamado Poder Executivo.

O ponto crucial de toda a análise é o pressuposto ou a premissa sacralizadora dos códigos constitucionais, de que o legislador constituinte, ao expressar sua missão, é **soberano**, não está adstrito a quaisquer limitações “de ordem jurídica”.

Soberano é o Povo ou Nação, conceito que já dominavam os revolucionários franceses e foi expresso por SIEYES, que ainda se deu ao cuidado de acrescentar, para que dúvida não restasse, que o titular da soberania, una e indivisível por natureza – e **indelegável** na sua essência, permitimo-nos acrescentar – permanece como tal mesmo durante os trabalhos das assembléias constitucionais.

O legislador constituinte, mesmo o chamado “constituinte originário”, não titula um poder; exerce uma competência; não se investe ou é investido na soberania popular; é ungido para expressar as tendências dominantes da vontade popular.

Dizer que o legislador constituinte originário não encontra limites jurídicos na sua tarefa é confusão decorrente do mau emprego da terminologia, da mitologia vocabular do legado liberal, absolutamente incapaz de resistir a uma análise que a confronte com os **fatos**.

Admite o conservadorismo teórico que, a par da ilimitação jurídica, o legislador constituinte originário **sofre limitações políticas**. Ora, não é precisamente o texto constitucional, jurídico por excelência, eis que se trata da norma de maior hierarquia de cada ordenamento jurídico – expressão e fórmula do próprio Estado – o ponto de encontro dos universos político e jurídico? A porta de acesso das opções políticas para o mundo jurídico, para constituírem-se nas **normas cardeais** da ordem jurídica dali deduzida ou dedutível?

13. O fato constituinte nos coloca sempre diante do problema da **primeira norma**, daquilo que OLIVECRONA denomina de “**law giving authority**”, que é, sem dúvida, a questão fundamental de toda a teoria jurídica (K. OLIVECRONA, in “La Struttura dell’ordinamento Giuridico”, Milano, 1972, Giuffrè, p. 156 e segs.).

O Direito, enquanto sistema normativo, é um conjunto de normas articuladas em vista de um pressuposto axiológico ou ideológico, em virtude do qual cada regra abstratiza um fato social considerado, uma hipótese de fato, ao qual associa um comando ou imperativo de comportamento. Cada norma recebe a legitimidade, que a faz obrigatória, de outra norma do mesmo sistema, de hierarquia superior e com a mesma estrutura que, a seu turno, se legitima noutra e assim, sucessivamente, numa escala ascendente, até a norma máxima, que é a Constituição.

Diante da norma constitucional, expressão do poder Constituinte, é que se põe o problema da **primeira norma**, ou seja: qual a norma que legitima

o Poder Constituinte, de modo que sua expressão legiferante tenha força para conferir legitimidade a todas as demais, dentro do respectivo conjunto?

O discurso jurídico estabelecido resolve o problema da primeira norma através da **doutrina da soberania**. Desde as mais primitivas formulações jurídicas, a legitimidade do poder vinculativo do Direito foi remetida a fatores de natureza **mágica, sobre-humana, sobrenatural e divina**. A partir de então, menos pela busca do rigor científico, do que para atender interesses políticos, ora buscando limitar o arbítrio, dos governantes, ora fortalecê-lo e, muito especialmente, justificar o **poder ilimitado dos monarcas absolutos**, a legitimação mística do Direito foi "**racionalizada**" através da **doutrina da soberania**, atribuindo-se o poder supremo aos monarcas mediante a **investidura divina** (BODIN). Quando se foi procedendo à **laicização** e a **democratização** do Estado, processos aproximadamente simultâneos que culminaram nas revoluções **Americana**, de 1776-1787, e **Francesa**, de 1789, transferiu-se ao **Povo** ou à **Nação** a titularidade do poder que, antes, se atribuía ao Rei, a soberania, com as qualidades, particularmente a **ilimitação** ou **supremacia**, que os legistas reais haviam esboçado.

Embora seja de todo questionável que a teoria do Poder Constituinte, na qual se insere a questão da **primeira norma**, e que o próprio Poder Constituinte, enquanto **categoria conceitual**, seja um produto do modo capitalista de produção, como sustenta a ortoxia marxista, é sem dúvida inquestionável que a **teorização** do constitucionalismo surgiu historicamente com as revoluções burguesas do século XVIII: foi precisamente SIEYES que distinguiu o **poder constituinte** do **poder constituído**, na medida da **ilimitação** do primeiro e da limitação do segundo; SIEYES afirma que o poder constituinte é um poder **soberano, que não conhece limites**. Curioso, no entanto, é que todos os teóricos do **jusnaturalismo**, dentre os quais SIEYES, e com ele todo o filão jusnaturalista (BURDEAU, HAURIOU, CARRÉ DE MALBERG) ao mesmo tempo em que reconhecem o poder constituinte como soberano, afirmam sua submissão ao **direito natural**, anterior e superior ao Estado, exurgente da natureza do homem e inalterável por sua vontade, vinculando a legitimidade do Direito às **mesmas** origens **místicas** das manifestações primitivas.

A **reação positivista**, negando consistência científica ao direito natural (AUSTIN, JHERING, BERGBOHM, JELLINEK, ZITELMANN) culminou, no século XX, com KELSEN, que elaborou a idéia do Direito como sistema, e terminou por identificar a **primeira norma** com a **vontade** do Estado (Will Theory), numa visão reducionista, que lança a questão da legitimidade do poder constituinte para fora do campo de análise da ciência do Direito. O próprio KELSEN que na versão final de sua **teoria pura do**

Direito, identifica a primeira norma com um "**imperativo metajurídico hipotético**", já afirmara **antes** que o Direito nada mais é do que a **vontade do Estado**. (SILVANA CASTIGLIONE, in "La Macchina dell Diritto - Il Realismo Giuridico in Svezia", Ed. di Comunità, Milano, 1974, p. 530 e segs.).

AXEL HAGERSTROM, cujo alvo crítico é exatamente o positivismo, mostra que todas as tentativas positivistas, conquanto pretensamente antimetáfficas, terminam por lançar a questão da **primeira-norma** para um nível metajurídico, revelando inquestionavelmente **resíduos jusnaturalistas** que permitem vislumbrar o fantasma da solução mágica (SILVANA CASTIGLIONE, ID. IBID.).

Conquanto ensaiem soluções substancialmente novas, a torrente de teorias desenvolvidas sobre o tema, sem prejuízo de sua maior ou menor originalidade, termina por revelar-se ou neojusnaturalista ou neopositivista, incluído o decisionismo de CARL SCMITT, o fundacionalismo de HAURIOU, o dialeticismo integral de HELLER, o sociologismo de LA SALLE. Todos referem a **primeira norma** a um plano **abstrato** de **supralegalidade**, reconhecendo o **poder constituinte** como **soberano e ilimitado**. Mesmo os mais prestigiados teóricos marxistas, como ALTHUSSER e GRAMSCI, não escapam à regra, identificando a **primeira norma** com a **ditadura** da classe dominante em razão da **luta de classes**, situada muito mais no plano das abstrações místicas do que no das realidades concretas. Enfim, retomando HAGERSTROM, **continua sendo o despotismo absolutista** o modelo do discurso jurídico estabelecido para explicar a legitimação do poder constituinte, daí recorrendo sua pretensa **ilimitação**.

É certo que, se imaginarmos o ordenamento jurídico como **realidade espacial**, ao observador que estiver dentro desse "espaço", o Poder Constituinte aparecerá realmente como o topo, a origem do sistema, nada **do sistema** existindo acima dele a impor-lhe **limites explícitos**, efetivos para os titulares de toda a demais atividade legiferante intra-sistemática, inclusive a que se expressa na revisão ou reforma constitucional.

Esta, no entanto, é uma visão **relativa**. Essa potencialização paroxística do conceito de soberania, coerente até com os fins a que atendeu na origem, é um dos **axiomas** ou um dos **mitos** de que se socorre a teoria jurídica tradicional, para resolver **acriticamente** a questão básica da **primeira norma**. O que não se pode, porém, é pretender deduzir dessas aplicações do conceito de soberania, conseqüências que excedam suas **virtualidades reais** na **dimensão temporal**.

14. Tomada a soberania em sua acepção axiomática, revela-se essencialmente indivisível e intransferível. Conseqüentemente, os eleitores, que apresentam o Povo, não podem transferir aos legiferantes constituintes

um poder soberano: **em nome da soberania**, cometem-lhes a missão constituinte, legitimada pela investidura específica e **ilimitada nos termos de sua própria funcionalidade**. Não mais. Por impossibilidade lógica e material.

Isso sem contar que a **idéia de soberania**, mesmo sem prejuízo de seu papel axiomático, reveste-se atualmente de conteúdo e alcance mais modestos. Hoje, dizer que o povo é soberano, ou que é titular da soberania, significa que tem o direito de escolher seus governantes, de que as leis reflitam seus anseios e necessidades ou, por outra, que os governos e as leis carecem de legitimação popular. O poder popular não é, porém, ilimitado. Nem a soberania, enquanto qualidade dos Estados, que tão só os faz **juridicamente iguais** no plano das relações internacionais.

É fundamental ter-se presente que a **ilimitação de qualquer poder**, no universo jurídico, é incompatível com a própria essência da juridicidade: não existe poder jurídico **ilimitadamente ilimitado**.

Como diz apropriadamente OLIVECRONA, no seu esforço analítico conciliatório entre linguagem jurídica e linguagem científica, devemos **reutilizar** noções construídas em contextos sócio-culturais muito diferentes do nosso, carregadas de significados, inclusive mágicos e sobrenaturais, hoje inaceitáveis à luz de um enfoque científico. A **soberania** também se inclui no rol das "hollow words", admiravelmente apta enquanto **signo**, desde que necessariamente adequada às exigências da linguagem jurídica contemporânea, ou a uma linguagem jurídica que atenda às exigências do espírito científico contemporâneo. (Legal Language and Reality. Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound, Ind, NY, 1962). Nesse enfoque, o povo, titular da soberania, destituída do conteúdo divino de "**suprema potestas**", investe o legislador constituinte dos poderes **necessários e suficientes** para o exercício daquela atividade legiferante especial, que se caracteriza exatamente por não ter as limitações que a restante atividade legiferante do sistema sofre. Esse poder legiferante especial realmente desconhece **limites explícitos**, como os tem o revisor ou o reformador constitucional. Daí, porém, a ilimitação jurídica vai um passo contraditório da própria juridicidade: aparece a marca **totalitária do poder divino**; implica em colocar-se o exercício da atividade constituinte numa escala sobre-humana e irrealista, eis que nada do humano tem expressão infinita e ilimitada.

Assim, em termos realistas, os episódios constituintes, posto dizerem-se soberanos em decorrência de uma necessidade lógica e mitológica do próprio sistema de que vão escrever ou reescrever a regra fundamental, não revestem aquela qualidade na sua acepção histórica, decorrendo sua **relativização** de suas próprias circunstâncias enquanto **atos históricos**.

Colocada a soberania em termos adequados à realidade científica, enquanto atributo maior de uma comunidade, tendo-se presente que, nos momentos constituintes, a comunidade, no exercício daquele atributo, investe o legislador de poderes extraordinários com vistas à redefinição das normas institucionais, pode-se encarar, em termos **realistas**, a questão dos **limites** do Poder Constituinte.

Dizer-se que o Poder Constituinte é soberano, despida a soberania da potencialização paroxística originária, implica em reconhecer que **não é ilimitadamente ilimitado**. Isso não lhe retira a condição de expressão máxima da atividade legiferante em cada comunidade. Também não infirma a tese ortodoxa de que inexistente qualquer dispositivo do complexo normativo vigente apto a inibir-lhe a expressão.

Essa ilimitação não se reputa essencialmente comprometida mesmo quando o ato convocatório da Assembléia Constituinte estipule norma procedimental, como ocorreu no Brasil com a Emenda Constitucional nº 26/85, dispondo que a votação do projeto constitucional se faria em dois turnos e por maioria absoluta.

Diríamos mais: até a estipulação de algum limite **substancial** que representasse, à evidência, o anseio da comunidade não se deveria reputar restritivo da soberania do Poder Constituinte. Seria a hipótese, numa comunidade que alcançou a soberania internacional, da expressa vedação da reinstucionalização da condição colonial.

Mesmo porque, segundo a própria doutrina tradicional, sustentada com a autoridade de SIEYES e expressa na Constituição Jacobina (1793), a investidura de uma assembléia no Poder Constituinte não no retira do Povo, que prossegue titulando-o **ininterruptamente**.

Há, sem dúvida, **hipóteses limite**, como o Decreto nº 19.398/30 no Brasil e situações similares ocorridas em Portugal (1974), Itália (1946), França (1945), Grécia (1974 e 1975).

Mesmo assim, não sem certo exagero, o constitucionalista português JORGE MIRANDA, sustenta que, "apesar de tudo" a assembléia não deixou de ser um órgão soberano. Só ela podia discutir a Constituição e nenhum órgão tinha o poder de a promulgar, de a sancionar ou de a vetar" (Manual de Direito Constitucional, Coimbra, 1982, 2ª ed., Tomo I, 1.295).

Também é preciso esclarecer que, ao falarmos em **limites** do Poder Constituinte, não estamos aludindo aos **limites circunstanciais** ou **políticos** ou **limites de fato** no dizer de PAUL BASTID; a estes os legisladores constituintes estão visceralmente adstritos, valendo-lhes a vinculação como medida de boa qualidade de sua expressão, enquanto sintoma de sua sensibilidade aos anseios da comunidade. O legislador constituinte deve conduzir-se à luz desses anseios, seguir-lhes a trilha, sob

pena de produzir uma obra vã, efêmera e **inválida**, já que, no campo do direito constitucional, a eficácia precede ou se confunde com a validade. E se o legislador constituinte não tem a sensibilidade para expressar os anseios da comunidade, fazendo obra de ficção política, ou afrontando-os até, comprometerá a eficácia e validade de sua obra. O exemplo clássico da afronta aos limites de fato é a Constituição Francesa de 1973, chamada de Jacobina, inspirada por SIEYES, obra inovadora, votada com grande entusiasmo, antes referida, cujos autores supunham realizar expressão imorredoura do direito constitucional e que, no entanto, nasceu morta: jamais foi aplicada.

Note-se que os **limites de fato** atingem o legislador constituinte até de modo mais vigoroso do que o legislador ordinário. Não que este também não lhes sofra os efeitos, mas a natureza da matéria constitucional faz com que esses limites atinjam o legislador constituinte com maior repercussão.

O que nos interessa é a constatação de que, diversamente do que se diz à quase unanimidade no discurso jurídico estabelecido, o Poder Constituinte não é juridicamente ilimitado; de que sofre a contração de **limites-jurídicos**. Tais limites não decorrem de um "direito sobreconstitucional", nem da constituição nacional metropolitana sucedida, nem, é óbvio, da legislação ordinária vigente.

Os limites jurídicos do Poder Constituinte decorrem da própria natureza desse poder e de seu circunstanciamento histórico; são limites intrasistemáticos e resultam daquilo que pode ser considerado o **núcleo axiológico** (não se confundem com ele) da Constituição e que podemos associar com as teses de HAURIUO e de HELLER.

Tomando como critério de descreme a contribuição Kelseniana que oferece um "**insight**" **sistemático** ao Direito, pode-se dizer que **todas** as teorias sobre a **primeira norma** colocam-na num plano metajurídico. Algumas num plano metafísico; outras num plano simplesmente metajurídico.

O próprio positivismo Kelseniano coloca a primeira norma fora do campo especulativo do Direito enquanto ciência.

Na realidade, porém, não se pode pretender que o **principal problema** de uma ciência seja estranho a seu objeto. Mesmo que se aceite como excelente via metodológica de análise a proposta Kelseniana, não se pode relegar a questão da primeira norma pura e simplesmente a um pressuposto anterior e exterior a indagações do Direito enquanto ciência.

Qualquer que seja o fundamento ou o complexo de circunstâncias que fundamentem a obrigatoriedade do Direito, como decorrência do posicionamento filosófico adotado pelo analista, a questão da primeira norma impõe-se como uma necessidade lógica do ordenamento jurídico enquanto sistema.

Seja qual for a origem do fenômeno jurídico como um todo, que inquestionavelmente é uma decorrência da própria condição humana, a existência da primeira norma é um dado que, em termos estritamente jurídicos, se impõe com uma característica **dúplice** e paradoxal, onde se confundem e se combinam a **ilimitação** peculiar à origem da autoridade, que é necessidade lógica do sistema, considerada desvinculadamente de qualquer posição ideológica ou filosófica, e a outra é a **relativização** dessa ilimitação, decorrente da própria natureza do Direito, ao qual repugna a idéia de qualquer poder sem limites na escala temporal.

Considerando que o poder constituinte não é ilimitadamente ilimitado, sendo sua ilimitação relativizada pelas circunstâncias históricas e processuais exurgentes do fato constituinte, impõe-se analisar essas balizas relativizadoras.

O texto constitucional é exatamente o ponto em que o jurídico radica no metajurídico ou o ponto através do qual o metajurídico pervade o jurídico. Essa especialíssima circunstância determina uma hermenêutica específica do plano constitucional.

Como já tivemos oportunidade de afirmar noutro estudo, uma análise mais precisa da formalização constitucional **enquanto processo**, revela-nos que se trata de uma **construção**, na qual se podem perfeitamente distinguir **fundamentos** e **corolários**. O legislador constituinte perfila uma série de **fundamentos** – que EDUARDO GARCIA ENTERRIA identifica com as decisões políticas fundamentais de CARL SCHMITT – (in "La Constitución" p. 98-99; **apud** CELSO RIBEIRO BASTOS, in "Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, SP, 1988, 1ª v., p. 340); **que** REINHOLD ZIPPELIUS identifica com as **normas fundamentais do Estado**, pertinentes à constituição num sentido **material** e **histórico** (in "Teoria Geral do Estado", p. 36; **apud** CELSO RIBEIRO BASTOS, op. cit., p. 340), que correspondem à já mencionada **supralegalidade constitucional** de MAURICE HAURIUO; **que** correspondem aos fatores reais do poder de LASSALLE (cf. JOSÉ FERNANDO DE CASTRO FARIAS, in "crítica à Noção Tradicional de Poder Constituinte", Lumen Juris, RJ, 1988, p. 60); **que** correspondem aos **princípios jurídicos gerais** de HERMANN HELLER, que geram e limitam todas as possibilidades de conteúdo do direito positivo (in "Teoria Geral do Estado", Ed. Mestre Jou, SP, 1968, p. 14) – **fundamentos** esses que insere no código constitucional como **princípios**, expressos ou implícitos, e, a partir deles e em torno deles, articula um conjunto variável de **corolários**, que corresponderão às **normas constitucionais dispositivas**, umas só formalmente constitucionais, outras também materialmente constitucionais.

Nessa linha, CELSO RIBEIRO BASTOS, ao analisar as modernas tendências do constitucionalismo comparado, aponta corretamente para o

fato de que “o órgão incumbido de fazer a Constituição não goza de uma liberdade plena”. (in Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, SP, 1988, 1º v., p. 161).

Na mesma linha JORGE MIRANDA (in “O Poder Constituinte”, RDP 80/16).

Fica claro que o legislador constituinte, ao captar as tensões normativas fundamentais da sociedade – pois essa é a essência da sua missão – **encontra limites** que, sendo políticos na origem, são jurídicos na consequência, sendo, pois, mero discurso a afirmação da ilimitação jurídica acima mencionada.

A **possibilidade** que o legislador constituinte expressa é – o que é muito diverso da assertiva acima criticada – de, seguindo o que interpreta – corretamente ou não – ser a opinião dominante na sociedade correspondente, quanto aos princípios ou fundamentos gerais do Estado, adotar premissas político-jurídicas **conservadoras** ou **revolucionárias**.

Aqui, sim, pode radicar a grande diferença entre a projeção de eficácia de uma constituição nova e a ordem constituída antecedente.

Ocasões há em que o legislador constituinte, tenha ele **investidura formal**, como, de certo modo, se pode dizer dos recentes acontecimentos institucionais ocorridos na antiga União Soviética e em diversos países da Europa Oriental, tenha ele **investidura informal**, como ocorreu na Revolução Francesa de 1789 e na Revolução Russa de 1917, **adota premissas político-jurídicas revolucionárias**, isto é, **ruptura radical** com os fundamentos institucionais até então vigentes.

Não se trata aqui da revolução em sentido amplo a que se refere Kelsen (in “Teoria Pura do Direito”, Coimbra, Armenio Amado Editor, 1976, 4ª ed., p. 290), que inclui toda modificação ou substituição constitucional feita em desconformidade com as regras da própria constituição alterada ou constituída.

Aqui se trata de revolução em sentido substancial ou, em outras palavras, segundo o insight marxista.

Observe-se ainda que ao adotar esse descreime não nos preocupa a questão da **legitimidade**, que se exacerbou, a partir de 1815 com a restauração monárquica na França e que foi vigorosamente retomada por GUSTAV RADBRUCH ao abordar a delicada questão da legalidade injusta (in “Derecho Injusto y Derecho Nulo”, Madri, Aguilar, 1971, p. 3 e 22).

Trata-se de, independentemente da questão da legitimidade, descobrir um limite relativizador da tão decantada ilimitação jurídica do poder constituinte.

Essa hipótese é muito bem descrita por A. GUALDINO ao analisar a mudança substancial que teriam provocado na estrutura constitucional de Roma, as leis consubstanciadas do chamado PACTO LICINO SESTIO (367 A.C.), dizendo que revolução “... é cosa ben diversa dallo scuotimento e dalla

revisione di un ordine costituito. È la demolizione di quell' ordine, lo sconvolgimento totale di quell' assetto, in una con la fondazione di un “ordine nuovo”, radicalmente nuovo nella sostanza dei rapporti sociali” (La Rivoluzione della Plebe, Liguori Editore, Napoli, 1975, p. 16).

A inteligência que preparou e conduziu os sucessos das revoluções americana (1776) e francesa (1789), embora não tenha formulado com clareza essa idéia, não deixou de intuí-la com grandiosidade: LEBRUN erige o regicídio à condição de símbolo revolucionário; BLAKE concebe a revolução como um apocalipse; LOUIS CLAUDE de SAINT MARTIN como imagem resumida do juízo final; ROUSSEAU igualmente recorre às imagens de um juízo final laicizado (STAROBINSKI, J. 1789 – Os Emblemas da Razão, Companhia das Letras, SP, 1988, p. 50, 116, 154, 166, 171).

Então, sim, não porque tenha poderes politicamente ilimitados, mas porque adotou premissas revolucionárias, porque adotou radical institucional (político e jurídico a um só tempo) diverso e antagônico a da ordem precedente, **estará absolutamente descompromissado com a ordem institucional derrubada**.

Estará, sim, vinculado aos novos fundamentos que adotar e poderá, com base neles, **coerentemente com eles, no em que vinculado estará**, seja por disposições constitucionais expressas, seja pela total incompatibilidade com a principiologia e com as disposições constitucionais novas, ignorar e zerar o passado. Só o tempo dirá se interpretou corretamente a vontade da maioria e se essa maioria terá conservado ou terá renegado sua opção revolucionária.

Mesmo nessa hipótese, vale registrar a opinião expressa, note-se bem, em 1939, por R.H.S. CROSSMAN no sentido de que até as revoluções “**nunca pueden ir más allá ni más rápidamente de lo que permita la estructura social**. El balance de las fuerzas se producirá siempre al final, a pesar de los sermones, de las ideologías y del derramamiento de sangre”. (grifou-se) (in “Biografía del Estado Moderno”, Fondo de Cultura Económica, México, 1941, p. 67). Referia-se à Revolução Cromwelliana, à **Revolução Russa de 1917** e à Guerra Civil Espanhola de 1936-38.

Uma constituinte conservadora, segundo o mesmo insight acima proposto, seja investida de modo formal, como a brasileira de 1988, seja de modo informal, como a brasileira de 1964-69, ao **adotar, retomar ou reafirmar** a mesma principiologia, os mesmos fundamentos ou o **mesmo radical institucional** de ordem sucedida, no momento em que adota essa postura político-jurídica, **não mais atua com a ilimitação que a doutrina clássica pretende**.

Uma constituinte que, mantendo a linha do constitucionalismo pátrio, **reafirma, como direito fundamental** (Art. 5º, XXXVI), o direito adquirido,

o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, erigindo-os ainda à categoria de **cláusula pétrea** (Art. 60, par. 4º, IV), ela própria, constituinte, deixou de vestir o manto revolucionário, obrigando-se, em razão do princípio da coerência interna e da continuidade da ordem jurídica, que só não é corolário do primeiro numa perspectiva revolucionária no sentido acima indicado, a respeitar e assegurar, não só os atos em si, mas, o que mais importa, os efeitos pendentes que deles devam emanar segundo as regras que presidiram sua consolidação.

Isso posto e a título de regra geral, entendemos que, inexistindo ocorrência de premissa revolucionária em sentido próprio, como nunca houve no constitucionalismo brasileiro; havendo nele, ao contrário, reiterada e antiga manifestação tutelar de tudo quanto hoje vem simbolizado pelo “direito adquirido” e – o de que adiante se tratará – da autonomia estadual – ao menos durante o período republicano, **nem o poder constituinte originário** e – como adiante também se verá – muito menos a competência reformista – seja por via de emenda seja por via da revisão de que trata o artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – podem desprezar as situações jurídicas regular e definitivamente constituídas ao abrigo da ordem institucional ou de lei anterior, nem os efeitos delas pendentes segundo os termos vigentes à data de sua regular consolidação.

Trata-se da **linha permanente de opinião dominante** que MARCELO CAETANO aponta em relação ao constitucionalismo brasileiro. O comentário foi feito a respeito das Constituições Federais de 1967/69, mas pode ser perfeitamente compreensivo inclusive da Constituição vigente:

“... **características gerais que tem sido constantes** do Direito Constitucional brasileiro. Através das diversas Constituições, na verdade, com exceção porventura da Constituição de 1937, existe uma **linha permanente de pensamento inspirador das instituições** que podem mudar em **aspectos formais**, mas correspondem sempre à tentativa da mais perfeita realização do que a **opinião dominante** considera, deve ser desde 1891 a Constituição ajustada para o Brasil.” (in “Direito Constitucional”, Rio, Forense, 1987, p. 10; grifou-se).

A ressalva relativa à Constituição de 1937 vale no que diz respeito à autonomia estadual, que também tem a ver com o tema em exame, mas não se aplica à tutela das situações jurídicas regular e definitivamente constituídas, em relação ao que se pode vislumbrar precisamente a “linha permanente de pensamento inspirador das instituições”, o que, em outras palavras, é a constatação da incoerência de mudança revolucionária, no sentido próprio, do radical axiológico básico do ordenamento institucional do país.

17. Se não temos dúvida de que a **constituição**, em face da opção fundamental do legislador constituinte (originário), que **não foi revolucionária**, e, sim, optou pela **manutenção do radical institucional anterior**, ou, se quisermos ser mais específicos, pela manutenção do radical – ou do princípio fundamental – tutelar do direito adquirido, **está adstrita a respeitar essa categoria**, outra solução não se pode alvitrar, para o mesmo problema, diante da **emenda constitucional**.

A faculdade de emenda constitucional é competência instituída, sujeita, dentre outras, no que respeita ao conteúdo, a limitações expressas e implícitas. Basicamente, o legislador reformista não empolga aquela competência específica, própria do constituinte originário e impropriamente qualificada como ilimitação, de secundar a “constituição material” adotando, eventualmente, um radical institucional revolucionário em face da ordem antiga. O legislador reformista atua submisso ao radical adotado pelo constituinte originário, bem como à principiologia explícita e implícita daquele radical decorrente e, mais, aos limites materiais expressos na própria constituição.

Não é correta a assertiva, antes referida, do Min. MOREIRA ALVES de serem a constituição e a emenda constitucional expressões legiferantes da mesma natureza e mesma hierarquia.

Mesmo com as restrições que se lhe apontam, o poder constituinte em sentido próprio não pertence ao processo legislativo; antecede-o; condiciona-o. É, diversamente de todas as demais expressões legiferantes, **relativamente ilimitado**, em termos jurídicos.

Já a **competência** reformista, conquanto verse matéria constitucional ou matéria que está ou pode estar regrada na constituição, **se exerce nos termos constitucionais** e seus limites, independentemente da “cláusula pétrea”, são todos os que decorrerem do espírito, da principiologia e da sistemática constitucional.

NELSON DE SOUZA SAMPAIO indica quatro categorias de normas constitucionais intangíveis, quais sejam: (1) as relativas aos direitos fundamentais, (2) as concernentes ao titular do poder constituinte, (3) as relativas ao titular do poder reformador e (4) as que dizem respeito ao procedimento da reforma. (in “O Poder de Reforma Constitucional”, 2ª ed., Bahia, 1961, p. 94).

Note-se que, à época só a federação e república estavam protegidas pelo “cláusula pétrea”.

Embora, como registra JOSÉ AFONSO DA SILVA não se tenham exemplos de controle de constitucionalidade “em relação às emendas que desprezam as limitações implícitas” (in Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Edit., SP, 8ª ed., 1992, p. 63), pode-se constatar relativa

unanimidade na afirmação de PINTO FERREIRA de que existe um “conteúdo mínimo, verdadeiramente irrevogável e intangível no constitucionalismo moderno” (op. cit., v. 1, p. 125).

As constituições suíça (art. 118) e norueguesa (parágrafo 112) admitem expressamente a reformabilidade de qualquer disposição a qualquer tempo. Mesmo assim, FLEINER E SCHMITT, em relação à primeira, MORGENTHAU, WOLGAST, CASTBERG, em relação à segunda, sustentam, que as emendas não podem contrariar os princípios ou o espírito da constituição (PINTO FERREIRA, op. cit., v. 1º, p. 122/124).

A apreciação judicial da constitucionalidade das reformas constitucionais foi levantada pela primeira vez nos Estados Unidos. No século XIX, prevalecia a orientação de que tais matérias envolviam “questão política”, ficando, assim, imunes ao crivo do Poder Judiciário. Com a virada do Século, começou a fazer-se distinção precisamente entre “matters of procedure”, isto é, aspectos formais da reforma, e “matters of substance”, ou seja, aspectos substanciais da mesma. As primeiras decisões da Suprema Corte versaram todas sobre aspectos formais ou procedimentais da reforma: *Knigh V. Shelton* (1905); *Anderson V. Myers* (1910); *Glanke V. Smith* (1920).

Em 1920, a Suprema Corte decidiu o primeiro caso em que se apreciavam “matters of substance”, decidindo pela constitucionalidade da Emenda XVIII; em 1921, a Suprema Corte também considerou constitucional a Emenda XIX, apreciando questão de conteúdo.

Nos Estados Unidos, embora a questão não seja pacífica, como, aliás, não é em parte alguma, a maioria dos doutrinadores inclina-se pela possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade material das reformas constitucionais. (Cf. THEREZINHA LUCIA FERREIRA CUNHA, in “Poder Constituinte e Poder de Revisão Constitucional”; *Revista de Informação Legislativa* (86); 41/76).

Ora, a Constituição Federal de 1988, como já se disse, ao expressar a dita “cláusula pétrea”, que enumera a matéria insuscetível de alteração por emenda, excluiu explicitamente da reformabilidade, no art. 60, par. 4º, IV os “direitos e garantia individuais”, dentre eles, como também já se disse, a **tutela do direito adquirido** (art. 5º, XXXVI).

Novamente, não se diga que o disposto no art. 5º, XXXVI, ao enunciar que “a lei não prejudicará...”, não serviria de limite eficaz para a emenda constitucional.

Não só a doutrina, que, ao reconhecer nessa tutela um dos princípios constitucionais fundamentais, isso sem falar na posição que adotamos, restritiva até para o constituinte originário não revolucionário, inadmitte sua alteração por via de emenda, como também farta jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal tem inquinado sistematicamente o emprego da emenda constitucional, para regular modificativamente matérias que, nos termos, constitucionais, só podem ser objeto de legislação sujeita à iniciativa privativa. As inúmeras tentativas de contornar a restrição de iniciativa pela via da emenda constitucional tem sido coartadas pelo STF.

A inserção do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, somado à reiteração dessa tutela ao longo da história do constitucionalismo pátrio, autorizam, à luz das considerações antes expostas, vislumbrar a adoção pelo contribuinte brasileiro da **tutela das situações juridicamente consolidadas** como **princípio** constitucional, fundamental por sua própria natureza incluído no rol dos **princípios implícitos** a que alude o par. 2º, do mesmo art. 5º, acima mencionado.

O próprio PINTO FERREIRA que ainda sustenta a plena ilimitação do poder constituinte e inclusive, em tese, da competência reformista, reconhece que, nos termos da Constituição Federal de 1988, “não é possível proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (in “Comentários à Constituição Brasileira” 1º v. Saraiva, 1989, p. 149).

18. Maior relevância, porém, se nos afigura ter a indagação sobre poder emenda constitucional estabelecer teto, seja de fixação, seja de recebimento, relativo à remuneração dos parlamentares estaduais.

Antes de mais nada, cumpre reportarmo-nos a toda argumentação antes espendida acerca dos limites que a vanguarda do constitucionalismo contemporâneo reconhece ao próprio constituinte originário e, mais largamente, ao legislador reformista.

Isto posto, observe-se que, ao abrir o **rol expresso** dos “princípios fundamentais” (Título II, o art. 1º, da Constituição Federal de 1988, declara ser o Brasil uma “República Federativa”. Por outro lado, a “cláusula pétrea” exclui, das matérias suscetíveis de emenda constitucional, a “forma federativa de Estado” (art. 60, par. 4º, I).

Ora, mesmo sabendo que a estrutura federal brasileira é mais **nominal** do que **substancial**, a afirmação da forma federativa, associada à inegável tendência informadora implícita na atual constituição no sentido de devolver ou restaurar, revalorizada, a **autonomia local**, nos impõe reputar imprescindível à preservação da principiologia fundamental, dessa mesma constituição, a **autonomia estadual**.

De outra parte, se observarmos a evolução do constitucionalismo brasileiro, constataremos que a ingerência do texto constitucional federal na matéria pertinente à remuneração dos principais agentes políticos ou dos agentes políticos eletivos dos Estados, corresponde à exceção e, não, à regra, podendo-se, assim, identificar essa matéria como daquelas poucas que efetivamente se tem reconhecido pertinentes aos “poderes remanescentes”.

Aliás, na matéria, nada nos parece mais elucidativo do que perquirir a **origem** ou o **precedente histórico**, no constitucionalismo brasileiro, que aguarde correspondência com o conteúdo da Emenda Constitucional nº 1/92.

Só existe um: o art. 11, do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que estipulava **exatamente a mesma restrição** à remuneração dos Deputados Estaduais, com o agravante de expressar **teto de recebimento** (“...não podem perceber, a qualquer título...”).

Sabe-se que, desde 1964, o sistema institucional brasileiro sofreu **forte processo centralizador**, com grave prejuízo para a **autonomia estadual**, processo esse que atingiu seu paroxismo no artigo 200, da Constituição Federal de 1969, que zerava a autonomia dos Estados!

É inquestionável que um dos traços fundamentais da Constituição Federal de 1988 foi, como se disse, justamente restabelecer e, mais, revalorizar a autonomia local enquanto modo de participação democrática.

Sabe-se que o sistema institucional brasileiro é inercialmente centralista, o que pode até – e o faz efetivamente – comprometer o espírito valorizador da autonomia local insito na Constituição de 1988. O que não se pode, é interpretar a constituição nova justamente com base num dos princípios mais marcantes da ordem institucional anterior, precisamente num dos pontos em que a ordem nova e a sucedida mais se contrapõem.

A Emenda Constitucional nº 1/92 agride inquestionavelmente a autonomia estadual, criando limite à auto-organização dos Estados que não encontra suporte defensável no texto constitucional original, cujo artigo 25 assegura aquela autonomia, seja pela garantia de que “...organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”, seja reservando-lhes “...as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (Art. 25, caput e par. 1º).

Ora, não se pretenda, por absoluta impossibilidade lógica, na medida em que expressa comando ou disposição específica, erigir a restrição **nova**, introduzida pela Emenda Constitucional nº 1/92, à categoria de **princípio constitucional federal!**

Nem se queira argumentar em prol da sobredita Emenda, pretendendo que a **restrição nova**, por ela introduzida, possa encontrar albergue nas vedações constitucionais federais restritivas da remanescência. As restrições constitucionais federais, restritivas da remanescência são aquelas, **e só aquelas**, já expressas no texto original da Constituição.

Qualquer outra restrição e, de modo particular a de que ora se trata, esbarra na vedação à competência reformista que protege a forma federativa de Estado (CF/88, art. 60, par. 4º, I).

Em suma, a Emenda Constitucional nº 1/92 é inconstitucional, sendo inepta a coibir a Assembléia Legislativa do Estado a exercer a parte de sua **competência exclusiva** que se traduz na fixação da remuneração parlamentar para a legislatura subsequente.

19. Se, no que respeita à **fixação** da remuneração dos parlamentares estaduais, o Decreto Legislativo nº 6044, de 02 de outubro de 1990, não só aplicou irrepreensivelmente as disposições constitucionais estaduais (CE/RS 1989, art. 53, XXXI) e federais (CF/88, art. 27, par. 2º), como ainda não sofre a incidência da nova redação que a Emenda Constitucional nº 1/92 veio a dar à norma constitucional federal referida, **por outro lado** infringiu flagrantemente o dispositivo constitucional, também referido, na parte que diz com os Secretários de Estado.

Na sistemática constitucional federal, a remuneração dos parlamentares federais é fixada pelo Congresso Nacional “em cada legislatura, para a subsequente”, a do Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros de Estado, igualmente pelo Congresso Nacional “para cada exercício financeiro” (CF/88, art. 49, VII e VIII).

É ainda a Constituição Federal que, em nosso entender na **border line** de sua competência, legitimada na medida em que expressa, menos o famigerado “modelo federal”, do que um salutar **princípio** de que a **fixação** da remuneração pública deve proceder-se de modo a evitar a legislação em causa própria, reproduziu, para os Estados, a regra de fixação da remuneração dos parlamentares (CF/88, art. 27, par. 2º).

A sistemática constitucional estadual, no Rio Grande do Sul, evidenciando precisamente o exercício da singularidade própria da autonomia, não é colidente mas é diversa da federal.

A Constituição Estadual, no seu art. 53, XXXI, comete à Assembléia Legislativa a competência para **fixar** a remuneração de seus membros, do Governador e do Vice-Governador “**em data** anterior às eleições para os respectivos cargos” (grifou-se) e “**na mesma época, a dos Secretários de Estado**” (grifou-se), “**observadas as regras da Constituição Federal e desta**” (grifou-se).

Assim, aqui no Estado, a **fixação** da remuneração dos Deputados, do Governador e Vice e dos Secretários de Estado, dá-se na mesma época, referida a todo o período de mandato dos cargos eletivos, que, de outra parte, coincide.

Quando, porém, a Assembléia, no exercício dessa competência, fixa as remunerações a que diz respeito, deve fazê-lo atendendo as normas pertinentes da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

Ora, dentre essas normas, sobressaem os mandamentos expressos nos incisos XI e XII, do art. 37 e no parágrafo primeiro, do art. 39, da Constituição Federal.

Se o mandamento constitucional determina uma equiparação remuneratória entre os ditos "Poderes" e aponta, como balizas na esfera estadual, as remunerações aos membros do Congresso Nacional (Poder Legislativo), Ministros de Estado (Poder Executivo) e Ministros do Supremo Tribunal Federal (Poder Judiciário), isto é, os Deputados Estaduais, os Secretários de Estado e os Desembargadores, estas balizas, para poderem, segundo o princípio da equiparação remuneratória, servirem de referenciais unívocos, **devem necessariamente corresponder a idêntica** remuneração.

Nem poderia ser de outra forma. A sistemática constitucional pertinente à remuneração pública, consubstanciada nos incisos X a XV inclusive, do artigo 37 e no artigo 39, da Constituição Federal de 1988, informada pelo princípio cardeal de paridade e isonomia, ao enunciar os parâmetros com base nos quais esse desiderato se vai possibilitar – e mais – considerado o modo como a enunciação desses parâmetros é feita no inciso XI, do artigo 37, acima citado, conduz inevitavelmente à conclusão que esses parâmetros, em cada nível organizativo da federação devam ser reciprocamente iguais.

Assim, ao fixar, em sede própria e na época apropriada, a remuneração dos **Secretários de Estado**, o Decreto Legislativo nº 6044, de 02 de outubro de 1990, é **inconstitucional**, na medida em que não atendeu à necessária paridade entre o parâmetro do Poder Executivo e o do Poder Legislativo.

20. Resumindo as **conclusões principais**:

(1º) a leitura correta do texto decorrente da Emenda Constitucional nº 1/92, considerando que manteve a mesma sistemática de **fixação** da remuneração dos parlamentares estaduais previstas no texto original, não autoriza outra conclusão senão a de que o **novo teto**, em nenhuma hipótese, pode incidir na remuneração dos **atuais** Deputados, nem sobre os respectivos **reajustes**;

(2º) como nem ao constituinte originário, exceto o que adote postura radicalmente revolucionária, se deve reputar permitida a desconsideração, pura e simples, das **situações jurídicas regular e definitivamente estabelecidas**, muito menos se há de reputar possível tal desconsideração ao reformador constitucional, já que a faculdade de emenda constitucional é competência instituída, sujeita aos limites principiológicos, implícitos e explícitos, além de outros decorrentes da própria constituição;

(3º) considerada a conclusão anterior, combinada com o disposto no art. 5º, XXXVI e seu par. 2º, e no art. 60, par. 4º, IV, todos da Constituição Federal de 1988, conclui-se pela impossibilidade constitucional de a emenda em exame poder atingir a remuneração dos **atuais** Deputados Estaduais;

(4º) considerada a conclusão do item 2º, combinado com o art. 1º da Constituição Federal, mais o disposto no art. 60, par. 4º, I, conclui-se pela impossibilidade constitucional de a emenda constitucional federal dispor sobre a matéria relativa a limite de remuneração para os parlamentares estaduais;

e

(5º) a remuneração **fixada** para ser paga a qualquer título (independentemente de sua composição interna) e em espécie para o **cargo** de Secretário de Estado deve ser **igual** àquela **fixada**, nas mesmas condições, para os Deputados Estaduais.

21. Finalmente, considerada a preocupação do consulente com a circunstância de a remuneração parlamentar ser um dos parâmetros de teto da remuneração pública, adotados pela Constituição Federal (art. 37, XI), impõe-se arrematar com as observações subseqüentes.

A **primeira** decorre da constatação de que tanto a **fixação** quanto os **reajustes** da remuneração dos parâmetros constitucionais não guardam sincronia nem em relação ao momento nem em relação aos critérios de valor.

Assim, por exemplo, a **fixação** da remuneração dos Deputados Estaduais e dos Secretários de Estado é (1º) de competência exclusiva da Assembléia Legislativa, (2º) se dá por decreto legislativo e (3º) antes de cada legislatura, com vigência para toda a legislatura subseqüente. Esse modo de **fixação**, repita-se, é o mesmo quer para a remuneração dos Deputados quer para a dos Secretários de Estado.

Já em relação aos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, a mesma **fixação** dá-se (1º) independente de época determinada, (2º) por iniciativa do próprio Tribunal e (3º) mediante aprovação da Assembléia Legislativa, **através de lei**. No caso dos Desembargadores, como se trata de agentes políticos providos, não pelo modo político de provimento, que é a eleição (CF/88, do art. 1º, par. único), e, sim, por uma das modalidades administrativas de provimento; e tendo eles tratamento estatutário mais assemelhado ao dos servidores públicos – justamente em decorrência do modo de provimento – praticamente não se consegue distinguir a **fixação** da respectiva remuneração, dos **reajustes** correspondentes.

Por outro lado, enquanto os **reajustes** da remuneração parlamentar se procedem pela via do decreto legislativo, os dos Secretários de Estado dependem de lei de iniciativa do Governador do Estado e os dos Desembargadores de lei de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Essas dissincronias nos processos de **fixação e reajustes** da remuneração dos parâmetros para aplicação do teto constitucional da remuneração

pública, acrescidas à inexistência de índices unívocos indicativos da desvalorização da moeda, determinam, até por um imperativo de moralidade pública, se procure manter sempre o necessário entendimento entre os diversos Poderes, a fim de evitar discrepâncias que dessirvam ao interesse público pelas conseqüências anti-isonômicas decorrentes, observadas, em qualquer caso, as **paridades consagradas**.

A **segunda** decorre, ao mesmo tempo, das discrepâncias ou dissintonias acima apontadas e do próprio texto do dispositivo constitucional relativo ao teto da remuneração pública – artigo 37, XI. A univocidade inerente à função do teto levou por certo o legislador constitucional a apontar o **momento da fixação das remunerações-padrão** como aquele em relação ao qual se deva proceder o processo comparativo de aplicação do teto.

Deve-se ter presente a diferença entre a **fixação** e os **reajustes**, antes mencionadas, para que fique bem clara essa assertiva: como os reajustes presumem-se simplesmente repositórios do valor real da moeda, é o momento da **fixação** das remunerações-parâmetro o que se há de utilizar para aplicação do teto delas resultante.

A **terceira** observação diz respeito ao **conceito** de remuneração, seja para aferir a paridade das remunerações parâmetro seja para os efeitos de aplicação do teto constitucional da remuneração pública em geral. Observe-se que a **composição interna** da remuneração de cada parâmetro - e o mesmo ocorre com diversas categorias de remuneração pública - não é a mesma.

Isso posto, seja para aferir a paridade das remunerações parâmetro, seja para aplicação do teto constitucional decorrente para a remuneração pública, esta se há de considerar sempre como abrangendo todas e só as quantias que correspondem a uma **causa objetiva** e genérica de pagar e receber, pagas e recebidas em dinheiro. Trata-se das parcelas igualmente percebidas por todos os servidores ou agentes do poder público, inclusive órgãos de Estado, pertinentes a um mesmo corpo institucional, quadro de carreira ou sistema de atividade e do mesmo escalão dentro desses escantilhões.

Outro modo de dizer o **conceito de remuneração**, para os efeitos do que ora se trata, é registrar que **o que se compara não é** a remuneração do agente ou órgão do Estado, constitucionalmente adotada como parâmetro, mas, sim, a do parâmetro em si, objetivamente considerado - o que a lei, da respectiva competência fixou para o parâmetro considerado receber a qualquer título em dinheiro – projetando-se esse mesmo conceito objetivo para os efeitos de aplicação do teto resultante. Assim, no caso dos

parametrados, não é a remuneração do servidor, agente ou órgão de Estado que se compara, mas a do respectivo cargo - a qualquer título e em dinheiro – considerada sempre a entidade de nível ou classe, quando se trate de agentes assim organizados. (cf. in “Critérios Constitucionais sobre Remuneração Pública”, RPGE nº 47, p. 29 e segs.).

É o parecer.

Porto Alegre, 03 de maio de 1993.

COMUTAÇÃO DE PENALIDADE EM PROCESSO DISCIPLINAR

LUIZ CARLOS SOUZA LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor na Escola Superior de Advocacia de
Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9866

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. COMUTAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA.

Admissão, em face da NATUREZA DISCRICIONÁRIA do chamado PODER DISCIPLINAR, da faculdade de a autoridade administrativa, sem desbordar do elenco legal de penalidades estatuídas, COMUTAR A PENA MAIS GRAVE cominada para o fato EM PENA MAIS LEVE, dado o reconhecimento de CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES na espécie, mesmo que tal prerrogativa não esteja expressamente prevista em lei.

Sugestão, no caso concreto, de conhecimento e provimento do Pedido de Reconsideração, com reforma da decisão proferida e comutação da penalidade aplicada.

I

1. Através deste expediente (Proc. Adm. Nº 95111-19.00/SEC-93.1), BEATRIZ MARGARIDA BACKES e FRANCISCO BACKES formulam ao

Obs.: A tese exarada no parecer está hoje consagrada no texto expresso do novo Estatuto e regimento jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Lei Complementar nº 1.098, de 3 de fevereiro de 1994, art. 189, inciso IV.

Senhor Governador do Estado PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO do ato que os DEMITIU do magistério estadual A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO (Boletim nº 7739/93-SPA, DOE de 10 de setembro transato), em decorrência dos fatos apurados no Processo Administrativo-Disciplinar nº 21550-19.00/88.

2. O pedido é tempestivo e merece, por isso, ser conhecido.

II

3. O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO não nega os fatos que motivaram a DEMISSÃO CLAUSULADA; ao contrário, parece admiti-los inequivocadamente, assim como a previsão legal da penalidade imposta. Embora de forma não muito clara, o que parece estar postulando é a aplicação do que fora sugerido pela 1ª Comissão Permanente de Processo Administrativo-Disciplinar, em seu RELATÓRIO (fls. 206 a 210 do Proc. Adm. nº 21550-1900/88), mas deixara de ser acolhido em face do PARECER Nº 9740/93 deste Conselho, que negara a existência de amparo legal para a prática da medida preconizada.

4. Coloca-se assim, uma vez mais, à consideração deste Colegiado uma questão sobre a qual não se logrou ainda firmar uma posição unânime e definitiva, muito embora tenha o signatário deste parecer convicção formada e inalterada desde longa data: a da possibilidade ou não de COMUTAÇÃO da penalidade prevista para o fato em PENALIDADE MAIS LEVE, em face da existência de circunstâncias atenuantes, quando tal possibilidade não esteja expressamente prevista em lei.

5. Essa, pois, a questão central a ser enfrentada nesta oportunidade, em vista do PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO formulado

III

6. O deslinde da questão proposta reclama, todavia, uma incursão prévia à doutrina administrativista nacional e estrangeira, para assentamento da base sobre a qual deverá repousar e que consiste precisamente na determinação da NATUREZA e EXTENSÃO do chamado PODER DISCIPLINAR da Administração Pública.

7. Em primeiro lugar, enganam-se aqueles que vêem no PODER DISCIPLINAR um PODER ORIGINÁRIO da lei, no sentido de que é do texto expresso desta que deve resultar a sua atribuição direta e imediata ao

administrador público. O PODER DISCIPLINAR, que sequer é **privativo** ou **especial** da Administração Pública ⁽¹⁾, apresenta-se nesta e com relação a seus servidores como uma decorrência direta, imediata e necessária da HIERARQUIA, como reconhece CIRNE LIMA reportando-se a PONTES DE MIRANDA ⁽²⁾, a qual, esta sim, origina-se direta e imediatamente da lei que dá forma e organiza a Administração Pública. É por isso que o PODER DISCIPLINAR, que não é **privativo** ou **especial** da Administração Pública nem **originário** da lei mas da **hierarquia** por esta estabelecida, pode ser exercitado plenamente em toda organização pública hierarquizada, independentemente de sua previsão legal ou de sua atribuição legal expressa ao administrador público.

8. Em segundo lugar, e não por outra razão, é praticamente unânime entre os doutrinadores nacionais do Direito Administrativo a aceitação da NATUREZA DISCRICIONÁRIA do PODER DISCIPLINAR, nela compreendida basicamente duas (2) coisas: (a) a não-sujeição do PODER DISCIPLINAR ao regime de estrita legalidade que vigora em matéria de Direito Penal; (b) a faculdade que se reconhece ao Administrador Público - de, dentre o elenco das penalidades legalmente estabelecidas, escolher aquela que mais se ajusta à infração a ser coibida. Veja-se, a propósito, a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

“Outra característica do poder disciplinar é o seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção. ⁽³⁾ Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o direito criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: **nullum crimen, nulla poena sine legge**. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço, e verificando a falta, aplicará ⁽²⁾ a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.

“Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte o interesse do serviço

(1) *Le pouvoir disciplinaire n'est pas spécial à l'administration: il se manifeste également dans les institutions privées.* Jean-Marie AUBY, Robert DUCOS-ADER, “*Droit Administratif*”, DALLOZ, 1973, 3^ª ed.

(2) *Ora desde que há uma hierarquia, há poder disciplinar, há ato e há pena disciplinar, qualquer ingerência da Justiça na economia moral do encadeamento administrativo seria perturbadora da finalidade mesma das regras que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar.* PONTES DE MIRANDA, “*Comentários à Constituição de 1946*”, 2. ed., Rio de Janeiro, 1953, t. IV, p. 349 e 350, *apud* RUY CIRNE LIMA, “*Princípios de Direito Administrativo*”, 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 158.

e a que mais bem reprima a falta cometida. Neste campo é que entra o discricionarismo disciplinar”.

In “Direito Administrativo Brasileiro”, 14. ed. atual. pela Constituição de 1988, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 104/5. Ver também, no mesmo sentido, entre os doutrinadores nacionais: THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “Direito e Processo Disciplinar”, 2. ed. Rev. e ampl., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 149/50; CARLOSS. DE BARROS JÚNIOR, “Do Poder Disciplinar na Administração Pública”, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 70/4; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. II, p. 495.

IV

9. O ensinamento dos doutrinadores estrangeiros não é diferente. Façamos uma rápida panorâmica sobre o tema para demonstrá-lo, a começar pelos nossos vizinhos do cone sul.

10. No Uruguai, pontifica a lição contida naobra clássica de SAYAGUÉS LASO nos seguintes termos:

“Con este punto de partida la consecuencia lógica es la discrecionalidad en el ejercicio de los poderes disciplinarios⁽³⁾. De ahí que proceda aplicar sanciones por cualesquiera faltas a los deberes funcionales, sin necesidad que el hecho esté previamente tipificado como punible⁽⁴⁾. Por lo mismo, la enumeración de hechos punibles realizada por vía reglamentaria no tiene carácter taxativo, pudiéndose sancionar discrecionalmente las faltas no previstas, a menos que los textos consagren en forme expresa la solución contraria⁽⁵⁾.”

“En principio, siendo el poder disciplinario una facultad discrecional, la determinación de las sanciones está librada a la apreciación del jerarca, dentro de los límites en que puede desenvolverse⁽³⁾. No es necesario, pues, que la ley enumere cuales sanciones pueden aplicarse⁽⁴⁾. “In TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Enrique Sayagués Laso, 5. ed. Atual. por Daniel H. Martins, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987, v. I, p. 325 e 327.

11. Na Argentina, assim manifestou-se MARIENHOFF:

“Al respecto pueden sentarse los siguientes principios fundamentales, con los que está de acuerdo la doctrina:

“a) Ante la falta de norma expresa que establezca la sanción que ha de aplicarse, no es posible admitir que la Administración Pública haya

hecho renuncia de su poder disciplinario por cuanto, éste siempre está insito en la relación de empleo público.

“b) Los principios, ‘nullum crimen sine lege’, ‘nulla poena sine lege’, en materia disciplinaria no tienen la rigidez que les caracteriza en el derecho penal substantivo.

“c) La procedencia de la sanción disciplinaria, dada su índole y el ámbito de aplicación, resulta virtualmente admitida por el agente público al aceptar su nombramiento o designación.

“d) A falta de norma que establezca las sanciones, la Administración Pública puede establecerlas libremente, observando los principios generales del derecho.

“In TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974, t. III-B, p. 415/6.
12. No além-mar, vamos encontrar, em Portugal, as seguintes observações de MARCELLO CAETANO:

“Tal poder discricionário está reconhecido pelas normas que impedem os tribunais do contencioso administrativo de se pronunciar, nos recursos interpostos das decisões disciplinares, sobre a gravidade das penas (1): quer isto dizer que a determinação da pena aplicável é deixada ao critério de quem condene, e que avaliará prudentemente da sanção que no caso a decidir convém impor.

“A legalidade das penas está na enumeração taxativa das sanções que podem ser aplicadas para castigar infrações disciplinares: o superior pode escolher e aplicar qualquer delas, mas só uma delas. No mesmo processo não pode ser aplicada mais de uma pena disciplinar⁽³⁾.”

“In MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Marcelo Caetano, 1. ed., brasileira, Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. II, p. 753 e 754.

13. Na Itália, podemos colher este magistério de RENATO ALESSI:

“De especial importância es la contraposición entre el poder disciplinario y el poder punitivo general del Estado. De su distinto fundamento deriva una independencia de los poderes, de la que se desprenden importantes consecuencias:

“a) en primer lugar, que es admisible el ejercicio simultáneo de los dos poderes sin que se viole el principio ne bis in idem;

“b) en segundo lugar, que no todos los principios fundamentales que sirven para el ejercicio del poder punitivo general, sirven también para el ejercicio del poder disciplinario. Así, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad disciplinaria no se aplica la norma general del Derecho Penal nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege (art. 1º del C.P.).”

In INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Renato Alessi, trad. Espanhola da 3 ed. italiana por Buenaventura Pelissé Prats, Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1970, t. I, p. 232.

14. É mais adiante, na mesma obra (p.237):

“Por el contrario, se vinculan con la naturaleza del poder punitivo del poder disciplinario;

“b) La aplicabilidad en materia disciplinaria, incluso en caso de silencio de la ley de aquella facultad de remisión (que se ejerce con la amnistia y el indulto y con la gracia, en materia penal) necesario para una buena organización de todo poder punitivo, poder de remisión que se ejerce en materia disciplinaria mediante la condonación de sanciones.”

15. É por derradeiro, para não alongar por demais esse parecer, a opinião de JEAN-MARIE AUBY e ROBERT DUCOS-ADER na obra já citada, e que reflete o entendimento generalizado da doutrina francesa:

“La faute disciplinaire est le fait susceptible de mettre en jeu la responsabilité disciplinaire. Elle correspond à ce qu’est en droit pénal, l’infraction avec cette différence essentielle que l’infraction doit être légalement prévue et définie (nullum crimen sine lege) tandis que la définition légale de la faute disciplinaire n’existe pas.”

“L’appréciation de l’existence et de la gravité de la faute est laissée à l’autorité hiérarchique.” Ob. cit; p. 175 e 177.

V

16. EM CONCLUSÃO, portanto, no que interessa para o presente caso: é perfeitamente admitida pela doutrina administrativista, tanto nacional como estrangeira, em face da NATUREZA DISCRICIONÁRIA do chamado Poder Disciplinar, a faculdade de a autoridade administrativa, sem desbordar do elenco legal de penalidades estatuídas, COMUTAR A PENA MAIS GRAVE cominada para o fato EMPENA MAIS LEVE, dado o reconhecimento da existência de CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES na espécie, mesmo que tal prerrogativa não esteja expressamente prevista em lei.

17. Assente a possibilidade da COMUTAÇÃO DA PENA, resta examinar, ainda que com brevidade, pois disso já se ocupou com suficiência a douta Comissão de Inquérito em seu Relatório, das circunstâncias que a fazem recomendável no presente caso.

VI

18. Os Recorrentes (tome-se o vocábulo em seu sentido amplo) foram punidos: ela, por ter exercido o COMÉRCIO, na qualidade de proprietária de uma microempresa; ele, por ter exercido a FUNÇÃO DE SÓCIO-GERENTE em sociedade mercantil por quotas de responsabilidade limitada, da qual figurava também como COTISTA.

19. Em ambos os casos, as fichas funcionais dos ex-servidores não apresentam qualquer espécie de antecedentes disciplinares; em ambos os casos, verificou-se a cessação das atividades mercantis vedadas pelo ESTATUTO.

20. O Processo Administrativo-Disciplinar não comprovou as alegações da denúncia anônima de que as atividades mercantis dos ex-servidores fossem feitas NO LOCAL DE TRABALHO, bem como deixou claro que o exercício das mesmas em nada influiu ou prejudicou o desempenho NORMAL E REGULAR das FUNÇÕES DE MAGISTÉRIO de cada um.

21. Inexiste qualquer comprovação ou até mesmo insinuação de que os acusados tivessem se valido da sua condição de pequenos comerciantes para lograrem vantagens funcionais ou vice-versa, isto é, tivessem se valido de sua qualidade de servidores públicos para a obtenção de vantagens ou privilégios no desempenho de sua atividade comercial.

22. As atividades ditas mercantis exercidas pelos Recorrentes eram modestíssimas, se não que juridicamente irrelevantes, pois se limitavam, em um caso, na gerência de uma pequena SORVETERIA, cujo funcionamento pareceria estar restrito aos meses de verão, como chega a ser apontado nos autos do Inquérito Administrativo, em depoimento que parece bastante razoável, dada a natureza mesma do comércio praticado; no outro caso, se limitavam ao funcionamento de uma pequena CONFECÇÃO. Em suma, típicas atividades supletivas de sobrevivência, ditadas por verdadeiro estado de necessidade, decorrência da difícil situação em que historicamente se debate o magistério público estadual, não obstante todo o empenho feito para resolvê-la pela atual e anteriores administrações.

23. A INFRAÇÃO DISCIPLINAR, antiga de mais de quatro décadas, não é de indiscutível sobrevivência, pelo menos no que toca ao seu alcance e extensão originais: na época em que foi estatuída, é possível que o exercício de todo e qualquer comércio, por parte de toda e qualquer categoria de funcionário, fosse potencialmente prejudicial ao bom andamento dos serviços públicos; hoje, todavia, não seria ilógico sustentar-se, ao menos no plano da RAZOABILIDADE, que sua extensão devesse ser considerada limitada àqueles cargos cujos detentores, mercê de sua posição hierárquica ou da área de atuação, tivessem reais condições de auferirem vantagens

governamentais para a prática do seu comércio ou, ao contrário, pela relevância e porte de sua atividade empresarial, tivessem reais condições de obterem favores indevidos em sua carreira funcional.

24. **INDISCUTÍVEL**, todavia, a injustiça da penalidade prevista para a infração e sua **DESPROPORCIONALIDADE** em relação ao fato apenado, na medida em que manda aplicar a mesma **PENA DE DEMISSÃO CLAUSULADA** para aquele que rouba os Cofres Públicos e para quem simplesmente é co-proprietário de uma **SORVETERIA** de arrabalde ou de um botequim de esquina, sem diferenciar também em relação àqueles que porventura tenham exercido o comércio, a dimensão e o porte da atividade empresarial, sua relação maior ou menor com a função pública desempenhada, a ocorrência ou não de dano efetivo para o serviço público ou de favorecimento indevido da atividade comercial, bem como a menor ou maior possibilidade de ocorrência de **DANO EM POTENCIAL** em face da vinculação existente entre a função pública exercida e a atividade mercantil desempenhada.

25. É por tudo isso que, se não nos atrevemos ainda, na esfera administrativa, a dar por ab-rogada ou derogada a **INFRAÇÃO DISCIPLINAR** em apreço, pensamos ser de mister, pelo menos, a **COMUTAÇÃO DA PENALIDADE APLICADA** aos autores do presente Pedido de Reconsideração.

VII

26. **DIANTE DO EXPOSTO**, manifesta-se este colegiado pelo conhecimento e acolhida do presente **PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO**, a fim de que seja reformada a decisão proferida no Processo Disciplinar nº 21550-19.00/88 e **COMUTADA** a pena aplicada, em face das circunstâncias atenuantes reconhecidas, **EM PENA DE SUSPENSÃO POR NOVENTA DIAS**, a qual, todavia, deixará de ter aplicação em face da ocorrência da **PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA** na espécie.

É o parecer. s. m. j.

Porto Alegre, 02 de dezembro de 1993.

COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO À FILHA INVÁLIDA

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9920

Complementação de pensão. Lei nº 5.256, de 2 de agosto de 1966, artigos 731 e 542. A filha inválida faz jus à complementação de pensão se a condição de incapacidade absoluta para o exercício pessoal dos atos da vida civil existia na data do óbito do segurado.

ODILA SAMPAIO DE MIRANDA percebe, pela morte de seu pai, que era servidor da Justiça, pensão do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Até sua maioridade, também recebia complementação dessa pensão, com fundamento nos artigos 731 e 542 da Lei nº 5.256, de 2 de agosto de 1966.

No processo ora encaminhado a esta Procuradoria-Geral do Estado, para exame e parecer, ALICÍNIA SAMPAIO DE MIRANDA, na condição de irmã e curadora de ODILA SAMPAIO DE MIRANDA, solicita a concessão de pensão complementar para essa última, apresentando para tal certidão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, onde residem, comprovando a nomeação da primeira como curadora da segunda, compromissada em 27 de abril de 1990; perícia do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo, solicitada pelo Judiciário daquele Estado, com vistas à determinação das condições de ODILA SAMPAIO DE MIRANDA, para instrução de processo de interdição requerido pela irmã da mesma e, ainda, sentença do Poder Judiciário de São Paulo, decretando a interdição de ODILA SAMPAIO DE MIRANDA.

Em suma, a questão consiste em saber se essa última faz jus à complementação de pensão solicitada, por apresentar a condição de filha maior inválida de servidor da Justiça.

2. O artigo 731 da Lei nº 5.256/66 estabelece que “aos dependentes, viúva e filhos, do servidor que falecer, após ter contribuído para o Instituto de Previdência do Estado, é assegurada uma pensão nas mesmas condições previstas nos artigos 536 a 542 deste Código”. De acordo com esse artigo 542, o Estado se obriga a complementar a diferença, sempre que a pensão devida e paga pelo Instituto de Previdência do Estado não atingir o montante previsto pelo artigo 536. Além disso, conforme o seu artigo 538, tem-se que é beneficiária da complementação, entre outros, a filha mulher inválida, de qualquer idade. Essa condição de invalidez deve ser apresentada **na data da morte do segurado**, que é o momento em que surge o direito ao benefício.

3. ODILA SAMPAIO DE MIRANDA, segundo sentença do Poder Judiciário, cuja cópia consta do expediente, teve sua interdição decretada em 1º de fevereiro de 1990, por ser absolutamente incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do artigo 5º, inciso II, do Código Civil, tendo-lhe, por isso, sido nomeado um curador. Segundo perícia do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo, realizada no processo de sua interdição, teve ela, até os dez anos de idade, uma vida absolutamente normal. A partir de então, quando sofreu uma cirurgia para extração de tumor cerebral, passou a apresentar um quadro demencial, com prejuízo amplo de seu psiquismo.

O seu estado de incapacidade não foi, assim, criado pela decisão judicial, mas por sua insanidade mental. Como afirma CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “a sentença de interdição, em nosso direito, é **declaratória** e não constitutiva. O julgado não cria o estado de incapacidade. Esta nasce da demência, que é uma **quaestio facti**, à sua vez geradora da inaptidão para a vida civil”. (*Instituições de Direito Civil*. Rio, Forense, 1972, v.5, p. 248).

4. Assim, pelos dados constantes do expediente tem-se que ODILA SAMPAIO DE MIRANDA sempre foi e será absolutamente incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Até os 10 anos de idade, por ser menor de 16 anos e, após essa idade, em razão de sua insanidade mental. Como estabelece o artigo 5º do Código Civil, são **absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – Os menores de 16 anos. II – Os loucos de todo o gênero. III – Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV – Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.** (Grifei).

Por outro lado, como se viu, a pensão complementar instituída pela Lei nº 5.256/66 tem como destinatários os **dependentes** do servidor da Justiça desde que apresentem essa condição na data do óbito do segurado. Além disso, a teor do artigo 538, alínea **d**, a quota de pensão se extingue, para

as **filhas**, desde que, **não sendo inválidas**, completem vinte e um anos de idade.

Ora, ODILA SAMPAIO DE MIRANDA era inválida quando completou 21 anos de idade, por ser absolutamente incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil, tão incapaz quanto era no dia em que seu pai faleceu. Os motivos da sua incapacidade é que eram diversos, mas tal circunstância não importa para a concessão da pensão, que tem por destinatários, de forma genérica, os **dependentes** do servidor da Justiça.

Sendo assim, penso que a pensão complementar, que percebia desde a morte de seu pai não poderia ter sido extinta, como o foi, quando ela completou 21 anos de idade. Neste dia, a interessada **continuava** a apresentar a condição de **dependente** do segurado. Como estabelece o artigo 538, alínea **d**, da Lei nº 5.256/66:

“Art. 538 – A quota da pensão se extingue:

.....
d) para as filhas, desde que, **não sendo inválidas**, completem vinte e um anos de idade.” (Grifei).

5. Diante do exposto, em conclusão, opino no sentido de que ODILA SAMPAIO DE MIRANDA faz jus à pensão complementar instituída pela Lei nº 5.256/66, artigos 731 e 542, devendo o benefício ser pago a partir da data do seu requerimento.

Este é o meu parecer.

Porto Alegre, 02 de agosto de 1993.

UTILIZAÇÃO DE POSTES DA CEEE POR PARTICULARES

LISETE MARIA SKREBSKI
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9938

CEEE. USO MÚTUO DE POSTES. USUÁRIOS DEVIDAMENTE AUTORIZADOS PELO ÓRGÃO FEDERAL COMPETENTE. INTERESSE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO E INFINITAS POSSIBILIDADES DE USO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO.

A Senhora Secretária de Minas, Energia e Comunicações encaminha à consideração desta Procuradoria-Geral do Estado matéria que versa a respeito da utilização de postes, de propriedade da Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, por particulares que empreendem atividades denominadas DisTV e TV a Cabo.

O expediente é iniciado por Ofício do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado do Rio Grande do Sul – SINTTEL/RS, que manifesta preocupações quanto à utilização de postes de distribuição de energia elétrica por empresas que se intitulam permissionárias da DisTV, mediante contrato de aluguel com a CEEE, o que entende de suma gravidade visto a sua luta pela real democratização da informação e, a persistirem tais fatos, estar-se-ia perdendo vital espaço.

Sustentando a inconstitucionalidade da Portaria nº 250, de 13.11.89, do Ministério das Comunicações, solicita a imediata sustação dos procedimentos (aluguel de postes), propondo uma mesa-redonda com a participação de representantes do SINTTEL/RS, SINERGISUL, CEEE, CRT, da Secretaria de Minas e Energia e “Fórum Nacional pela Democratização das Comunicações”.

Encaminhado o assunto à Companhia Estadual de Energia Elétrica, esta informa o expediente com diversos anexos, historiando a utilização de postes por terceiros, inicialmente por órgãos e entidades públicas, ou prestadores de serviços públicos, (CRT, CTMR, CORSAN, DMAE, Prefeituras Municipais, Polícia Civil), e, mais recentemente, a partir de 1991, com o incremento da distribuição de sinais de TV, também pelos particulares autorizados pelo Ministério das Comunicações – MINICOM, para operarem sistemas de distribuição de sinais de televisão por meios físicos. Com o alargamento da clientela, foram adaptadas as regras até então existentes e criada a NORMA NSSD-058, regulando tal uso, foi instituído um contrato padrão, passando a Companhia, inclusive, a orientar tecnicamente aos projetistas daqueles sistemas.

No relatório da CEEE é destacado que os principais novos usos são a transmissão de imagem de TV por cabo e para a transmissão de sinal próprio, com fibra ótica (exemplos: ligar emissora de TV até central CRT ou estádio de futebol), no primeiro caso, mediante autorização do Ministério das Comunicações, dispensada esta no segundo caso, conforme resposta à consulta formulada ao próprio Ministério.

Existem pareceres jurídicos e técnicos examinando as possibilidades de utilização dos postes também por terceiros (infinita), bem como a situação de inexigibilidade de licitação (por não haver limites à utilização).

São anexadas listagens dos projetos apresentados (36); dos aprovados (33); dos assinados (20); e dos reprovados (03). Integram ainda o expediente os contratos, os contratos padrão, normas, consultas, pareceres, metodologias e projetos para cada tipo de uso.

Ao apresentar tal Relatório, o Senhor Diretor-Presidente, tendo em vista a manifestação do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações, que motiva a abertura do expediente, sugere ao então Titular da Secretaria de Minas e Energia que a posição da CEEE, expressa nos pareceres anexados, seja submetida ao crivo da Procuradoria-Geral do Estado, comunicando estar, naquela oportunidade, determinando a suspensão da assinatura de novos contratos de uso mútuo dos postes da Companhia, até que seja lavrado tal parecer.

Foi o expediente à Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT, onde colheu manifestação jurídica na qual foi considerado principalmente o expediente nº 01595-17.00/93.4, paralelamente em curso, e no qual são registradas denúncias de irregularidades no uso de postes por terceiros, especialmente na instalação dos sistemas de DisTV e TV a cabo. Destaca o Senhor Chefe do Departamento Jurídico da CRT o mau uso, tanto dos postes da CEEE como das autorizações obtidas com fundamento na Portaria nº 250/89-MINICOM, tendo por urgente as providências para coibir esbulhos e corrigir distorções.

Assim instruído, vem o expediente ao exame e manifestação desta Procuradoria-Geral do Estado.

É o relatório.

Telecomunicações e radiodifusão são matérias dadas à União.

O tratamento constitucional tem destaque nos artigos 21, XI e XII, a, 48, XXI, 49, XI, 223, todos da Constituição Federal.

Assim, compete à União: explorar diretamente ou mediante concessão a empresa sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União (art. 21, XI); explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações (art. 21, XII). Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre: telecomunicações e radiodifusão (art. 48, XXI). É da competência exclusiva do Congresso Nacional apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (art. 49, XII). Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal (art. 223).

O que faz a Companhia Estadual de Energia Elétrica é factibilizar o uso mútuo de postes de sua propriedade e em uso para apoio de seus equipamentos, para tantos quantos venham a solicitar tal uso, desde que devidamente autorizados pelos órgãos competentes, mediante a apresentação de um projeto, a observância de certas e determinadas normas técnicas, e a título oneroso.

Existem possibilidades técnicas para tanto, além de constituir-se em fonte de receita para a companhia, otimizando, como tecnicamente destacado, o uso de seu patrimônio.

O uso mútuo de postes, portanto, dá-se entre aqueles devidamente credenciados por uma permissão, autorização ou concessão federal já efetivadas, não se constituindo, de forma nenhuma, em autorização para as atividades de radiodifusão ou telecomunicações. Seria uma demasia creditar à CEEE, por tais motivos, o desvirtuamento de tais políticas.

Parece, assim, que qualquer irregularidade nesse sentido que venha a ser constatada, recai na competência fiscalizadora do poder concedente.

É a CEEE, ela própria, concessionária de serviços públicos, criada para “projetar, construir e explorar sistemas de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como serviços correlatos” (Lei nº 4.136/61, art. 1º).

A cessão do uso dos postes implantados para a transmissão e distribuição de energia elétrica não se constitui, exatamente, em objetivo da Companhia, entretanto, é de ser reconhecida aí uma atividade de interesse público, à medida em que facilita a execução de outros serviços públicos, até diminuindo-lhes os investimentos, a par de racionalizar a implantação de postes nas vias públicas.

Tecnicamente, ao menos em tese, tal uso é pacífico, não causa prejuízos à prestação dos serviços de energia elétrica e, segundo manifestação da própria CEEE, até a presente data apresenta-se com possibilidades infinitas, desde que obedecidas as normas técnicas dentro das quais é o uso mútuo contratado.

Não fosse assim, cada um dos serviços públicos que necessitassem de postes para exercerem-se, teriam de ter sua própria rede física, o que se afigura absurdo.

Questão lateral, como posta no expediente nº 01595-17.00-SEMC-93.4, dá contas de irregularidades registradas por ocasião da implantação de serviços de TV a Cabo e DisTV, quando os usuários teriam contrariado as normas técnicas, o que estaria a ensejar graves prejuízos aos demais serviços públicos e aos técnicos que viessem a realizar serviços naqueles postes. A recomendação foi no sentido de serem apuradas as irregularidades e responsabilizados tantos quantos tivessem agido contraíamente às normas.

O termo de contrato-padrão firmado com os demais concessionários ou permissionários de serviços públicos assenta-se em minuciosa Norma Técnica, como se vê do anexo 3, fls. 34, deste expediente, NSSD-00.58, de 16.8.93, que define "...procedimentos a serem seguidos na elaboração e apresentação de projetos de Uso Mútuo de Postes da CEEE, para instalação de redes telefônicas e outros sistemas que necessitem a utilização de postes, bem como a metodologia para o cálculo do aluguel dos postes de Uso Mútuo e forma de correção".

O contrato-padrão impõe a definição de quais postes da CEEE serão utilizados, sua localização, tudo de acordo com projeto e memorial descritivo apresentado pelo usuário, naturalmente credenciado a operar aquele serviço por ato da autoridade federal competente. Há um valor mensal a ser pago por poste utilizado, valor que é mensalmente corrigido pela variação acumulada do IGP, pago através de Guia de recolhimento emitida pela respectiva Gerência Regional. São previstas, ainda, as normas técnicas de instalação como fixadas pela própria CEEE, com definição das responsabilidades (cada uma responsabiliza-se pelos seus próprios equipamentos bem como pela conservação dos mesmos), e as demais condições de responsabilidades perante terceiros, prazo, (de três anos, prorrogável), e as condições

de rescisão, (a qualquer tempo por qualquer das partes com aviso antecedente de, no mínimo, 60 dias).

A contratação, portanto, é cercada de meios legais para a proteção dos interesses da CEEE, dos serviços públicos que presta, e com base em norma técnica minuciosa, dela não cabendo reparos.

A inexigibilidade de licitação prende-se ao fato de, ao menos até este momento, não se vislumbrarem limites ao uso mútuo dos postes, com o que não há possibilidade de confronto de propostas, podendo, todos, coordenadamente, utilizarem-se do mesmo meio para prestarem seus serviços e exercerem suas concessões, permissões, autorizações, inexigibilidade ao respaldo legal do art. 25 da Lei nº 8.666/93, constatada a inviabilidade de competição", uma vez preenchidos os requisitos básicos e técnicos pela "usuária".

Deve-se ressaltar que o recebimento de pedidos de autorização para distribuição de sinais de televisão - DisTV a que se refere a Portaria nº 250, de 13.12.89, do Ministério das Comunicações, encontra-se suspenso, desde 21 de março de 1991, até que venha a ser regulamentado o serviço de televisão por cabo, conforme a Portaria nº 36, da mesma data, donde se tem que não serão autorizados novos operadores daqueles sistemas.

Ademais, em sede de revisão constitucional, o tema vem sendo debatido em nível político, como de resto, toda a política das telecomunicações e radiodifusão do país.

Outro ponto, que por simples não deixa de ser fundamental considerar é que, suspendendo, ou rescindindo a CEEE todos os seus contratos de uso mútuo de postes de sua propriedade, ou, ao menos, como quer o Sinttel, aqueles com o objetivo de atender às autorizações concessivas de DisTV e TV a Cabo, isso não elidiria suas autorizações, podendo, aquelas pessoas, instalarem seus próprios postes nas vias públicas, e assim permanecerem atuando com cablagem própria, e nos mesmos termos que contesta no mérito o Sindicato.

As irregularidades apontadas através do expediente paralelo dizem respeito à fiscalização do contrato, perfeitamente passíveis de solução, inclusive com a possibilidade de rescisão e indenização, uma vez apuradas as responsabilidades.

A questão da democratização das informações bem como da redefinição das políticas adotadas pelo país para as telecomunicações e radiodifusão, são matérias dadas à revisão constitucional em curso, e, a ilegalidade das autorizações para a operação de sistemas de distribuição de sinais de TV, DisTV ou TV a Cabo, são da alçada e fiscalização do Ministério das Comunicações, onde deve ser impugnado o ato, ou pleiteada a sua nulidade.

Em conclusão, nos objetivos propostos pela consulta a respeito da posição da CEEE, expressa nos pareceres emitidos no seu âmbito, ante a forte presença de interesses públicos no uso mútuo de seus postes, a par de sustentar-se tal uso em autorizações emitidas pelo órgão federal competente, portanto fundado em atos válidos e eficazes em sentido jurídico-administrativo, estando cada contrato sustentado em minuciosa norma técnica e dotado de amplas possibilidades de fiscalização, responsabilização e rescisão, é o parecer pela regularidade do procedimento adotado pela Companhia, restando-lhe velar pela sua boa execução e em defesa dos serviços públicos essenciais que utilizam-se por essa forma de seu patrimônio.

É o parecer.

Porto Alegre, 09 de fevereiro de 1994.

REFINANCIAMENTO DA DÍVIDA ESTADUAL JUNTO À UNIÃO

SILVIA LA PORTA
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Processual Civil na Escola
Superior de Advocacia de Estado/RS

PARECER Nº 9982

Exame da Lei Estadual nº 10.100, de 7 de fevereiro de 1994, que autoriza o Poder Executivo a refinarciar os saldos devedores de operações de crédito interno junto à União.

Receita própria líquida do Estado como garantia: previsão legal. Proposta de alteração legislativa. Resolução nº 11, de 1994, do Senado Federal.

1. O Senhor Secretário de Estado da Fazenda encaminha ao Senhor Procurador-Geral consulta a respeito da Lei Estadual nº 10.100, de 7 de fevereiro de 1994, que autoriza o Poder Executivo a refinarciar os saldos devedores de operações de crédito interno junto à União.

Destaca que o "Tesouro Nacional nos solicita parecer dessa Procuradoria quanto à constitucionalidade da referida Lei e, especialmente, se essa Lei permite ao Poder Executivo prestar como garantia a Receita Própria do Estado.

Acompanha o expediente cópia da Emenda Constitucional nº 5, da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado, publicada no D.O. de 14.01.94 e que acrescenta um parágrafo ao artigo 154 da Constituição do Estado, que passa a vigorar como parágrafo 5º, com a seguinte redação:

"Parágrafo 5º - É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se refere o artigo 145, para a prestação de garantias e contragarantias à União e para pagamento de débitos para com ela, limitado a 10% da Receita Própria Líquida do Estado, mediante autorização legislativa prévia e específica".

O artigo 145 da Constituição Estadual referido confere competência ao Estado para instituir impostos sobre: (a) transmissão "causa mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos; (b) ICMS, (c) IPVA.

É o relatório.

2. O artigo 1º da Lei nº 10.100, de 7 de fevereiro de 1994, diz:

"Art. 1º – Fica o Poder Executivo autorizado, nos termos desta Lei, a contratar com a União Federal o refinanciamento de dívidas oriundas de operações de crédito interno, vencidas e/ou vincendas, junto a órgãos e entidades controlados direta ou indiretamente pela União, contraídas pelo Estado ou por suas autarquias e empresas das quais detenha direta ou indiretamente o controle acionário, observados os termos e condições estabelecidos na Lei Federal nº 8.727, de 5 de novembro de 1993, e nas demais normas regulamentares pertinentes.

Parágrafo 1º – A dívida mobiliária poderá ser refinanciada junto à União Federal de acordo com os critérios por esta estabelecidos, observados quanto a prazos e garantias também as condições estipuladas nesta Lei".

3. A Lei Federal nº 8.727, de 5 de novembro de 1993, estabelece diretrizes para a consolidação e o reescalonamento, pela União, de dívidas internas das administrações direta e indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em seu artigo 3º dispõe:

"Art. 3º – Serão vinculados em garantia dos contratos de financiamento as receitas próprias e os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de que tratam os artigos 155, 156, 157, 158 e 159, I, "a" e "b", e II da Constituição Federal, sem prejuízo de outras garantias admitidas em Direito.

O artigo 155 da Lei Maior tem seu similar no artigo 145 da Constituição do Estado, mencionado no relatório supra, e traz a competência do Estado para instituir seus impostos.

4. E o artigo 20 da Lei 8.727 é muito claro ao determinar:

"Art. 20 – Preliminarmente à assinatura dos contratos, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão adaptar as respectivas legislações no que for necessário ao cumprimento das disposições desta Lei, especialmente no que tange ao oferecimento das garantias de que trata o artigo 3º".

Por esta determinação do diploma federal, vê-se da necessidade de o Estado editar legislação própria que autorize o Poder Executivo a refinar sua dívida mobiliária e oferecer em garantia suas Receitas Próprias.

5. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 5, acrescentando um parágrafo 5º ao artigo 154 da Carta Estadual – transcrita no relatório – abriu-se o permissivo para que o Estado pudesse vincular sua Receita Própria

Líquida, como garantia e contragarantia dos empréstimos tomados à União, "mediante autorização legislativa prévia específica."

6. A Lei nº 10.100, de 7 de fevereiro p.p., é a autorização específica exigida tanto pelo legislador federal (Lei nº 8.727, artigo 3º), quanto pelo constituinte estadual (artigo 154, parágrafo 5º).

7. Outro ponto que deve ser examinado diz respeito à competência do Senado Federal na matéria, eis que a Constituição Federal contém dispositivos específicos a respeito.

Assim, artigo 52 da Lei Maior determina que:

"Art. 52 – Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

VIII – dispor sobre **limites globais** e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal;

(...)

IX – estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios";

Fica claro que o Senado Federal tem competência privativa para estabelecer os limites e as condições para as operações de crédito interno dos Estados, de tal modo que qualquer operação desta natureza submeter-se-á à fixação feita pelo Senado.

8. Em respeito ao preceito constitucional, a Lei Federal nº 8.727 reza em seu artigo 8º:

"Art. 8º – Para efeito do disposto nesta Lei, serão observadas as resoluções do Senado Federal, de conformidade com o disposto no artigo 52 da Constituição Federal".

Com esta ressalva, fica resguardada a plenitude da competência do Senado na matéria, e, por consequência, a constitucionalidade da Lei 8.727.

9. No uso de sua competência constitucionalmente prevista, o Senado Federal editou a Resolução nº 11, publicada no Suplemento ao nº 21, do Diário da União, em 31 de janeiro de 1994. A Resolução nº 11 dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização.

Reza o artigo 27 da Resolução nº 11:

"Art. 27 – Para o efeito do disposto no artigo 2º da Lei nº 8728, de 5 de novembro de 1993, são fixados os limites de 9% da Receita Líquida Real definida no artigo 4º, parágrafo 1º, desta Resolução, para o exercício de 1994 e de 11% para os exercícios subsequentes".

Assim sendo, não poderia a Emenda Constitucional nº 5/94 fixar a

limitação em 10% da Receita Própria Líquida do Estado, a ser dada em garantia à União, porque o estabelecimento de limites é da competência privativa do Senado Federal, como visto acima.

Sugere-se, portanto, edição de nova Emenda Constitucional que suprima a limitação prevista na EC nº 5, mantendo-se no mais, todo o conteúdo redacional já existente.

10. A questão formulada quanto à constitucionalidade da Lei nº 10.000, que não fixa limites à garantia oferecida pelo Estado, pode ser respondida positivamente: face à Carta Federal, a Lei nº 10.000 é constitucional, mesmo porque remete-se expressamente à Lei nº 8.727, que, a seu turno, ressalva a competência do Senado na matéria, na letra do artigo 8º, acima transcrito.

11. Quanto à segunda questão proposta pelo Senhor Secretário da Fazenda, qual seja se a Lei 10.100 permite ao Poder Executivo prestar como garantia a Receita Própria do Estado, entendemos que a resposta não se encontra expressamente prevista no texto da lei estadual.

12. A resposta à questão formulada seria possível mediante uma interpretação integrativa do artigo 1º da Lei 10.100, combinado com os artigos 3º e 20 da Lei Federal nº 8.727: eis que o artigo 1º do diploma estadual remete-se expressamente “aos termos e condições estabelecidos na Lei Federal”.

13. Mais expressamente do que a Lei 10.100, é a Emenda Constitucional nº 5, que permite ao Estado valer-se de sua Receita Própria Líquida, como garantia de pagamentos de débitos com a União, “desde que editada autorização legal prévia e específica”.

Por esta razão, sugere-se edição de lei que incorpore à Lei 10.100 um artigo **claro e expresso** onde este permissivo seja contemplado.

14. Em síntese:

A. entendemos que a Lei 10.100 é constitucional. A EC nº 5 é inconstitucional no fixar o limite da garantia a ser concedida pelo Estado.

B. A Emenda Constitucional Estadual nº 5 permite ao Poder Executivo prestar como garantia a Receita Própria do Estado, “mediante autorização legislativa prévia e específica”. A Lei 10.100 supõe uma interpretação integrada com a Lei Federal 8.727, para este fim. Assim sendo, sugere-se seja editado novo comando legal prevendo clara e expressamente a permissão consentida pelo constituinte estadual e exigida pelo legislador federal.

É o parecer.

Porto Alegre, 24 de fevereiro de 1994.

EXERCÍCIO NA TVE E APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR

ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9990

APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORES.

Exclusão do tempo de exercício na FUNDAÇÃO PIRATINI, Rádio e Televisão Educativa, para a obtenção do benefício.

DA CASA CIVIL DO GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO é remetido a esta Procuradoria-Geral do Estado, para exame, recurso hierárquico formalizado por LUCIR TEREZINHA ANZILAGO GOBATTO, ressaltando aspectos variados que entende dar suporte à sua pretensão de obter aposentadoria especial de membro do magistério, computando o tempo de exercício de atividades junto à Fundação Piratini-Rádio e Televisão Educativa.

Manifesta a interessada que, na cessionária, desenvolvia projetos ligados à educação, v.g., telecurso supletivo de 1º grau, inclusive com a Secretaria de Educação e Supervisão do Ministério de Educação, além de situações correlatas, como a orientação de recursos humanos para os telepostos, supervisão de orientadores dos telecurtos, etc.

Aduz, em segundo lugar, que a TVE, ainda que não esteja vinculada ao sistema estadual de ensino, mantém o “Telecurso de Ensino Supletivo”; está sujeita à supervisão do Secretário de Estado de Educação (Decreto nº 30.249/81, artigos 4º, par. 1º, 21 e 23, par. 2º); tem inúmeros professores lá colocados à disposição, etc.

Pondera a recorrente que, até a elaboração do Parecer nº 8961/91-PGE, os membros do magistério à disposição da TVE obtinham aposentadoria precoce; após o pronunciamento, alega se estabeleceu nova orientação ou “matéria jurisprudencial”, circunstância que, em seu entendimento, não

pode atingir o que denomina “direito adquirido”, ou seja, “no momento da nova orientação havia o pressuposto temporal do tempo de serviço de magistério” (...) pois “por ocasião do Parecer nº 8961 (da nova orientação), já atingira o tempo para a aposentadoria especial” (sic).

Entende, ainda, que o recente Parecer nº 9550/93-PGE lembrou o aspecto da modificação de orientação administrativa, o que diz ter pertinência com o seu caso.

Salienta a interessada, ademais, que o Professor colocado à disposição da TVE “concorre à promoção, e nesta mesma situação é negado que tenha desempenhado funções inerentes a seu cargo”.

Apenso ao processo estão os autos relativos à aposentadoria de NARA REGINA WOLFF PIERRY (Processo nº 50200-19.00;90.9, por “xerox”), que obteve aposentadoria privilegiada, contando o lapso de 07.06.82 a 03.10.88 em que esteve “à disposição” da TVE (fl. 60), e com registro no Tribunal de Contas do Estado (fl. 70).

Este, em síntese, o relatório.

1. Compulsada a legislação mais recente sobre o tema em foco, cabe registrar que a Fundação Piratini – Rádio e Televisão Educativa – FRTE vinculava-se à Secretaria de Cultura, Turismo e Desporto, sob a supervisão do respectivo Secretário de Estado, na forma do artigo 7º, letra “d”, do Decreto nº 33.315, de 29 de setembro de 1989.

Mais proximamente, a Lei nº 9.117, de 20 de julho de 1990, criou a “Secretaria da Cultura”, subordinando à supervisão do competente Secretário de Estado, entre outras, a Fundação Piratini – Rádio e Televisão Educativa (artigo 3º, item I).

2. Na atualidade, a FRTE, sob o nome fantasia de TVE, encontra-se regulamentada por Estatuto próprio, expedido com o Decreto nº 33.654, de 30 de agosto de 1990, tendo por finalidade ampla a prestação de serviços de rádio e televisão “com fins exclusivamente educativos e culturais”.

O presidente da entidade é de livre nomeação e demissão do Governador do Estado, por indicação do Secretário da Educação (artigo 15).

Para a realização de suas finalidades, a TVE conta com quadro funcional próprio, sem prejuízo, quando necessário, da utilização de pessoal cedido, com ou sem ônus para a origem, ao qual é assegurado “ao retomar ao exercício de seus cargos, a contagem do tempo efetivo de serviços prestados à Fundação para todos os direitos e vantagens” (artigo 32).

Conquanto a Carta Legal acima referida, em inúmeros aspectos se apresente de duvidosa legalidade, entendi necessária a menção ao artigo 32, parágrafo único, olvidado pela petionária, a fim de que não pairassem dúvidas posteriores sobre a questão.

Faz-se necessário deixar claro que na sentença – “contagem do tempo efetivo de serviços prestados... para todos os direitos e vantagens” – estão resguardadas unicamente as situações que possam – no nível constitucional ou legal – se compatibilizar com a obtenção de vantagens ou benefícios na posição de quem se encontra distraído da lotação original, isto é, “à disposição” de outra pessoa jurídica, como ocorre com um funcionário do Estado (Administração Direta), laborando na TVE.

A perquirição dos pressupostos da aposentadoria especial do membro do magistério é feita sob a luz da Constituição da República, e na interpretação da regra contida na Carta Maior, jamais em textos normativos de inferior hierarquia, tais como decretos, portarias, circulares e assemelhados.

Isto significa que o parágrafo único do artigo 32 do Decreto nº 33.654 é apenas um referencial para exame de situações outras que não a da aposentadoria privilegiada de que aqui se cogita.

3. Em segundo lugar, quer a supervisão da FRTE, quer a ingerência de outras Secretarias Estaduais na indicação das chefias maiores da Entidade, concorreriam para o esclarecimento da alegada posição de “efetivo exercício do magistério” desenhada pela petionária.

Não se duvida, no entanto, que os dois referenciais antes mencionados expliquem os “Comunicados” expedidos pela Divisão Pedagógica da Secretaria de Educação, no sentido de que os professores à disposição da TVE seriam avaliados para a finalidade de promoções (fls. 43 e 44).

Não versando o caso concreto sobre promoções, é óbvio que os argumentos trazidos no recurso, quanto àquelas, devem ser excluídos da avaliação do mérito do pedido.

4. No aspecto substantivo da pretensão, a recorrente esclarece que desenvolve projetos ligados à educação, tais como o telecurso supletivo de 1º grau, inclusive com a SEC e o Ministério de Educação, orienta recursos humanos para os telepostos, supervisiona orientadores dos telecursos e realiza atividades similares.

A seu juízo, as tarefas exemplificativamente enumeradas configuram com exatidão aquelas desenvolvidas pelos mestres no seu labor junto ao sistema estadual de ensino.

Primeiramente, tenho que são inconfundíveis os instrumentos tecnológicos afetos à prestação de um determinado trabalho com o próprio mister.

A interessada, colocada à disposição da TVE por seu cargo de Especialista em Educação, tem na entidade um conjunto de meios e recursos técnicos, via rádio e televisão, que circunstancialmente possibilitam a elaboração, montagem e eventual apresentação de programa com finalidade educativa, cultural ou artística, inclusive o chamado telecurso supletivo de 1º grau.

Conquanto necessite de conhecimentos científicos específicos para a elaboração de uns ou vários programas, na área do magistério, são totalmente distintas as posições e relações entretidas entre o professor/aluno e o programador cultural e sua clientela.

Fosse possível – e o é – imaginar uma arimação entre as duas situações – pretendidas idênticas pela funcionária – ver-se-ia, na sala de aula, o mestre de um lado prodigalizando o seu talento e paciência para obter a atenção dos pupilos e a contrapartida do comportamento diversificado de sua audiência; de outro lado, a vivência imaginária do programador cultural dentro do âmbito da pequena tela, mostrando o seu trabalho para um ouvinte passivo.

Como bem lembrou a Informação nº 377/93 (fl. 124), no caso, a “relação aluno/professor, a mais desgastante, não se realiza em nenhum momento”.

Nas palavras precisas do eminente Ministro CARLOS VELLOSO, a aposentadoria especial “é para o professor no efetivo exercício do magistério, vale dizer, o professor localizado na sala de aula, atividade realmente desgastante. Somos professores universitário, com tempo parcial. Não chego a afirmar que essa atividade, a de professor universitário, com tempo parcial, seja desgastante. Todavia, o magistério de primeiro e segundo grau é cansativo, é desgastante: o professor deve preparar as suas aulas, tem turmas muito grandes, tem que cuidar da disciplina em sala, os estudantes são adolescentes, deve corrigir centenas de provas, enfim, o trabalho é intenso (...). Sendo assim, não seria razoável estender o benefício excepcional ao professor que não está no efetivo exercício do magistério, que não está dando aulas, que não está na sala de aula” (ADIN nº 122-1SC). Na espécie, há desigualdade material, substantiva, entre a situação funcional da recorrente e a do professor em sala de aula, a que pretende se equiparar.

Diversas, portanto, serão as normas constitucionais a propiciar embasamento para a aposentadoria do membro do magistério em uma ou em outra situação.

5. Por outro ponto de vista, argumenta o membro do magistério que os seus pares, colocados à disposição da Fundação TVE, vinham conseguindo lograr aposentadoria especial até outubro de 1991, quando foi aprovado o Parecer nº 8961/91-PGE, da eminente Procuradora do Estado EUNICE NEQUETE MACHADO, no qual se encontrariam referências àquela Entidade.

Ademais, o citado pronunciamento teria inaugurado nova linha interpretativa para a inativação antecipada do membro do magistério, a seu modo de ver.

Com efeito, o Parecer nº 8961/91-PGE é bastante específico ao tratar o tema, seja à luz da legislação, seja à luz da estrutura organizacional do Estado.

Conquanto esmiuçadas tais especificidades, a parecerista ao final deixou consignado que a sua manifestação estava “de acordo com a mais recente orientação desta Procuradoria-Geral do Estado, firmada no Parecer nº 7438/88”.

Ora, o Parecer nº 7438/88-PGE, da emitente Procuradora do Estado CLARITA GALBINSKI, igualmente versava sobre a situação de pretendente à aposentadoria antecipada, então forte na Emenda Constitucional nº 18/81, que estivera em períodos determinados exercendo monitorias em estabelecimentos sem ligações com o Sistema Estadual de Ensino.

Na manifestação acima ficaram registrados, entre outros aspectos, que o interessado, durante o período “à disposição”, não se enquadrava no “conjunto de instituições e de órgãos que, sob a ação normativa do Estado e coordenação da Secretaria de Educação e Cultura, realiza atividades de Educação”, ou seja, no sistema estadual de ensino (artigo 2º da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974).

Observe-se, demais disso, que já o Parecer nº 4864/82, do eminente Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH, que balizou a aplicação administrativa da Emenda nº 18/81, requeria a comprovação “de atividades docentes, especializadas ou **diretamente ligadas no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do sistema estadual de ensino e ao aperfeiçoamento da educação**” (grifei).

Creio não configurada, no caso, a alteração da jurisprudência administrativa pretendida pela recorrente, à qual ela opõe a alegação de “direito adquirido”.

Ainda que se admitisse, para argumentar, modificação da jurisprudência administrativa, ou até inexata compreensão da jurisprudência administrativa anterior, quanto à extensão do benefício, impossível prosperar a tese do “direito adquirido”.

Recentemente o Excelso Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 131.736-1 (SP), relator Min. SEPULVEDA PERTENCE, mandou aplicar entendimento firmado sob a Carta de 1988 a casos regidos pela Carta decaída, dada a identidade dos textos, no particular.

Embora a hipótese ali narrada seja diversa da presente, o princípio firmado pelo E. Pretório, em 24.08.93, à unanimidade, firma uma visão uniforme e lógica entre o artigo 165, XX, da Constituição da República, na Emenda de 1969, e o artigo 40, item III, “b”, da Constituição da República de 1988.

Isto significa que o membro do magistério que na vigência da Carta Política anterior satisfizesse os requisitos para a aposentadoria antecipada atualmente teria para a sua situação tratamento idêntico.

Isto, porém, não é o que pretende a requerente.

Verificando que, nos expressos termos da vigente Constituição e na interpretação da Corte Suprema, não prosperaria a sua pretensão à aposentadoria precoce, argumenta com "direito adquirido" à interpretação do anterior Diploma Constitucional.

Esta argumentação, como se verifica do julgamento da RE mencionado, não prospera.

Ademais, o tempo alegado não tivera qualificação legal (de 1980 a 1981, sequer qualificação para aposentadoria especial); nem lhe dá cobertura a equivocada arguição de interpretação anterior mais benigna (o Parecer nº 4864/82 já exigia o cumprimento do exercício junto ao sistema estadual de ensino).

6. De acordo com o Parecer nº 9550/93-PGE, respeita-se o tempo anterior, desde que o mesmo, no passado, tenha sido reconhecido pela Procuradoria-Geral do Estado, como de efetivo exercício de magistério.

No caso, antes do Parecer nº 8961/91-PGE (que nega que a FRTVE se classifique como Órgão do Sistema Estadual de Ensino), não houve qualquer parecer desta Casa sobre o tempo de trabalho exercido nessa Fundação. Se pessoas obtiverem aposentadoria especial com esse tempo, não foi com base em orientação da PGE.

Portanto, a situação não está protegida pelo que foi afirmado no Parecer nº 9550/93-PGE.

7. Resta, ainda, complementar esta manifestação com o aspecto de que, pelo exame dos autos, tudo leva a crer que a aposentadoria obtida por NARA REGINA WOLFF PIERRY, invocada como precedente, mereça ação sanatória do Poder Executivo.

8. EM VISTA DO EXPOSTO, concluo no sentido de que o recurso hierárquico apresentado por LUCIR TEREZINHA ANZILAGO GOBATTO reúne condições de ser RECEBIDO pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado e, no MÉRITO, INDEFERIDO.

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de outubro de 1993.

OPÇÃO RETROATIVA PELO FGTS

MARISA SOARES GRASSI
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito do Trabalho na Escola
Superior de Advocacia de Estado do Rio Grande
do Sul

PARECER Nº 10103

SERVIDOR PÚBLICO. FGTS. OPÇÃO RETROATIVA ANTERIOR À C.F. Inviabilidade, no caso do servidor público. Não há embasamento legal para a TRANSACÇÃO do tempo anterior a 5.10.88, início da vigência da C.F., em relação à conta vinculada do empregador e individualizada do empregado não optante pelo FGTS, estável com base no artigo 19 do ADCT.

JOÃO ZURLO FILHO, contratado pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho na função de Assessor, correspondente ao padrão AS6, originalmente empregado do Instituto Sul-Riograndense de Carnes, extinto pela Lei nº 9409, de 28 de outubro de 1991, hoje em exercício na Secretaria da Agricultura e Abastecimento, manifesta, em petição, interesse em transacionar o tempo anterior a 5.10.88, com base no artigo 6º do Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990, que regulamenta a Lei nº 8036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Informa o requerente que não era optante pelo regime fundiário e que a extinta autarquia não teria jamais efetuado depósitos em conta vinculada do empregador e individualizada em relação ao empregado, sendo, por isso, no seu entendimento, vantajoso para o Estado que teria que arcar com importâncias elevadas no caso de uma provável opção retroativa de sua parte.

Após tramitação em diversos setores, o expediente vem a esta Casa, em virtude de despacho do Senhor Secretário de Estado da Fazenda, Substituto, solicitando pronunciamento sobre a matéria.

2. A partir da CF de 1988 o trabalhador regido pelo regime celetista passou a ter direito pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, independentemente de opção, sendo esse o único regime do tempo de serviço.

No caso do processo a questão envolve a opção retroativa, antes permitida pela Lei 5.958/73, revogada pela Lei nº 7839, de 12 de outubro de 1989, que veio dar tratamento ao regime instituído pela Lei nº 5.107/66, posteriormente também revogada pela Lei nº 8036, de 11 de maio de 1990.

Analisando essa sucessão de diplomas legislativos, esta Procuradoria-Geral do Estado, pelo Parecer nº 8746, de autoria da Procuradora do Estado Eunice Rotta Bergesh discorre:

“A Lei nº 5.958/73 autorizava aos empregados à data de sua edição, que não houvessem optado pelo FGTS, o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão ao emprego, se posterior àquela, **desde que houvesse concordância por parte do empregador**” (artigo 1º, grifei).

Através do texto da Lei nº 7.839/89 (artigo 12, parágrafo 4º), diferentemente, a opção retroativa passa a ser um direito do empregado, pois que autorizada a opção do FGTS com efeito retroativo a 1º de janeiro de 1967 ou à data de sua admissão, quando posterior àquela, sem condicioná-la à concordância do empregador.

A Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, ao revogar a antedita Lei nº 7.839/89, passando a disciplinar o regime do FGTS, repetiu a disposição no parágrafo 4º do artigo 14. Foi regulamentada pelo Decreto nº 99.684/90, que, expressamente, declarou admissível a opção retroativa pelo FGTS em relação ao tempo de serviço anterior a 05 de outubro de 1988, “**mediante declaração escrita do trabalhador, com indicação do período de retroação**”, devendo o empregador anotá-la na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro do trabalhador, comunicando ao banco depositário.

Tanto a lei como seu regulamento não cogitam mais da necessária concordância do empregador nem da homologação judicial da opção retroativa requisitos antes impostos pela legislação do FGTS.

No parecer nº 8.563, aprovado pelo Senhor Procurador-Geral do Estado, em 16 de novembro de 1990, mas redigido em data anterior à edição do Decreto nº 99.684, de 06 de novembro de 1990, manifestei-me pela necessidade da concordância do empregador na opção retroativa pelo FGTS, sob pena de infringência ao texto constitucional.

Com efeito, a legislação do FGTS anterior à Lei nº 8.036 sempre condicionou a opção retroativa à concordância do empregador, como não poderia deixar de fazê-lo, face à propriedade da conta em nome da empresa, mas individualizada em relação ao empregado não-optante.”

E, mais adiante, citando SAAD:

“Nesse mesmo sentido, confirmando a propriedade da conta individualizada do não-optante, afirma GABRIEL SAAD:

“A conta individualizada do não-optante contém valores que **pertencem ao empresário**. A tal transferência importaria a ofensa ao direito de propriedade que a Constituição conservou (Constituição e Direito do Trabalho, LTr, 1989, p. 95).

8. Como, então, proceder-se a transferência do “**valor da conta vinculada em nome do empregador e individualizada em relação ao trabalhador**”, relativa ao período abrangido pela retroação, para a conta vinculada em nome do trabalhador conforme determinado no parágrafo 2º do artigo 4º do Decreto nº 99.684/90, determinação essa, aliás, não contida no texto legal regulamentado?

A se entender válida a opção retroativa sem a concordância do empregador, estar-se-á admitindo a possibilidade de transferência de um valor reconhecimento de propriedade do empregador para o empregado, afrontando o direito de propriedade preservado constitucionalmente, com base apenas no ato governamental regulamentador.

Com esses argumentos, concluí, no Parecer nº 8.563_PGE, que só seria constitucionalmente admissível a opção retroativa, porque importaria repetição de pagamento já efetuado ou transferência de recursos de propriedade do empregador para a conta vinculada do empregado, como determina o Decreto nº 99.684/90, se houvesse concordância daquele, sob pena de afronta ao disposto nos incisos XXII e XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal vigente.”

Por sua vez, a pretensão do requerente tem como fundamento o artigo 6º do Decreto nº 99.684/90, que prescreve:

“O tempo de serviço anterior à opção ou a 5 de outubro de 1988 poderá ser transacionado entre o empregador e empregado, respeitado o limite mínimo de sessenta por cento da indenização simples, ou em dobro, conforme o caso.”

Na espécie presente, não importa para o deslinde da questão se a autarquia depositou, ou não, em conta individualizada do empregado, vinculada ao empregador, como deveria fazê-lo. Como bem ressalta a mencionada procuradora a fl. 8, item 10 de seu parecer “... na gestão de recursos, há que se examinar não só da legalidade do ato, mas, em atenção

ao "caput" do artigo 37 da Constituição Federal, também dentre outros, os princípios de moralidade e conveniência pública." Assim, não se pode esquecer que para os servidores estabilizados com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como é o caso do peticionário, por não se conformar ao interesse público, a opção retroativa não deve ser autorizada e pelas mesmas razões, a transação facultativa, com base no artigo 6º do Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990.

3. Em conclusão:

I. A eventual opção retroativa não dispensaria a autorização do empregador, por se entender que "a única interpretação que viabiliza constitucionalmente o disposto no parágrafo 4º do artigo 14 da Lei nº 8036, e no artigo 4º do Decreto nº 99.684/90, é a que condiciona a opção retroativa à concordância do empregador, tal qual nos textos legislativos anteriores à Lei nº 7839/89, sob pena de afrontar o direito de propriedade:" (item 4 das conclusões do Parecer 8746, citado).

II. A concordância, no caso, bem como a anuência em relação à transação do tempo anterior a 5.10.88, não é viável por afronta ao interesse público e ao princípio da moralidade.

Porto Alegre, 1º de março de 1994.

EFEITOS DE DECISÃO PROFERIDA EM INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 10121

CAIXA ECONÔMICA ESTADUAL.

Incidente de Inconstitucionalidade.

Decisão do órgão especial do TJ que julga inconstitucional dispositivo de lei estadual. Efeitos.

O Diretor-Presidente da Caixa Econômica Estadual consulta este órgão de orientação jurídica para a Administração Estadual, a respeito da possibilidade de estender aos operadores administrativos da autarquia os efeitos da decisão do Tribunal de Justiça do Estado (Órgão Especial), que julgou inconstitucional o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.282/91, relativamente ao limitador da parcela autônoma de produtividade de Incentivo à Captação de Poupança. Encontram-se no expediente cópias da decisão de 1º grau proferida em mandado de segurança, bem como do acórdão referido. Também acompanham a consulta, além de solicitação do Sindicato dos Servidores da Caixa, pleiteando que aos operadores administrativos também não seja aplicado o referido limitador, diante da decisão do Tribunal de Justiça, o Parecer nº 5/94 da Consultoria Jurídica da entidade consulente. Nesse parecer, que segue a linha sustentada pelo Tribunal de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de parte da lei, é preconizado o atendimento da postulação do sindicato, sendo lembrado que os consultores técnicos – os beneficiados diretos da decisão judicial – já recebem a parcela referente à gratificação de produtividade sem o limitador previsto na lei, "em decorrência do trânsito em julgado da decisão proferida no Incidente de Inconstitucionalidade, o que obrigou a Caixa ao seu cumprimento, na forma do disposto no artigo 467, do Código de Processo Civil".

São os fatos.

A Lei nº 9.282/91 instituiu para todos os servidores da Caixa Econômica Estadual, excetuados os procuradores, uma parcela autônoma de produtividade de Incentivo à Captação de Poupança, calculada sobre o vencimento ou salário básico, inicialmente no índice de 20%, alcançando 100% a partir de setembro de 1991 (art. 1º).

Por outro lado, dispõe o artigo 2º e seu parágrafo:

“Art. 2º – O valor da parcela autônoma, ora instituída, fica limitado ao vencimento ou salário básico do cargo ou função de Escriturário-E15 do Quadro de Carreira criado pela Lei nº 9.055, de 20 de fevereiro de 1990.

Parágrafo 1º – A parcela autônoma a ser paga aos ocupantes de cargo ou função de carreira de Consultoria será calculada tomando-se por base o vencimento ou salário básico do cargo ou função de Escriturário-E15, do Quadro de Carreira.”

O parágrafo 1º foi considerado inconstitucional, por maioria, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por ofensa aos artigos 5º e 37, X, da Constituição Federal, bem como ao artigo 33, parágrafo 1º, da Carta Estadual (f. 22 e ss.).

A declaração de inconstitucionalidade decorreu do incidente de inconstitucionalidade proposto pela 3ª Câmara Cível perante o Tribunal, que é o órgão competente para tal declaração (art. 97 da Constituição Federal). Seguindo o preceituado no Código de Processo Civil, tendo sido acolhida pela Câmara a arguição de inconstitucionalidade, foi o processo remetido ao Órgão Especial (artigos 479/482). Essa decisão, apesar de irrecorrível, não faz coisa julgada. “Não há que se cogitar, quanto ao pronunciamento do pleno, de **auctoritas rei iudicatae**. O Código expressamente limita a extensão objetiva da coisa julgada ao julgamento da lide (art. 468) e exclui desse âmbito a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo (art. 469, III)”. (MOREIRA, J. C. Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1974, p. 55).

Eventual recurso deverá ser interposto da decisão da Câmara para onde deverá ter sido devolvido o processo, pois só então se completará o julgamento, que estivera cindido pelo incidente. É o que determina a Súmula nº 513 do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. Registre-se que essa Súmula é compatível com a vigente Constituição Federal.

De modo que equivocou-se o ilustre prolator do Parecer nº 5/94 (f.), ao afirmar que a decisão que considerou inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 9.282 transitara em julgado, sendo impertinente a evocação do artigo 467 do CPC. O acórdão da Câmara – não publicado até o dia de hoje, de conformidade com os registros do TJ – poderá ser atacado, em tese, através de recurso extraordinário, pois a declaração de inconstitucionalidade funda-se em vulneração a dispositivos da Constituição Federal.

Por outro lado, ainda que a decisão do Tribunal de Justiça no incidente de inconstitucionalidade tenha sido tomada por substancial maioria (16X7), em tese é possível que qualquer câmara do Tribunal, que examinar a mesma matéria em outra ação, considere constitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 9.282, possibilidade bem plausível, principalmente considerando-se que houve sete votos vencidos; pois como é sabido, a declaração de inconstitucionalidade incidental – que é a hipótese – quando passa em julgado, obriga apenas as partes que participaram da lide.

Diante do que até aqui foi exposto, entendo que a consulta do ilustre Diretor-Presidente da Caixa merece resposta negativa, isto é, não deve a autarquia estender aos seus operadores administrativos os efeitos da decisão – que é provisória, repita-se, até que transite em julgado o acórdão que vier a ser proferido pela 3ª Câmara Cível – relativa à constitucionalidade do dispositivo legal já mencionado.

Certamente, a Consultoria Jurídica da Caixa tentará derrubar perante o STF a decisão que julgou inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 9.282.

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de abril de 1994.

LICENÇA PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul
Professora na Faculdade de Direito da UFRGS e
na Escola Superior de Advocacia de Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER Nº 10129

LICENÇA PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE. Extensão do benefício ao servidor do sexo masculino.

Eficácia do princípio constitucional da igualdade entre sexos em relação aos benefícios funcionais assegurados aos servidores públicos estaduais nos termos de legislação específica.

Lei nº 6672/74, Lei nº 10098/94 e arts. 5º, I e 226, § 5º, da CF/88.

O Especialista de Educação-Orientador Educacional, do Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual, lotado na Escola Estadual Parobé, JURANDY DE MELLO FARIA, solicitou "licença para acompanhar o cônjuge", a partir de 1º de janeiro de 1992, nos termos da legislação vigente".

O pedido foi instruído com documentos que comprovam que sua mulher, EVANY ALVES DE MELLO FARIA, funcionária do Instituto de Resseguros do Brasil, fora transferida para a Sucursal de Curitiba, a partir de janeiro de 1992, em razão do encerramento das atividades do Instituto em Porto Alegre.

Assinado o ato favorável à concessão de licença, pela Senhora Secretária da Educação Substituta, com apoio em manifestação de sua Assessoria, foram levantadas dúvidas pelo Setor Jurídico, da Secretaria do Planejamento e da Administração, eis que o art. 94 da Lei 6.672/74 (Estatuto do Magistério) só confere o benefício à servidora do sexo feminino. Afirma-se que o art. 226, § 5º, da Constituição Federal não tem

aplicabilidade imediata à hipótese em exame, sendo necessário novo provimento legal, no âmbito estadual, para alterar a legislação estatutária em vigor.

Retornando o expediente à Secretaria de origem, em outubro de 1992, a Assessoria Jurídica desta Pasta, revisando a posição anterior já manifestada, opina, em janeiro de 1993, pelo indeferimento do pedido, "pelo conseqüente retorno imediato do Sr. Jurandy as suas atividades junto à EE de 2º Grau Parobé, por não existir qualquer ato oficial que justifique o seu afastamento e, caso não ocorra o retorno, pela realização de verificação sumária, nos termos do art. 143 e seguintes da Lei nº 6672/74".

Por solicitação da Senhora Secretária de Educação, o expediente vem ao exame desta Procuradoria-Geral, para manifestação sobre a matéria, sendo enviado à Procuradoria de Pessoal para parecer.

Posteriormente foi encaminhado a esta Procuradoria-Geral o processo de nº 104906-19.00-93.0, onde teve início o procedimento sumário aludido no Estatuto do Magistério, por se encontrar o professor sem efetividade desde janeiro de 1992, sendo o mesmo, por esta razão, chamado, por três vezes, pela imprensa local, sem qualquer manifestação de sua parte.

É o relatório.

Dispõe a Lei nº 6672/74, no que interessa ao deslinde da questão:

"art. 94 – A **professora** ou especialista de educação, **casada**, terá direito à licença sem vencimentos, quando o **marido**, independentemente de solicitação, for **mandado** servir fora do Estado ou em município no qual não seja possível, ao **cônjuge-mulher**, exercer o seu cargo.

§ 1º – A licença será concedida mediante requerimento devidamente instituído e vigorará pelo tempo que durar o afastamento **do marido**, ressalvado o disposto no artigo seguinte, devendo ser renovada de dois em dois anos.

§ 2º – Durante a licença de que trata o artigo, à **professora** ou especialista de educação não contará tempo de serviço para qualquer efeito.

Art. 95 – Cessado o motivo da licença ou não requerida documentalmente sua renovação, a **professora** ou especialista de educação deverá reassumir o exercício dentro de trinta dias, a partir dos quais a sua ausência será computada como falta ao serviço".

Pelos claros e expressos termos da legislação específica, não resta dúvida de que a licença para acompanhar o cônjuge, atendidos os requisitos legais, foi conferida apenas ao membro do Magistério do sexo feminino, do mesmo modo como o Estatuto Geral, Lei nº 1751/52, artigo 153, já atribuía igual benefício às demais funcionárias.

Conquanto já estivesse em pleno vigor o Estatuto da Mulher Casada, Lei Federal nº 4121/62, editado posteriormente ao Estatuto Geral do Funcionalismo Público Civil do Estado e, conquanto o Magistério já contasse em seu quadro, em situação de minoria, inúmeros professores do sexo masculino, o Estatuto específico da categoria reafirmou a concessão da licença para acompanhar o cônjuge somente à "professora", embora destinasse a maioria de seus benefícios, expressamente, a todos os "membros do Magistério", professores homens e mulheres, como é o caso das licenças-saúde e por motivo de doença na família, para tratamento de interesses particulares, licença-prêmio, para qualificação profissional, para casamento e por luto, etc...

É certo, pois que, inobstante mais recente, a Lei nº 6672/74, conferiu aquele benefício às mesmas destinatárias da Lei nº 1751/52, (servidoras casadas) sem que houvesse considerado toda a evolução de costumes nesta matéria.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 dispôs que:

" – art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição";

"art. 226 –

§ 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Tenho que o princípio de igualdade, já positivado nas Constituições anteriores e ora evidenciado (não mais apenas em inciso do dispositivo que elenca os direitos e garantias fundamentais, mas no próprio "caput" da regra) e, mais especificamente, o inciso I que versa sobre a igualdade entre os sexos, não permitem, por si só, reter os artigos 94 e 95, do Estatuto do Magistério, bem como o artigo 143, da lei nº 1751/52, de modo a incluir, entre seus destinatários, os servidores do sexo masculino.

Do mesmo modo não se extrai esta assertiva do parágrafo 5º do art. 226 que se preocupou em estabelecer a igualdade de direito e deveres de homens e mulheres **dentro da sociedade conjugal**.

Sob pena de ferir a autonomia administrativa das unidades da Federação e suprimir etapas legislativas próprias destes, não podem ser **indiretamente** extraídos ou modificados pela Constituição Federal, direitos e vantagens de servidores públicos daquelas. Quando a Lei Maior se preocupou em tratar especificamente destes, para conceder-lhes garantias mínimas, ela as elencou **diretamente** em capítulo próprio, versando sobre a Administração Pública em geral (Capítulo VIII do Título III).

Mesmo considerando a bem fundamentada tese de "interpretar as regras infraconstitucionais em conformidade com a Constituição", é impossível, de acordo com posição já expressada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mudar a **literalidade** da regra inferior, para adequá-la ao novo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 produziu, não obstante, o efeito de tornar inconstitucionais as ante-referidas regras estatutárias estaduais, na parte em que alijaram do benefício, sem apoio em critério de razoabilidade na desigualação, o funcionário do sexo masculino.

Mais recentemente, porém, a Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, que dispôs sobre o Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado, ao disciplinar "a licença para acompanhar o cônjuge", nos artigos 147 e 148, referiu-se ao "servidor detentor de cargo de provimento efetivo", sem qualquer menção restritiva ao "cônjuge marido", ou qualquer outro termo que pudesse excluir este da benesse.

Aplicando-se esta regra ao pessoal do Magistério, na forma do art. 279 da Lei nº 10.098, combinado com o art. 154 da Lei 6672, vez que, com o advento da Carta Federal de 1988, a hipótese não se encontra expressamente regulada para o **professor-homem**, tenho que este, assim como o universo de servidores atingidos pelo Estatuto do Regime Único, passaram a ser beneficiados com a licença para acompanhar o cônjuge, a partir da vigência desta legislação.

Na hipótese em exame, pois tenho que a concessão de licença ao professor Jurandy se torna regular desde a data de vigência da Lei nº 10.098.

Conquanto o servidor já se encontrasse afastado desde 1º de janeiro de 1992, entendo que as circunstâncias do caso recomendam a justificabilidade das faltas havidas, com fundamento no art. 145, I da Lei nº 6672, podendo ser encerrado o procedimento sumário contido no processo nº 104.906-19.00.93.0, em anexo. Isto porque este Estatuto não determina expressamente que o requerente aguarde no exercício do cargo a concessão desta licença não remunerada, como ocorre com o afastamento para tratar de interesses particulares (art. 86), bem como, também, porque o entendimento inicial da Pasta da Educação se mostrou favorável ao atendimento do pedido, gerando, por isso, uma legítima expectativa no professor de que o afastamento do cargo seria assegurado.

É o parecer.

Porto Alegre, 07 de junho de 1994.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO DOS DIRIGENTES AUTÁRQUICOS

SANDRA MARIA LAZZARI
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 10211

Cargos diretivos das autarquias do Estado.
Inteligência da Lei nº 9.273/91. Natureza jurídica do vínculo. Regime Previdenciário.

Solicita o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Fazenda orientação quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias dos detentores dos cargos de Presidente e Diretor-Superintendente da Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre-FOSPA – especialmente quanto ao órgão previdenciário competente, IPERGS ou INSS.

A consulta tem origem em outra formulada pelo Diretor-Superintendente da Autarquia que, em data de 10 de setembro do ano passado, acusava o recebimento do ofício INSS/AFPAG/30/93, de 12 de julho de 1993, onde era informado que, tendo em vista a edição da Lei nº 8.647/93, o recolhimento das contribuições previdenciárias dos detentores de cargos em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração Pública, passariam a ser para a Previdência Social Federal.

Após esclarecimentos prestados pela Superintendência da Administração de Pessoal da Secretaria da Fazenda àquele Diretor-Superintendente, a respeito da matéria, este, em data de 8 de outubro do ano passado, novamente, elabora a mesma consulta. Esta Superintendência entende que o Diretor e Diretor-Superintendente da FOSPA, por se tratarem de servidores estatutários cedidos, devem recolher as suas contribuições ao IPERGS. Contudo, dúvida há quanto à "incidência da contribuição sobre a representação paga aos mesmos quando o servidor optar por perceber honorários mais representação, face a entendimento por parte do IPERGS, de que não caberia contribuição sobre a referida representação". A final, sugere a ouvida

dessa Procuradoria-Geral do Estado, para orientação quanto ao fato de ser ou não correto o recolhimento ao IPERGS, e se a contribuição deve ser efetuada também sobre a representação.

Esta a matéria a ser examinada.

1. Esta Procuradoria-Geral do Estado, por seu Órgão Consultivo de Pessoal, emitiu o Parecer nº 9816, que, examinando a eficácia da Lei (federal) nº 8.647, na órbita estadual e municipal, assim conclui:

“Como se vê, pela análise conjunta de seus dispositivos a Lei nº 8.647 veio apenas alterar o outro pólo da relação previdenciária dos titulares de cargo em comissão no serviço público federal que, a partir de então, passaram não mais a contribuir, como os demais servidores federais efetivos, para o Plano de Seguridade Social instituído pela Lei nº 8.112, mas sim, para o Sistema Geral de Previdência Nacional, regulado hoje, pelas Leis nºs 8.212 e 8.213, de que receberão a cobertura dos benefícios previdenciários, a cargo do Plano apenas a assistência à saúde.

A Lei 8.647, porém, não revogou expressamente ou por incompatibilidade, os dispositivos constantes dos artigos 13 e 12 das Leis 8.212 e 8.213, respectivamente, que, em redação semelhante, dispõem que o servidor público civil ou militar da União, dos **Estados**, do Distrito Federal ou dos Municípios bem como o das respectivas autarquias e fundações, **é excluído do Regime Geral da Previdência Social** consubstanciados nesta lei, desde que esteja sujeito a **sistema próprio de previdência social**. (estava grifado).

O único da relação dos excluídos que agora passou a ser segurado obrigatório do sistema nacional da seguridade foi o servidor público federal comissionado.

Os demais servidores públicos federais, assim como os estaduais e os municipais, quando amparados por sistema próprio de previdência instituídos pelas respectivas entidades políticas, permaneceram aliados da Previdência Social.

Diga-se, aliás, que é plenamente compatível com a ordem constitucional vigente, a manutenção, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, de sistemas próprios de previdência social para os seus servidores, bem como a arrecadação da respectiva contribuição para o seu custeio, de acordo com o permissivo constante do art. 149, par. Único da Carta Federal de 1988.

Assim sendo, mesmo que se pretendesse dar interpretação diversa à Lei nº 8.647, esta seria inconciliável com a Constituição Federal já que conquanto detenha a União competência legislativa exclusiva para dispor sobre a “seguridade social” (art. 22, XXXIII) e concorrente com

os Estados quanto à “previdência social e proteção à saúde (art. 24, XII), não lhe é permitido impor contribuições e filiação para os servidores públicos estaduais, municipais e do Distrito Federal que já estejam atendidos por regime próprio de previdência.”

Face ao exposto, é inequívoco o entendimento desta Casa de que a Lei nº 8.647 não alcança os detentores de cargo em comissão estaduais e municipais quando amparados por sistema próprio de previdência.

2. Por outro lado, com relação aos dirigentes máximos das entidades autárquicas, no que pertine ao regime jurídico decorrente da titularidade de seus cargos diretivos, com a edição da Lei nº 9.273, de 17 de julho de 1991, veio esta introduzir modificação, identificando a natureza jurídica destes cargos como “cargo em comissão”. Aliás, esta é a orientação exarada no Parecer nº 9541 dessa Procuradoria-Geral do Estado.

3. Identificada a natureza jurídica do vínculo dos titulares dos cargos diretivos das entidades autárquicas, há de se identificar, também, o regime previdenciário correspondente.

Por força do disposto no art. 12, inc. I, da Lei nº 1.751 de fevereiro de 1952 e art. 37, inc. II, da Constituição do Estado, os titulares de cargo em comissão são os servidores públicos do Estado, regidos pelo Estatuto do Servidor Público, no que couber.

A seu turno, preceitua a Lei (estadual) nº 7.672, de 18 de junho de 1982 (dispõe sobre Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul) que todos os servidores do Estado são segurados obrigatórios do Instituto de Previdência do Estado, exceto os que nesta condição sejam segurados obrigatórios da Previdência Social Federal.

Por sua vez, as Leis (federais) nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e que dispõem, respectivamente, sobre os Planos de Custeio e Benefícios da Previdência Social Federal, excluem do Regime Geral de Previdência Social, os servidores, civis e militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive os de suas autarquias e fundações públicas, que estejam sujeitos a sistema próprio de previdência social (arts. 13 e 12).

Assim, os titulares dos cargos diretivos das entidades autárquicas, a partir da edição da Lei nº 9.273, passaram a ser contribuintes obrigatórios do Instituto de Previdência do Estado, não se lhes aplicando a Lei nº 8.647, pelas mesmas razões exaradas no comentado Parecer nº 9.818.

4. Resta, ainda, identificar se sobre a verba de representação de que trata a Lei nº 9.273, incide o recolhimento da contribuição previdenciária.

A Lei nº 7.672 identifica, no seu art. 18, a base de cálculo sobre a qual incidirá a contribuição previdenciária, denominado esta base de “salário de contribuição”, assim compreendido: a soma mensal paga ou creditada pelo

Estado ou pela Autarquia ao segurado a qualquer título, excluídos somente os pagamentos ou créditos de natureza indenizatória ou eventual, tais como honorários, diárias e ajudas de custo, a gratificação prevista no art. 108 da Lei nº 1.751/52 e em disposições correspondentes de estatutos próprios, e o abono familiar. E, no par. 1º deste mesmo artigo 18, preceitua que não se considera de natureza indenizatória a representação quando se somar à parte básica do vencimento para efeito de cálculo de adicionais.

Outrossim, preceitua a Lei nº 9.273, no seu art. 1º que a remuneração mensal dos cargos em comissão de dirigentes das autarquias do Estado, é a fixada no Anexo I desta Lei. E no referido Anexo, distribui este a remuneração sob duas denominações: vencimento e representação.

A seu turno, o parágrafo único deste art. 1º preceitua que a hipótese do provimento, de que trata o artigo, se der sob a forma de função gratificada, será atribuída remuneração correspondente ao Padrão FGE-12 ou FGE-11 do Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas instituído pela Lei nº 4.914, de 31 de dezembro de 1964.

Não pretendendo adentrar ao exame da distinção entre remuneração e vencimento, que, de longa data, esteve no pódio da discussão, tanto na órbita administrativa quanto na judiciária, hoje é matéria pacificada. Apenas, para orientar o exame da questão versada no presente feito administrativo, vencimento é a retribuição pecuniária correspondente ao padrão fixado em lei e remuneração ou vencimentos (este no plural), a retribuição pecuniária do padrão acrescida das vantagens pecuniárias auferidas pelo servidor, a título de adicional ou gratificação.

Isto posto, a leitura do art. 1º da Lei nº 9.273 não poderá ser outra senão a de que a remuneração dos cargos diretivos das autarquias do Estado, está constituída de uma parte básica, sob o título de vencimento básico, acrescida esta parte de uma vantagem pecuniária sob o título de gratificação de representação. Esta gratificação de representação, na forma como está fixada na Lei comentada não tem a natureza de indenizar o titular do cargo diretivo pelas despesas de apresentação pessoal e da própria função. Como a própria denominação de gratificação, representação é concedida em razão das condições especiais de desempenho da função diretiva. Desta forma, adere à parte básica do vencimento e é considerada para todos os efeitos, como remuneração ou vencimentos.

A Lei nº 7.672 exclui do salário de contribuição a parcela correspondente à representação, quanto esta for de natureza indenizatória ou eventual. Tanto assim é que, no par. 1º do citado art. 18, exclui a gratificação de representação, como de natureza indenizatória, quando essa somar a parte

básica do vencimento, para o efeito de cálculo de adicional. Em outras palavras, quando a gratificação de representação tiver a natureza de remuneração compõe o salário de contribuição, para os efeitos da contribuição previdenciária.

Face às considerações expostas, a gratificação de representação que compõe a remuneração dos cargos diretivos das autarquias do Estado, consoante o art. 1º da Lei nº 9.273, compõe o salário de contribuição para os efeitos de recolhimento das contribuições previdenciárias ao Instituto de Previdência do Estado.

É o parecer.

Porto Alegre, 02 de março de 1994.

COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE FLORESTAS

VERENA NYGAARD
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 10313

FLORESTAS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. COMPETÊNCIA COMUM. NORMAS GERAIS. CADASTRO FLORESTAL. COMPETÊNCIA DO ESTADO.

O Secretário da Agricultura e Abastecimento encaminha a esta Procuradoria-Geral, consulta versando sobre conflito de competências entre essa Pasta e a Superintendência Estadual do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

O conflito em questão refere-se à atribuição legal que ambos os órgãos possuem de proceder ao cadastro das pessoas físicas e jurídicas que produzem, consomem e comercializam matérias-primas, produtos e subprodutos florestais.

Em ambas as esferas de governo, o cadastro representa uma fonte de recursos financeiros e tem, ao menos em teoria, a mesma finalidade de constituir-se em instrumento de gestão e de fiscalização ambiental.

Na medida em que representa um ônus para o administrado, que fica na obrigação de registrar suas atividades em dois órgãos distintos, pagando duas taxas e ficando duplamente sujeito à autuação e imposição de multas, a duplicidade de cadastro tem gerado inúmeras controvérsias, conflitos e perplexidades, tanto na esfera privada como pública, já que as tentativas de entendimento entre a SAA e o IBAMA não lograram êxito.

Daí a razão da consulta, em que é solicitada a expedição de parecer sobre a competência do órgão florestal estadual na questão relatada.

O conflito em tela decorre da inovação introduzida pela Constituição Federal de 1988 ao conferir aos Estados-membros a competência para legislar sobre florestas (art. 24, VI), que, até então, era privativa da União.

No exercício desta competência, o Estado procedeu à ampla normatização da matéria, editando o seu Código Florestal (Lei nº 9.519, de 21/01/92) regulamentado por diversos Decretos no que tange à definição do órgão florestal estadual, ao Fundo de Desenvolvimento Florestal, ao registro no Cadastro Florestal, ao sistema de Controle para o Transporte de Produto Florestal, à criação do Plano de Desenvolvimento Florestal e às atribuições da Brigada Militar para o exercício da Polícia Florestal.

Vale lembrar que a própria Constituição Estadual, no art. 40 do ADCT, já determinava fosse o Código Florestal, juntamente com os de Uso e Manejo do Solo Agrícola e do Meio Ambiente, editado no prazo de 180 dias, estabelecendo, no parágrafo único, as diretrizes a serem observadas na elaboração dessas leis.

A disciplina normativa instituída no Estado bem demonstra a profunda preocupação da nossa sociedade com a preservação do que ainda resta de recursos florestais, dado que 90% da cobertura nativa já se perdeu, sendo de todos conhecido o processo de desertificação em curso em determinadas partes do território gaúcho.

Somente mediante uma política florestal eficiente, que assegure o uso adequado e racional dos recursos florestais, será possível evitar danos irreparáveis à qualidade de vida do povo gaúcho, assim como atingir os objetivos de um desenvolvimento auto-sustentado, por sua vez, também engido em mandamento constitucional.

A atividade que vem sendo desenvolvida pela Secretaria da Agricultura e Abastecimento, através do Departamento de Recursos Naturais Renováveis, reveste-se, assim, de legitimidade jurídica, política, social, econômica e ecológica.

Entretanto, considerando que a competência para legislar sobre florestas, é concorrente, cumpre indagar se a legislação federal e estadual se mantiveram dentro dos respectivos limites constitucionais, traçados nos parágrafos do art. 24 da C.F.

No que tange à legislação estadual, não temos dúvida em responder afirmativamente à questão, já que suplementa a legislação federal.

De passagem, convém esclarecer que, com a introdução do termo "suplementar" na CF de 88 (art. 24, § 2º), foi superada a dicotomia entre competência complementar e supletiva, existente no sistema anterior. Suplementar significa complementar e suprir, ou seja, é "o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas" (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed. 1992, pág. 415).

Relativamente à legislação federal, entretanto, a questão nos parece mais complexa.

Assim como era no sistema constitucional anterior, no campo da legislação concorrente, a União continua adstrita à edição de normas gerais; vale dizer que "a competência da União não é ilimitada, não esgota o assunto; não no exaure, e a Constituição impõe que se restrinja a normas fundamentais, a diretrizes, a regras jurídicas gerais". (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, vol. 1, pág. 169).

Assim como é inconstitucional a legislação estadual que, no campo da competência concorrente, contraria a legislação federal, é também inconstitucional esta, quando extrapola a limitação a que está sujeita. Conforme alerta Pontes de Miranda, "o controle judicial da competência da União", neste caso, "é assaz difícil, mas não é impossível". (op. cit., loc. cit.)

A dificuldade do controle judicial é mera consequência da notória dificuldade da própria conceituação das normas gerais, razão pela qual os autores, em geral, se limitam a apontar suas características.

Em monografia dedicada especificamente ao tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sintetizou tais características, enunciadas por nada menos de 18 autores, entre nacionais e estrangeiros, da seguinte forma:

"a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (BÜHLER, MAUNZ, BURDEAU, PONTES, PINTO FALCÃO, CLÁUDIO PACHECO, SAHID MALUF, JOSÉ AFONSO DA SILVA, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARCO AURÉLIO GRECCO);

b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (MATZ, BÜHLER, MAUNZ, PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e MARCO AURÉLIO GRECCO);

c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (PINTO FALCÃO, SOUTO MAIOR BORGES, PAULO DE BARROS CARVALHO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);

d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas (PINTO FALCÃO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);

e) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito (PAULO DE BARROS CARVALHO e GERALDO ATALIBA);

f) devem referir-se a questões fundamentais (PONTES e ADILSON ABREU DALLARI);

g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,

PAULO DE BARROS CARVALHO e ADILSON ABREU DALLARI); h) não são normas de aplicação direta (BURDEAU e CLÁUDIO PACHECO)".

Essa última característica é explicada por José Afonso da Silva da seguinte forma:

"Por outro lado, por regra, as normas gerais não regulam, diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa da União, dos Estados e Municípios" (Direito Urbanístico Brasileiro, RT, 1981, pág. 78).

Do arcabouço teórico em que se situa a problemática ora em foco verifica-se que, em tese, não ocorrem conflitos entre leis federais e estaduais, não porque haja supremacia hierárquica daquelas sobre estas, mas sim, porque ocupam espaços distintos, completando-se umas às outras. No âmbito da competência concorrente, à União é vedado esgotar a matéria; por definição, norma geral é a que comporta espaço para a suplementação por parte dos Estados-membros.

Ao lado da competência legislativa do art. 24 da CF, é necessário abordar a competência comum do art. 23, que daquela se distingue exatamente por não ser legislativa, mas sim, material ou executiva, configurando, assim verdadeira função administrativa.

O que o constituinte fez, foi selecionar, dentre as inúmeras tarefas que ao Poder Público incumbe executar, algumas que, por sua importância social, deverão ser exercidas simultaneamente pelas três esferas de governo.

Entretanto, o exercício de tais tarefas requer prévia normatização, seja porque pressupõe estruturas institucionalizadas e agentes, seja porque, naquilo em que interfere com as atividades privadas, sujeita-se os princípios da legalidade.

Dessa forma, não vemos como dissociar o exercício da competência comum da competência legislativa, no sentido de que aquela, de alguma forma, se sujeita a esta. O cotejo das matérias elencadas no art. 23 com as arroladas no art. 24 evidencia a identidade entre umas e outras.

Assim, a ausência da lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 em nada interfere no exercício, desde logo, da competência comum, nem é imprescindível para evitar conflitos ou superposições de competências, apenas facilitando a cooperação entre os entes da Federação, evitando a dispersão de recursos públicos e propiciando maior eficácia.

Parece claro, portanto que, para preservar as florestas, conforme manda o inciso VII do art. 23, os Estados terão de editar normas jurídicas, o que farão, de forma concorrente, nos termos do art. 24.

A União, por sua vez, preservará as florestas no exercício da mesma competência comum, aplicando as normas gerais que editar sobre a matéria.

Embora, a nosso ver, bastante óbvio, é segundo esse critério que se poderá aferir a legitimidade ou ilegitimidade do cadastro do IBAMA.

Antes, porém, cumpre esclarecer a base legal para a exigência desse cadastro.

No plano federal, ao que consta, inclusive, de acordo com informação do próprio consulente, o único diploma que trata da matéria é o Decreto nº 97946, de 11/07/89, que dispõe sobre a estrutura básica do IBAMA. Considerando que a essa autarquia, de acordo com a Lei nº 7735, de 22/02/89, compete assessorar a então Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República "na formulação e coordenação, bem como executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação, uso nacional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais", o Decreto citado inclui, no rol das atribuições do IBAMA, no inciso IX do seu art. 1º, "cadastrar, licenciar, fiscalizar e disciplinar os segmentos produtivos que utilizam matérias-primas oriundas da exploração de recursos naturais e borracha". Especificamente quanto a florestas, o Decreto atribui ao IBAMA "orientar e disciplinar as atividades de fomento florestal" (art. 1º, VII) e "promover a fiscalização das atividades de exploração de florestas" (art. 1º, X).

No plano estadual, a matéria consta da Lei nº 9519, de 21/01/92, que institui o Código Florestal do Estado, quando, em seu art. 3º, dentre os objetivos específicos da política florestal, arrola o de "manter cadastro dos produtores, comerciantes e consumidores de produtos florestais no Estado".

Todavia, é o Decreto nº 35.095, de 25/01/94, que regulamenta minuciosamente o registro no Cadastro Florestal em todos os seus aspectos, definindo os que estão obrigados a efetuar-lo, o procedimento para tanto, formulários, prazos, vistorias, taxas, efeitos, renovação, caducidade, publicação e sanções.

Foi quando o DRNR da SAA começou a implementar as medidas previstas neste Decreto, que se instalou o conflito com o IBAMA.

A pergunta que há de ser respondida, é a de saber se o cadastro é um procedimento administrativo compatível com a limitação a que está sujeita a competência legislativa da União em matéria de florestas.

A aplicação de normas gerais comporta ou necessita de procedimentos desta espécie?

De certa forma, um indício de resposta se encontra no próprio Código Florestal Federal (Lei nº 4771/65), que, embora editado com base em competência privativa da União, admite legislação complementar estadual, ao dispor, em seu art. 14:

“Art. 14 – Além dos preceitos gerais a que está sujeita a utilização das florestas, o Poder Público Federal ou Estadual poderá:

I – prescrever outras normas que atendam às peculiaridades locais;

II – proibir ou limitar o corte das espécies vegetais consideradas em via de extinção, delimitando as áreas compreendidas, no ato, fazendo depender nessas áreas, de licença prévia o corte de outras espécies;

III – ampliar o registro de pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à extração, indústria e comércio de produtos ou subprodutos florestais”.

Dessa regra, por sua formulação, é possível extrair a conclusão de que o disposto nos 3 incisos não possui a natureza de norma geral. Ora, se assim é, o artigo tornou-se inconstitucional com a superveniência da CF de 88, no que tange à União.

Com efeito, a nós parece que a aplicação de normas gerais, tendo em vista as características de que se revestem, conforme antes exposto, jamais poderia requerer um procedimento administrativo tão específico e individualizado como é o caso do registro no cadastro florestal.

Com o advento da CF de 88, são recepcionadas pelo sistema jurídico positivo, como válidas e eficazes, porque constitucionais, as regras pré-existentes passíveis de serem concebidas como sendo gerais, como é o caso do Código Florestal Federal: “o Código, que é mesmo de disposições genéricas, vale agora como normas gerais, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 24 da Constituição, podendo os Estados e o DF suplementar suas disposições”, afirma José Afonso da Silva, no seu “Direito Constitucional Ambiental” (Malheiros editores SA., 1994, pág. 117).

Ora, se as normas gerais estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras; se não podem entrar em pormenores, ou detalhes, nem muito menos, esgotar o assunto legislado; se devem referir-se a questões fundamentais e não são normas de aplicação direta, porque se dirigem ao legislador estadual (ou municipal), isto é, são “direito sobre direito”, não seria razoável supor que comportem procedimento pelo qual, indistintamente, cada pessoa física ou jurídica que se dedique à extração, indústria e comércio de produtos florestais, deva efetuar seu registro cadastral.

Até porque não é crível que, por mais bem equipado que pudesse ser o órgão federal – e sabemos todos que não é, já que notórias as deficiências do IBAMA, cujas amplas competências e atribuições se estendem a todo o meio ambiente – pudesse cadastrar todas as pessoas físicas e jurídicas, naquela situação, em todo o território nacional.

Provavelmente não terá sido outro o motivo da extensão aos Estados da competência em matéria de florestas, senão o de propiciar mais eficácia e efetividade à preservação dos recursos florestais.

A guisa de exemplo, andou bem a Lei nº 6938/81 quando, em seu art. 10, caput, atribuiu o licenciamento ambiental aos Estados e, apenas em caráter supletivo, ao órgão federal, reservando a este os casos de “atividades e obras com **significativo** impacto ambiental de **âmbito nacional** ou **regional**” (grifo nosso).

Distinções dessa espécie poderiam ser objeto da lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 23 da CF. Não é preciso, todavia, chegar a tanto pois um simples Decreto do Presidente da República poderia atribuir ao IBAMA o cadastro daquelas pessoas, cujas atividades de exploração se estendesse a mais de um Estado ou que, por suas características especiais, ou de localização, como a floresta Amazônica, o pantanal mato-grossense ou a Mata Atlântica e a Zona de fronteira, se revestissem de interesse nacional.

Outra questão que ainda merece referência é a que diz respeito à natureza jurídica do próprio cadastro.

Trata-se, evidentemente, de um procedimento administrativo enquadrável no exercício do poder da polícia, o que nos remete novamente ao campo da competência concorrente.

Com efeito, é sabido que o poder de polícia, ainda que “discricionário”, segundo alguns autores, há de ser exercido com base em lei e nos limites por ela traçados, precisamente porque é da sua essência interferir diretamente na esfera privada. Apenas para ilustrar, vale transcrever a precisa e completa definição de Polícia Administrativa de Celso Antônio Bandeira de Mello (Elementos do Direito Administrativo, 2ª ed., 1991, pág. 246) como sendo “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”.

A pergunta sobre a competência em matéria da polícia administrativa, por sua vez, é respondida com muita clareza por Hely Lopes Meirelles, nestes termos:

“Em princípio, tem competência para policiar, a entidade que dispõe do poder de regular a matéria. Assim sendo, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à

polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edílicos e ao policiamento administrativo municipal". (Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., 1993, pág. 114).

Ora, como o "poder de regular" a matéria, no caso das florestas, é distribuído em termos de competência concorrente, voltamos a nossas considerações iniciais, segundo as quais à União não é permitido ir além de normas gerais que, a nosso ver, não comportam o registro no cadastro, indistintamente, de toda e qualquer pessoa física ou jurídica cuja atividade diga respeito a recursos florestais, em qualquer parte do território brasileiro. Tal não é, a nosso sentir, "assunto de interesse nacional".

Em conclusão: muito embora nossa posição seja no sentido de que o sistema constitucional vigente não conforta mais a atividade de registro cadastral do IBAMA, tal como efetuado hoje, segundo esclarecimentos do consulente, entendemos que a solução mais conveniente é a de distribuir tarefas entre os órgãos federal e estadual mediante convênio a ser firmado entre ambos. Isso porque, na ausência de disciplina legal específica, a outra alternativa poderia ser uma representação por inconstitucionalidade, a nosso ver, excessivamente demorada e controvertida.

Porto Alegre, 24 de agosto de 1994.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

ISENÇÃO DE TARIFAS TELEFÔNICAS PARA PREFEITURAS

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9915

Isenção de tarifas em "Assinatura de Telefone à Distância – ATD" para Prefeituras Municipais – A Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT, como concessionária de serviço público de telecomunicações está adstrita às normas do Poder Concedente e às cláusulas do contrato de concessão, não podendo estabelecer dispensa de pagamento, por ato unilateral, ainda que aprovado por sua diretoria.

Viabilidade da isenção – a qual não fere princípio isonômico pelo interesse público que a determina ao atingir indistintamente todos os usuários de determinada categoria, os Municípios – mediante autorização do Poder Concedente.

Pelo ofício PJU-DCO-PR-0334/93, do Senhor Presidente da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT, esta Procuradoria-Geral recebe consulta sobre a isenção de tarifa fixa mensal para Prefeituras Municipais, na implantação e utilização de assinatura de Telefone à Distância – ATD.

No artigo 21, inciso XI, estabelece a Constituição Brasileira que compete à União

“explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidade de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”.

Disposição semelhante já consignava a Carta anterior, no artigo 8º, inciso XV da Emenda Constitucional nº 01/69, "verbis":

"Compete à União... explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicações".

Em consonância com o iterativo comando constitucional, os serviços de telecomunicações prestados pela Companhia Riograndense de Telecomunicações são assumidos mediante contrato de "concessão de serviço público", figura típica de direito administrativo, cujo inteiro teor consta no "Termo de Contrato de Concessão" firmado entre União e CRT, em 28.05.1973, juntado por certidão ao processo de consulta.

À falta de lei, de caráter nacional que disponha sobre as normas gerais aplicáveis à concessão, no que tange aos seus vários aspectos, quais sejam, o regime jurídico das empresas concessionárias, o caráter especial do contrato de concessão, direitos dos usuários, política tarifária e de condições de manutenção de serviços adequados, como prevê o artigo 175 da Constituição vigente, a análise e a solução das questões emergentes da execução do serviço sob regime de concessão hão de ater-se "aos princípios da Lei Maior, principalmente, quanto à prestação de serviço adequado, à fixação e revisão de tarifas, e à constante fiscalização do serviço", na lição sempre pertinente do professor HELY LOPES MEIRELLES (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª Ed., pg. 350), bem como à construção doutrinária e jurisprudencial que, ao longo de uma larga tradição de uso reiterado da concessão como forma de prestação de serviços públicos, foi caracterizando e definindo o perfil desse instituto entre nós.

Assim, de par com o regime legal especial e informado pelo princípio da essencialidade do serviço público que condiciona toda prestação ao interesse público e de satisfação de necessidades sociais que ao Estado incumbe atender, como determina a Lei Magna, já ao explicitar os objetivos fundamentais da República (artigo 3º, combinado com o artigo 175 da CF), convive o regime contratual, estabelecido entre Poder concedente e concessionário, também aplicado àqueles desideratos.

No dizer de HELY LOPES MEIRELLES:

"Toda concessão, portanto, fica submetida a duas categorias de normas: as de natureza **regulamentar** e as de ordem **contratual**. As primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; por isso, aquelas são denominadas **leis de serviço**, e estas, **cláusulas econômicas ou financeiras**. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes".

E prossegue:

"Consideram-se normas regulamentares ou de serviço, todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato, visando à prestação do serviço adequado; consideram-se cláusulas econômicas ou financeiras as que entendem com a retribuição pecuniária do serviço e demais vantagens ou encargos patrimoniais do concessionário, e que mantêm o "equilíbrio econômico e financeiro do contrato".

(ob. cit., pág. 350-1).

Sob o prisma da relação existente entre Poder Concedente, no caso, a União, através do Ministério das Comunicações e concessionário, na espécie vertente, a CRT, a cláusula respeitante às tarifas reveste a modalidade de cláusula econômico-financeira, alterável por ajuste entre as partes. Cogita-se, aqui, de campo onde a atuação da concessionária, interessada, como revela a consulta, em modificar o regime tarifário, pode traduzir-se na iniciativa de propor ao poder concedente a alteração contratual, que lhe autorize a dispensar o pagamento da tarifa a determinados usuários sob certas e especiais condições, avaliadas como de interesse público. O que não cabe à Companhia é, unilateralmente e à revelia da administração concedente, introduzir modificação no regime tarifário vigente (Prática nº 415-200-001, de 01.05.79), ainda que para beneficiar ou reduzir encargos dos usuários, pois mesmo em tal hipótese, a decisão não se situa exclusivamente no alvedrio da concessionária, já que pode implicar, indiretamente, na própria qualidade do serviço, ao afetar o regime de receitas da empresa. Aliás, o instrumento do contrato de concessão fixa essa diretriz em várias de suas cláusulas, em especial, as de números VI, XIII, XV, XXVIII e XXXV, as quais reportam o intérprete ao que dispõem os atos normativos e regulamentares do Ministério das Comunicações, ou seja, a Portaria nº 668, de 30.05.90 e a denominada Prática nº 415-200-001, de 01.05.79.

A cláusula XXVIII, suprarreferida, reza expressamente: "as tarifas do serviço, objeto do presente contrato, serão fixadas pelo Ministério das Comunicações, em função dos investimentos realizados e serão reajustadas, anualmente, com base nos índices econômicos estabelecidos pelo órgão competente, **não devendo, em nenhuma hipótese, ser alterada, sem a prévia autorização do Ministério das Comunicações.** (Grifos nossos).

E a cláusula XXV dispõe, taxativa: "é vedada a prestação de serviço, objeto do presente contrato, gratuitamente a qualquer título", o que afasta a possibilidade da isenção concedida unilateralmente pela concessionária, pois o benefício implica alteração entre partes signatárias, como dito antes.

Supondo a hipótese de pretender a consulente encaminhar proposta do indicado ajuste, cabe analisar a questão sob outro enfoque, qual seja, o da relação da concessionária de serviço público com os usuários, que respeita a verificar se, no caso, com a isenção pretendida, haveria quebra do princípio isonômico (Constituição, art. 5º) como apontado no Parecer do Departamento Jurídico da CRT, (Memo. PJU-DCO nº 0133193, de 09.02.93).

Em princípio, como não se trata de cobrança de imposto, não há que falar em imunidade fiscal das pessoas jurídicas de direito público, prevista no artigo 150, IV da Constituição e que excluiria as Prefeituras Municipais do pagamento.

Trata-se de tarifa e esta sequer tem natureza tributária, embora se situe no campo da atividade financeira do Estado, como “preço público” ou “preço quase-público”, representado pela “quantia em dinheiro que o usuário paga ao concessionário, como contraprestação, pelo uso do serviço público” (cf. CRETELLA JÚNIOR, in Curso de Direito Administrativo, FORENSE, 7ª edição, fls. 423).

Para as exações e obrigações de natureza tributária, tem a Lei Maior diversos dispositivos assecuratórios do tratamento isonômico e uniforme, desde aquele inserto no inciso II do artigo 150 que veda “o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente...”, às vedações de tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, Distrito Federal ou a Município em detrimento de outro (art. 151, I) previstos no Título VI, Da Tributação e Do Orçamento, até ao disposto no artigo 173, no Título VII respeitante à Ordem Econômica e Financeira” quando a Constituição estabelece que as “empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e **tributárias**”. (Grifos nossos).

Ainda que se pretendesse aplicação analógica de regras sobre tributação para reger sistema de tarifas, não nos parece que tais normas representem óbice à instituição da isenção cogitada, pois não se pretende, com ela, ferir qualquer regra de isonomia, sabido que esta consiste, precisamente, em dispensar à lei tratamento igual às situações semelhantes. Postula-se, com base em razões de considerável valor social e comunitário, expressas no Memorando da Diretoria de Operação da CRT (OPE-5.0.0.824) viabilizar o serviço de telecomunicações por ATD, para municípios de baixa capacidade financeira e muitos deles em situação de recém-emancipados. Onde houver essas justificativas, o tratamento benéfico teria de se verificar, sem distinções ou privilégios, excluído qualquer traço de subjetividade ou de arbítrio”.

Em razão dos fundamentos até aqui expostos, entendo que a Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT não pode, unilateralmente, isentar ou dispensar o pagamento de tarifas de usuários, mas cabe-lhe, como concessionária e à vista de demonstração de interesse público e utilidade comunitária, e da viabilidade econômico-financeira, postular ao Poder Concedente a respectiva concessão a determinadas categorias de usuários, no caso, Municípios, através de suas Prefeituras Municipais.

É o parecer.

Porto Alegre, 22 de dezembro de 1993.

FINANCIAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS PELA ANTECIPAÇÃO DE TRIBUTOS

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor na Faculdade de Direito da UFRGS e na
Escola Superior de Advocacia do Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER Nº 10176

MUNICÍPIO DE ELDORADO DO SUL.
FINANCIAMENTO DIRETO DE OBRA
PÚBLICA PELOS CONTRIBUINTEs –
impossibilidade constitucional de isenção
compensatória – Competência do Senado
Federal para fixar limites de endividamento
e autorizar operações de crédito dos entes
públicos – Viabilidade jurídica de antecipa-
ção do recolhimento de tributos.

O Senhor Procurador-Geral do município de ELDORADO DO SUL encaminha consulta daquele Executivo Municipal relativa ao financiamento de obra pública, compensada através da concessão de isenção fiscal temporária.

Trata-se de pavimentação asfáltica de via pública municipal “a qual beneficiará diretamente duzentas (200) famílias, que têm as suas residências às margens desta rodovia, e 20.000 pessoas, indiretamente, que transitam diariamente pela mesma”.

Não dispondo a Prefeitura dos recursos necessários para a obra e não sendo viável a cobrança da contribuição de melhoria “pois já soube de antemão, que a grande maioria não tem condições de pagar a sua cota-parte”, busca agora a municipalidade encontrar alternativas econômico-financeiras que apresentem factibilidade jurídica.

Nesta direção, e através de contato com a Associação de Moradores, ficou constatado que um certo número de moradores está disposto “a bancar 100% da obra, através, quem sabe, de doação ao Poder Público.

O prefeito, em contrapartida, quer isentar os moradores, em número aproximado de vinte, do Imposto Predial e Territorial Urbano, por um período de 5 anos, aproximadamente, como uma medida de incentivo àqueles que participarem financeiramente desta obra”.

Ante a situação descrita, interroga em concreto sobre os seguintes pontos:

“Existe algum impedimento (à isenção)?”

De outra banda, é possível colocar papéis à venda, a fim de angariar esta soma, para posterior resgate?

Outra indagação que se coloca é a possibilidade da Prefeitura antecipar o recebimento de impostos. É possível?

É verdade que o fato gerador não ocorreu, porém pode o contribuinte colocar este numerário à disposição da Administração hoje, para futura compensação no imposto?

Esclarece, finalmente, que o custo total da obra gira em torno de cento e cinquenta mil dólares (US\$ 150.000,00).

É o relatório.

Passamos a responder as perguntas na ordem de sua apresentação e consoante os dispositivos jurídicos pertinentes.

Inicialmente, no que tange à concessão de isenção do IPTU, temporariamente (por cinco anos), àqueles que viessem a colaborar com a Administração Municipal, em compensação ao aporte financeiro que realizaram, e como uma medida de incentivo à concretização do mesmo, é necessário observar os princípios e regras jurídicas aplicáveis.

Em primeiro lugar destacamos o mandamento do art. 37, “caput”, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 37 – A Administração Pública Direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte”

Como se depreende da leitura imediata do texto, ainda que viesse a ser concedida uma isenção de tal tipo, através de lei municipal, restaria descumprido o princípio de impessoalidade, de vez que o benefício fiscal teria endereço certo, atingido um número identificável de contribuintes, em detrimento dos demais.

Também poderiam erguer-se dúvidas quanto à moralidade da iniciativa eis que ela se destinaria a recompensar contribuintes isolados, que teriam agido em causa própria, visto que o financiamento alvejaria interesse particular, e não buscaria o atendimento prioritário do bem público.

Além disso, o art. 150, inciso II, da Carta Magna do País, determina:

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Fica evidenciada, portanto, a impossibilidade constitucional da isenção constante da primeira hipótese formulada pelo consulente.

A segunda alternativa vincula-se à obtenção de recursos financeiros pela emissão de “papéis”, não ficando claro se trataria da contratação de empréstimo bancário ou do lançamento de títulos.

Seja como for, além da questão da aceitabilidade de tal proposição pelo mercado financeiro, o que não parece fácil na atual conjuntura econômica, resta ver o estrito controle do Senado Federal sobre tais operações, o que pressupõe rígida comprovação da sanidade das finanças locais além de minucioso exame da operação pretendida.

Tais exigências decorrem da competência outorgada ao Senado Federal, conforme dispõe o art. 52, V, VI, VII, e IX do Diploma Político nacional, verbis:

“Art. 52 – Compete privativamente ao Senado Federal:

V – autorizar operações externas de natureza financeira de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VI – fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do DF e dos Municípios;

VII – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal;

IX – estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do DF e dos Municípios.”

Pelo exposto verifica-se que, não sendo impossível a opção por essa solução, é extremamente complexa e demorada a sua execução.

Restaria, então, considerar a terceira e última opção apresentada, qual seja a antecipação do recebimento de impostos.

Em realidade tratar-se-ia de uma espécie de crédito tributário, em função de uma antecipação de recursos financeiros para viabilização de obras públicas.

Nessa linha de raciocínio, haveria um adiantamento por conta do débito fiscal futuro, ou seja, ao contribuir com numerário para concretização de uma obra, teria o contribuinte registrado esse valor em unidades fiscais do município, escrituradas em seu nome, e com elas poderia vir a quitar, futuramente, toda e qualquer espécie de tributo municipal (imposto, taxa ou contribuição de melhoria).

Estamos diante de uma forma de antecipação de receita a custo zero, o que representaria uma grande vantagem financeira para o município em relação a qualquer outra fonte de captação de dinheiro.

Logicamente algumas pré-condições devem ser obrigatoriamente preenchidas, tais como:

a) a operação deve ser voluntária, da parte do contribuinte, que acorrerá ao programa em razão do seu reconhecimento da importância da obra.

b) a autorização legislativa deve preceder o início de tal programa.

c) a participação deve estar aberta a todos, com o que fica contornado o tratamento desigual ou privilegiado, e cumprido o princípio da impessoalidade, fazendo-se o rateio da obra entre os inscritos para um projeto específico, não sendo necessário que este rateio se mostre absolutamente igualitário.

d) deve a administração local divulgar seu programa de obras e os projetos específicos que contém, fazendo-se a inscrição dos interessados por projeto.

Obedecidos estes requisitos, não deparamos com empecilho constitucional ou legal para que se abra um novo canal de viabilização do atendimento das necessidades coletivas, respeitado o interesse individual prioritário em cada projeto.

Considere-se, ainda, que uma obra como aquela invocada (pavimentação de via pública) virá valorizar os imóveis atingidos, com repercussão fiscal positiva, dada a majoração dos valores venais para fins de planta de valores, que constitui a base de fixação do IPTU, por exemplo.

Ante o exposto, podemos concluir:

1) A concessão de isenção temporária do IPTU, ainda que para compensar alguns contribuintes que bancaram financeiramente obra pública é inadmissível, pois violaria o princípio basilar da igualdade, obrigatório para a administração pública.

2) A busca de crédito ou lançamento de títulos é juridicamente aceitável, todavia envolve tamanha complexidade e tal número de operações que se afasta do horizonte concreto dos municípios.

3) A antecipação do recebimento de tributos, autorizada legislativamente, e ofertada a todos os contribuintes que o desejassem, além de juridicamente viável apresenta-se como a fórmula mais prática e expedita de acorrer com recursos necessários para viabilizar a programação de obras que, de outra maneira, ficariam postergadas e alheias ao interesse da comunidade.

Este é, s.m.j, o parecer.

Porto Alegre, 20 de junho de 1994.

TRABALHOS FORENSES

CONVERSÃO EM URV DOS SALÁRIOS DOS SERVIDORES DO IPERGS

1 - REQUERIMENTO

ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA e
NEI GILVAN GATIBONI
Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. JUIZ DO TRABALHO,
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA QUARTA REGIÃO

O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - IPERGS, autarquia do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, estabelecido nesta cidade de Porto Alegre, na Av. Borges de Medeiros, 1945, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., através da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, órgão com atribuição constitucional de representação judicial das pessoas jurídicas de direito público, conforme a Constituição Federal, arts. 131 e 132, e na Constituição Estadual, arts. 114 e 115, impetrar o presente **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato praticado pela EXMA SRA. DRA. JUÍZA DO TRABALHO, PRESIDENTE DA MM. 18ª DE PORTO ALEGRE, pelas razões de fato e de direito que a seguir expõe.

DOS FATOS

A MMª Juíza Presidente da 18ª JCJ de Porto Alegre, nos autos do processo cautelar nº 364.18/94, em que são partes o SINDICATO DOS SERVIDORES DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL-SINDIPE, requerente, e o IMPETRANTE, requerido, concedeu LIMINAR, onde determinou ao Presidente da Autarquia que "...converta os salários dos substituídos no mês de abril em URV, na forma da lei. Ante a proximidade do dia do pagamento, caso não seja possível o cumprimento do mandado já na data de hoje, estabeleço o prazo para pagamento da diferença do salário do mês de abril, referente à conversão

ora determinada, contada até o dia do pagamento, na data de 03 de maio/94”, determinando a citação do requerido para os efeitos do art. 802 do CPC.

O Mandado Para Cumprimento de Citação foi recebido pela Presidência do IPERGS, no dia de hoje, às 9h30min.

DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

A impetração do presente “writ” faz-se necessária, à vista da inexistência de remédio jurídico outro, que permita suspender a decisão, ou seja, não há, para o caso, recurso com efeito suspensivo, bem como é cristalina a lesão a direito líquido e certo, como será exposto.

Sobre o cabimento do “mandamus,” a jurisprudência é remansosa, inclusive nesse Colendo Regional, permitindo-se a reprodução das seguintes ementas:

“Ementa: Mandado de Segurança. Cabimento. Existência de recurso sem efeito suspensivo, aliado à ocorrência de lesão a direito líquido e certo.”

(Ac. TRT-MS 66/89-2º Grupo de Turmas do TRT da 4ª Região)

“Ementa: Mandado de Segurança. Decisão em ação cautelar que satisfaz prévia e plenamente possíveis direitos dos autores. Execução definitiva. Segurança concedida.”

(Ac. TRT-MS-122/89-2º Grupo de Turmas do TRT da 4ª Região)

“Ementa: Mandado de Segurança. É cabível contra despacho que concede liminar em ação cautelar inominada, garantindo à professora requerente a permanência provisória no local de trabalho de origem (...).”

(Ac. TRT-MS-94/88-1º Grupo de Turmas do TRT da 4ª Região)

“Ementa: Mandado de Segurança. Decisão em ação cautelar que satisfaz prévia e plenamente possíveis direitos dos autores. Execução definitiva. Segurança concedida.”

(Ac. TRT-MS-122/89-2º Grupo de Turmas do TRT da 4ª Região)

“Concede-se segurança contra decisão que pretende impor efeitos condenatórios à decisão proferida em cautelar preparatória.”

(Ac. SDI-979/90-Proc. TST-RO-MS-392/89.9)

“EMENTA: Mandado de Segurança cabível, quando o recurso previsto não tem efeito suspensivo e o ato reputado como ilegal alcança direito substancial da parte.”

(Ac. MS-71/89-2º Grupo de Turmas do TRT da 4ª Região)

Como se viu, o presente Mandado de Segurança é cabível, em função de que se busca sustar liminar em processo cautelar, com caráter eminentemente satisfativo.

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Os substituídos são servidores públicos ESTATUTÁRIOS, regidos pela Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, publicada no DOE de 08/04/94 (Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul), da qual transcreve-se:

“Art. 276 – ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores estatutários da Administração Direta, das autarquias e das fundações de direito público, inclusive os interinos e extranumerários, bem como os servidores estabilizados vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943.

...

Art. 277 – São considerados extintos os contratos individuais de trabalho dos servidores que passarem a integrar o regime jurídico na forma do artigo 276, desta lei, ficando-lhes assegurada a contagem do tempo anterior de serviço público estadual para todos os efeitos, exceto para os fins previstos no inciso I do artigo 151, na forma da lei.

...

Art. 288 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a contar de 1º de janeiro de 1994”.

O regime estatutário dos reclamantes afasta definitivamente da Justiça do Trabalho a competência para julgar o feito, uma vez que deixam de configurar-se as hipóteses dos artigos 2º e 3º, passando a incidir o artigo 7º, alíneas “c” e “d”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A competência constitucional da Justiça do Trabalho, fixada no artigo 114 da Constituição Federal, alcança os entes de direito público apenas quando revestidos da condição de empregadores. “Outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” somente podem ser apreciadas pela Justiça do Trabalho, mediante previsão em lei específica, o que inexistente para este caso.

A competência para apreciar a demanda é de uma das Varas da Fazenda Pública Estadual, nos termos do disposto no artigos 94 e 100, IV, “a”, do Código de Processo Civil, e artigo 84, inciso V, da Lei Estadual nº 7.356/80 (COJE).

DESCABIMENTO DA LIMINAR

Em virtude de todos os argumentos acima expostos, especialmente a inexistência do “periculum in mora” e do “fumus boni iuris”, a liminar não poderia ter sido concedida, impondo-se a sua cassação.

E, além disso, a liminar não pode ser concedida, em virtude da vedação expressa na Lei nº 8.437, de 30/06/92, aplicável ao presente caso.

“Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 1º – Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

...

§ 3º – Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”

Lei nº 4.348, de 26/06/64:

“Art. 5º – Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”.

Lei nº 5.021, de 09/06/66:

“Art. 1º – ...

§ 4º – Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

Impõe-se, portanto a cassação da liminar, pois não seria possível a sua concessão em mandado de segurança e, evidentemente, esgotaria o objeto da ação.

CONTEÚDO SATISFATIVO DA LIMINAR

A presente ação cautelar tem caráter eminentemente satisfativo, bem como a liminar deferida, impondo-se a sua cassação.

Em vez de limitar-se a assegurar o resultado útil do processo principal, a liminar concedeu a antecipação do pedido principal.

A jurisprudência tem sido caudalosa em rejeitar a cautelar satisfativa, conforme demonstram os julgados a seguir transcritos:

“Ação cautelar. Descabimento. A ação cautelar possui natureza instrumental, sendo meramente preparatória da ação principal; não pode, pois a decisão proferida em medida desta natureza, revestir-se de feição tipicamente condenatória, absorvendo a demanda principal, tomando-a, mesmo, desnecessária; objetivando não a segurança do resultado útil do processo principal mas o próprio bem, em sentido amplo, a ser objeto daquele. Hipótese em que o caráter satisfativo da medida acautelatória, que tem pedido comum e idêntico ao da ação principal, implica no seu descabimento.” (Acórdão REO-RO 06/89, TRT 4ª Região, 4ª Turma)

“Medida Cautelar Inominada. Descabimento. Pretensão Satisfativa. A medida cautelar tem como escopo ser a instrumentalidade de outro processo, assegurando o resultado útil de um provimento jurisdicional definitivo proferido na ação principal. Como ela não atua como um fim em si mesmo e não traz a finalidade declaratória da existência ou inexistência de um direito, não pode ter natureza satisfativa, sob pena de confundir-se os pressupostos de probabilidade, inerentes ao procedimento cautelar, com os juízos de certeza, ínsitos da ação principal. Reintegração de empregado público demitido pelo Estado não se constitui em procedimento compatível com Cautelar, por encerrar provimento definitivo que não se afina com sua natureza; contraditório somente alcançável pela via de ação condenatória apropriada para a finalidade.” (Acórdão REO-RO-30/89, TRT 4ª Região, 4ª Turma)

“Ofende direito líquido e certo da empresa, apreciável via mandado de segurança, a concessão de liminar, em cautelar, que antecipa o resultado do “devido processo legal”, inexistindo o periculum in mora.” (Acórdão TST, SDI-333/92, publicado no DJU de 15/05/92, página 6846)

INAPLICABILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA - URV

Os reajustes salariais estabelecidos na legislação federal, para os trabalhadores em geral “gatilhos salariais”, URV's e outros – não atingem os servidores públicos estaduais, celetistas e estatutários, da administração direta e autárquica porque estes têm reajustes salariais estabelecidos nas leis estaduais, não se submetendo à lei federal, ante a reserva constitucional da competência dos ESTADOS-MEMBROS FEDERADOS, quanto à organização de seu quadro de servidores e à remuneração dos mesmos, por força do estabelecido no art. 13, V, CF/69, e porque incompatível o reajuste automático de salários com o disposto no art. 13, III, da mesma CF, pois que o sistema automático no reajuste dos vencimentos importa em aumento da despesa do Erário Público, o que é da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, pois o disposto no art. 57, II, CF/67, aplica-se aos Estados, conforme disposto no já citado art. 13, III e V e, ainda, das disposições contidas no art. 200, da mesma Carta Magna, que permitem a incorporação, pelos Estados, no cabível, das disposições contidas na mesma Constituição. Já o art. 60, CF/69, incisos e parágrafos, estabelecia que as despesas públicas devem obedecer à lei orçamentária e não podem oscilar, mensalmente, se o orçamento é anual, não podendo haver interferência da legislação federal, no trato do pessoal e de seus vencimentos e vantagens, ante a reserva da autonomia estadual quanto ao assunto.

As normas constitucionais, então vigentes, foram reprisadas pela Carta Magna em vigor, por força do disposto nos arts. 25, 37, XIII, 165 e seguintes.

Assim, a liminar malferiu todos os dispositivos constitucionais apontados, vigentes nas Constituições Federais de 1969 e 1988.

A jurisprudência, no resguardo da Lei Maior, tem se orientado no mesmo sentido, conforme se pode ver a seguir:

“A administração pública federal, estadual e municipal, pode rever os seus atos, revogando-os ou anulando-os. No caso, a alteração de nível salarial, relativa a determinada categoria profissional é da competência dos Estados, não se sobrepondo a lei federal.”

(RO-AR-0574/82.2-Ac. TST-Pleno-SDI-4345/89-1aR. public. DJU 27.4.90, p. 3461)

“Servidor público estadual. Vencimentos. Questão afeta à auto-organização dos Estados e suas finanças públicas. Matéria reservada, no plano legislativo estadual, à exclusiva iniciativa do Governador.”

(RO-606/89-2ªT. 416/90-TRT 10ª R, publ. DJU 17.05.90, p. 10102)

Impõe-se, ainda, sejam consideradas outras normas contidas na atual Carta Magna Federal, como, por exemplo as que dizem respeito ao limite máximo que a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, podem estabelecer em seus orçamentos com gastos em pessoal, limite este fixado, até edição de lei complementar, em 65% e que não poderá ser ultrapassado conforme art. 169, CF/88 e art. 38 do ADCT da mesma carta. O art. 169 vai mais longe e deixa bem nítida a autonomia dos Estados, União e Municípios no que se refere aos vencimentos e vantagens de seus servidores, quando só os permite se houver dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e, ainda, se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (art. 169 e incs. I e II, CF/88).

O dispositivo é abrangente, não distinguindo entre servidores celetistas e estatutários. A regra é, portanto, geral, definida, quanto a gastos com pessoal público, quanto à remuneração, ingresso, “a qualquer título”, no serviço público, deixando cristalina a AUTONOMIA DOS ESTADOS.

O próprio TST, apreciando feito em que debatida a mesma matéria e em que envolvido o Estado do Rio Grande do Sul, já vem adotando essa posição, compartilhada com o próprio STF e outros Tribunais.

A decisão do TST que se transcreve não deixa dúvida a respeito da autonomia dos Estados, quanto à organização de seu quadro de pessoal e vencimento desse:

“DIFERENÇAS SALARIAIS. SERVIDORES ESTADUAIS. Os servidores públicos estaduais e suas autarquias têm os reajustes salariais previstos nas leis estaduais, não se submetendo à lei federal, ante a

reserva constitucional da competência dos estados federados, quanto à organização de seu quadro de servidores e à sua remuneração (art. 13, V, da CF/69). Ademais as despesas públicas devem obedecer à lei orçamentária (art. 60, da CF/69). A autonomia estadual não pode ser atingida. Recurso de revista provido em parte”. (RR – 25502/91.5 – TST-3ªT – 4ª REGIÃO, public. DJU 14/08/92, P. 121368)

Ante isto, resta evidente que em nome da manutenção da autonomia dos Estados não pode prevalecer a decisão que concedeu liminar para conversão dos salários dos servidores do IPERGS em URVs.

Isso não fosse suficiente, tenha-se presente que tal conversão foi determinada por medida provisória (456), reeditada (482), não estando esta isenta de, quando de sua transformação em Lei (art. 62, CF/88) sofrer alterações e, portanto acarretar prejuízos ao impetrante no caso de cumprimento da ordem judicial.

Mais, o art. 21 da Medida Provisória 482, publicada no DJU desta data, é específico para servidores dos Poderes e do Ministério Público da União, o que por si afasta, “in limine”, a obrigatoriedade de conversão dos vencimentos dos servidores do IPERGS.

Ante o exposto, resta clara a inexistência de “*fumus boni iuris*” na cautelar ajuizada, cuja liminar foi deferida, pois que afrontante o pedido à legislação aplicável à questão, mormente, o disposto na Carta Magna Federal.

Como se vê, a fim de preservar-se o erário público de prejuízos iminentes, por decisão que não pode ser mantida, pelas razões expostas, necessária se faz a concessão de segurança ao presente “*writ*”, já em liminar, pois que exsurge, de forma indubitável, o direito líquido e certo do impetrante, pois evidente o prejuízo, bem como o amparo legal para invocar a proteção do “*mandamus*”.

INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA

A ação cautelar é destinada a assegurar o resultado útil do processo principal, “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798, do Código de Processo Civil).

Esta hipótese não pode ocorrer neste caso, pois o réu é entidade de direito público, Autarquia Estadual.

Se a demanda principal for julgada procedente, o requerente poderá promover a execução da sentença contra a autarquia, na forma prevista em lei.

Não há como o Autarquia frustrar a execução da sentença, nem é possível, neste caso, que sobrevenha lesão grave ou de difícil reparação ao direito do requerente.

Por outro lado, nenhum prejuízo há ao requerente em aguardar-se a solução do processo principal.

Portanto, inexistente "periculum in mora".

Ao contrário, para a Autarquia existe grave prejuízo em antecipar o pagamento, pois na hipótese de improcedência da ação principal resultaria impossível o ressarcimento da Autarquia, com o efetivo reestabelecimento da situação anterior.

IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE CUMPRIMENTO DA LIMINAR

Afora os argumentos antes trazidos, há que se ter presente, ainda, que é impossível ao impetrante dar cumprimento à decisão, nos termos em que firmada.

Primeiro, por completa impossibilidade de, no prazo estabelecido, "rodar" folha de pagamento com as alterações provenientes da decisão judicial.

Segundo, tendo em vista a completa imprevisão orçamentária, relativamente à medida judicial concedida ao sindicato na cautelar, não há qualquer possibilidade financeira de pagamento do benefício judicialmente concedido.

Assim, carece de condições, o impetrante, quer de cunho operacional, quer de numerário, para dar total e completo cumprimento à liminar.

Ante o exposto, por mais essas razões, necessário se faz a concessão de segurança pleiteada, em liminar, para fins de suspender a exigibilidade da liminar concedida, até final julgamento da ação principal respectiva.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência, acolhendo as razões apresentadas pelo impetrante:

a) suspender liminarmente a execução da liminar deferida pela Exma. Sra. Juíza do Trabalho Presidente da 18ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre;

b) determinar seja o presente feito processado na forma da lei, notificando-se a autoridade coatora, determinando-se a participação do Ministério Público, prosseguindo-se até final concessão do "mandamus", confirmando-se a liminar e deferindo-se a segurança pleiteada, como forma de integral

JUSTIÇA!

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 29 de abril de 1994.

2 - DESPACHO DEFERITÓRIO

Proc. nº 94.008881-9 MS

Impte: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - IPERGS

Impdo: ATO DA JUÍZA PRESIDENTE DA 18ª JCJ DE PORTO ALEGRE

Vistos, etc.

O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS, através do presente "writ", sustentando:

1. Incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, face a liminar atingir servidores públicos estatutários;

2. Vedação expressa na Lei nº 8.437, de 30.06.92;

3. Inexistência de "periculum in mora";

4. Impossibilidade material de cumprimento;

5. Inaplicabilidade da Medida Provisória:

a) por que importaria a conversão salarial em URV tão só aos servidores dos poderes da União e do Ministério Público da União;

b) porque os "estaduais" não se submeteriam, em questão remuneratória, à Lei Federal, ante a reserva constitucional de competência dos Estados-Membros-Federados; e

6. Conteúdo satisfatório da liminar, pretende a suspensão da execução de medida liminar concedida em Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Sindicato dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - SINDIPE, na qualidade de substituto processual, perante a 18ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre - Processo nº 364.18/94, que determinou a conversão dos "...salários dos substituídos no mês de abril em URV, na forma da Lei."

Efetivamente, a medida liminar, tal como foi concedida pela Meritíssima Juíza Presidente da 18ª JCJ de Porto Alegre, sem adentrar no exame preliminar das várias questões argüidas no "mandamus", revestiu-se de caráter satisfativo ao determinar referido procedimento, em flagrante oposição ao disposto na Lei nº 8.437/92, art. 1º, parágrafo 3º.

Tal decisão afronta o amplo direito de defesa a todos concedido pela atual Magna Carta, desconhecendo, também, o duplo grau de jurisdição garantido ao Poder Público Estadual através do Decreto-lei nº 779/69.

Ressalte-se que mesmo as sentenças de mérito proferidas contra o Estado em processos corretamente instruídos não têm efeito imediato, sujeitando-se a confirmação em segundo grau, a teor do que dispõe o art. 475, do CPC.

Assim sendo, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, determino a suspensão da execução da liminar concedida em primeira instância.

Comunique-se imediatamente, inclusive ao Ministério Público, remetendo-se cópia deste, com seu inteiro teor.

Após, distribua-se na forma regimental, para as providências de estilo.

Porto Alegre, 29 de abril de 1994

Vilson Antônio Rodrigues Bilhalva
Vice-Presidente do TRT/4ª Região
no exercício da Presidência

AÇÃO POPULAR CONTRA ANISTIA DE MULTAS POR INFRAÇÃO

CONTESTAÇÃO

HELENA ACAUAN PIZZATO
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Processo nº 01192356762 – AÇÃO POPULAR

Autores: TITO MONTENEGRO BARBOSA JUNIOR E OUTRO
Réu: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial, nos autos do processo em epígrafe, vem à presença de Vossa Excelência, apresentar CONTESTAÇÃO, nos termos e, pelos fundamentos a seguir deduzidos.

I. PRELIMINARMENTE

A. Dos pressupostos processuais

1. Da carência de ação.

1.1 Entendendo inconstitucional a Lei Estadual 9.719/92 – posto que, em conflitância com o disposto no artigo 180, do CTN, afronta o princípio constitucional da hierarquia das leis – ajuizaram os autores esta ação, objetivando obter provimento liminar no sentido da suspensão total, ou, apenas parcial, da eficácia do ato impugnado, postulando, a final, pela procedência da ação, declarada nula, em sua integralidade, a Lei Estadual impugnada, ou, “em assim não entendendo esse juízo, para pelo menos, retirar dela o cancelamento de créditos decorrentes de multas incidentes sobre infrações materiais qualificadas...”, com a condenação “das autoridades

des e beneficiários, solidariamente, ao pagamento de perdas e danos... acrescidos os juros e correção monetária, na forma da lei, por isso que ofensivo à **moralidade administrativa**.

Todavia, foi indeferida a liminar, não obstante a argumentação dos autores, a teor do despacho de fls. por entendido não implementado pressuposto hábil a autorizar a sua concessão.

1.2 De início, cumpre observar, como preleciona LIEBMAN, que o direito de ação, não obstante sua abstratividade, só pode ser exercido mediante a configuração de determinados pressupostos. É dizer, o direito de ação para ser validamente exercido está condicionado a **limitações** legalmente estabelecidas, seja, ao preenchimento das denominadas **condições de ação** ou **condições de admissibilidade da ação**.

Não se afastou desse entendimento o direito processual civil brasileiro ao elencar, no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, como condições de ação a **possibilidade jurídica**, o **interesse processual** e a **legitimidade das partes**, determinando, no artigo 295, o indeferimento da inicial, por **inépcia**, nas hipóteses previstas no parágrafo único do mesmo dispositivo.

Em assim sendo, não obstante silenciando a respeito a Lei nº 4.717/65, por certo são aplicáveis tais regras à ação popular.

1.3 Consubstancia a ação popular, sem sombra de dúvida, o remédio jûris, constitucionalmente previsto para a obtenção da nulidade, ou anulabilidade de atos ilegais e lesivos ao patrimônio público ou ofensivo à moralidade administrativa.

Não obstante, como afirma BIELSA, embora o móvel da ação popular não seja apenas restabelecer a **legalidade**, "mas também punir ou reprimir a **imoralidade administrativa**", os doutrinadores têm firmado a indispensabilidade de serem atendidos os pressupostos subjetivos e objetivos hábeis a fundamentar o exercício válido do direito de ação, como expressos na norma constitucional: **condição de eleitor** ("legitimatío ad causam"), **ilegalidade e lesividade do ato**, sem cuja confluência não se viabiliza a ação popular.

É dizer, como fixa HELY LOPES MEIRELLES, que, em não se tratando de ato enquadrável nas hipóteses do artigo 4º, da Lei Regulamentar (Lei 4.717/65), para os quais resulta legalmente prevista a presunção de lesividade, **nos demais casos, impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular** (Mandado de Segurança - Ação Popular ..., Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 91).

E, somente configurar-se-á **ato lesivo** ao patrimônio público, na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, com a consumação da lesão, posto que, antes da concretização do ato, torna-se impossível a comprovação da ocorrência de tal requisito que é da essência da demanda popular (Ação Popular Constitucional, Ed. Rev. dos Trib., págs. 113/114).

1.4 Significa, assim, que do ato acimado de **ilegal e lesivo**, seja administrativo, jurisdicional ou legislativo, devem decorrer **efeitos concretos** e, pois, **incabível a ação popular contra a lei em tese** (RT 220/367, 310/509 e 515/75).

Ora, na hipótese dos autos, não se está a impugnar ato legislativo de que decorram efeitos concretos, seja, que já traz incitas as conseqüências imediatas de sua atuação, sendo, pois, **ato formal e materialmente legislativo**.

Em realidade, a pretensa imoralidade administrativa está sendo sustentada a partir da **invalidade** da lei estadual em que se apoiou o chamado "balcão de negociações".

Erigiu-se em prejudicial ao juízo da legalidade e da moralidade a própria ilegalidade da norma estadual. Vale dizer, os autores pretendem, através da ação popular, verdadeiro exercício de **controle da constitucionalidade** da lei atacada.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência dominante que:

"... A ação popular, que pressupõe ilegalidade do ato e efetiva lesividade ao patrimônio público, é via imprópria para o controle da constitucionalidade e meio inidôneo para a desconstituição de ato legislativo de abrangência genérica. Assim, não pode o Poder Judiciário, através da ação popular, suspender a aplicação de qualquer lei pelo seu exame em tese." (RT 561/72).

Ora, como afirma HELY LOPES MEIRELLES, a nulidade de uma lei só é declarável em **representação de inconstitucionalidade**, não sendo, pois, viável argüí-la em sede de ação popular, seja, em **ação popular não se anula norma legal, mas tão-somente o ato dela decorrente**, até porque, como expressa, **invalidar a lei, retirando-a do mundo jurídico, para que não produza nenhum efeito, equivale (...) à intromissão do Judiciário no Legislativo, o que é vedado pela Constituição** (Estudos e Pareceres ..., v. IX, p. 373).

De reconhecer, portanto, que a pretensão dos autores, por dirigida, repita-se, à obtenção de nulidade de **lei em tese**, visa, em realidade, à declaração de inconstitucionalidade da lei (ato normativo) impugnada, viabilizada tão-somente por ação própria, a **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, para cujo ajuizamento carecem os requere-

rentes da **legitimatío ad causam**, posto que, nos termos da Lei Maior, legitimados para a propositura da ação somente as pessoas taxativamente elencadas na norma constitucional (CF, arts. 102 e 103).

Então, no caso concreto, o **ato legislativo** impugnado – Lei Estadual nº 9.719/92 – não é, à evidência, **lei de efeito concreto**, posto que não traz em si o resultado de seu comando, consubstanciando, de um lado, uma **faculdade** (poder) dirigida ao particular – em absoluto dispensável a manifestação de vontade do destinatário da regra legal – impondo, de outro, a obrigatoriedade de verificação (dever) – por parte da Administração – quanto ao atendimento, ou não, dos termos e condições que estabelece.

Evidente, assim, que a Lei em referência é inoperante por si mesma, até porque não cria direito subjetivo algum, mas mera **faculdade**. Necessária, pois, de um lado, a expressa manifestação de vontade do interessado – faculdade posta **in actu** – e, de outro, a edição de ato administrativo de aplicação (**poder-dever**), através do qual resultem implementadas as condições legais para que se especialize àquela faculdade.

É que, na hipótese, não basta a vigência da lei ou a exteriorização de vontade do destinatário legal (contribuinte), indispensável a edição de ato **ulterior** para a plena eficácia da lei, é dizer, para a **irradiação de efeitos concretos**.

1.5 De conseqüência, não tautológico sinalar, porque a Lei Estadual 9.719/92 é lei tipicamente normativa, vez que apenas estabelece regras destinadas a prevenir ou pôr fim a litígios – judiciais ou administrativos (arts. 7º e 8º) – nas hipóteses e formas previstas, ficando sua efetivação – por força de **normas condicionantes** da faculdade legalmente estatuída – na dependência da verificação do atendimento aos requisitos que estabelece, por certo **não tem efeitos equiparáveis aos de atos administrativos**, tanto mais que, não prevendo a **exclusão** do crédito tributário relativo às multas fiscais (CTN, art. 180), contém, apenas, **regras expressas**, possibilitando à administração concretizar **transação** e, pois, destinadas à **extinção** desse mesmo crédito (CTN, arts. 156 e 171).

E, em assim sendo, se a declaração de nulidade da lei estadual frente à Constituição Federal só pode ser obtida no processo especial de arguição de inconstitucionalidade, regido pela Lei Maior (arts. 102 e 103), torna-se evidente a carência de ação popular para a **anulação** da Lei Estadual 9.719/92, por isso que, ausente a **possibilidade jurídica** para o atendimento da pretensão deduzida nestes autos (CPC, art. 267, VI c.c. art. 295, parág. único, inc. II), impondo-se, em decorrência, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por inviabilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, **caput**), o que, desde logo, se requer.

1.6 Ainda no que diz com a carência de ação, de mister sinalar que o pedido de procedência, assim como formulado, resulta incompatível com os fundamentos da ação popular interposta.

Em verdade, se a causa de pedir – os **fundamentos jurídicos** da demanda popular – exsurge da confluência de dois pressupostos, o vício (**ilegalidade**) que macula o ato e a lesão causada ao patrimônio público ou à moralidade administrativa e, se a ação popular, no direito brasileiro, tem por objetivo precípua restaurar a integridade do patrimônio público lesado, ou a moralidade administrativa, por certo não se configura como meio processual próprio para, **declarar nula, em sua integralidade a lei em tese ou, para retirar dela (Lei 9.719/92) o cancelamento de créditos decorrentes de multas incidentes sobre infrações materiais qualificadas ...**

De conseqüente, ainda que, para argumentar, os autores tivessem razão, teriam que ajuizar ação própria, a **AÇÃO DECLARATÓRIA**, com a finalidade de obter provimento jurisdicional no sentido de ser **declarado**, por sentença, que a Lei 9.719/92, convenientemente interpretada, à luz do disposto no artigo 180, do CTN, não se aplicaria às hipóteses expressas nesses dispositivos legais (incisos I e II).

Segue-se, nessa linha de raciocínio e, também, por razão de lógica jurídica, a total carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI).

2. Dos pedidos alternativamente cumulados – da inépcia da inicial

2.1 Impende salientar, nesse contexto, que a Lei Processual Civil, em estabelecendo, no inciso III do artigo 282, a indispensabilidade de constar da peça vestibular **os fatos e os fundamentos jurídicos** do pedido, por óbvio refere **condição essencial** ao deferimento, ou não, da peça vestibular.

De observar, todavia, que a lei não exige a declinação do fundamento legal, mas sim, os **fundamentos jurídicos** do pedido, que constituem a **causa de pedir** (JTA 120/277).

Com efeito, consoante nossa melhor doutrina, a causa de pedir – **causa petendi** – está referida ao fato, ou conjunto de fatos suscetíveis de produzir, por si, o efeito pretendido pelo autor (Resp. 2.303-RS, DJU de 24.09.90, p. 9.983). Significa, como afirma Ovídio A. Baptista da Silva, em obra escrita em colaboração, que cada demanda deve ser identificada, não só “pelo respectivo pedido, mas, também, pelos **fatos e fundamentos**

jurídicos que qualificam e substanciam o pedido (art. 282, III, c.p.c.)' – in Teoria Geral do Processo Civil, Letras Jurídicas Editora Ltda., POA, 1983, p. 251).

Demais, se é certo que a lei adjetiva admite a formulação de pedidos alternativos, inegável estar inviabilizado, ao autor, formular, alternativamente, **pedidos incompatíveis** entre si, vez que, no dizer do autor citado,

*“Não se deve, porém, confundir pedido alternativo, correspondente às obrigações alternativas, com pedidos, **alternativamente cumulados**. Lá, a demanda é uma só, com um único pedido. Aqui, estamos em presença não de uma demanda, mas de duas ou mais demandas cumuladas. A cumulação de pedidos é que tem um sentido de alternatividade.”* (op., cit., p. 252).

2.2 Outrossim, não demasia gizar que, nos termos do Diploma Processual Civil, a petição inicial será indeferida por **inepta**, em resultando configurada qualquer das hipóteses enumeradas nos incisos do parágrafo único do artigo 295.

Bem de ver, pois, no caso em exame, ressalta a **inépcia da petição inicial**, por isso que, a par de não implementado pressuposto essencial – **da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão** (CPC, art. 295, parágr. único, inc. II) – exsurge dos autos que os pedidos **são incompatíveis** entre si.

De fato, ao argumento da ilegalidade do ato – por contrariedade ao artigo 180, do CTN – e, da lesividade ao patrimônio público e à moralidade administrativa, formulam os autores pedidos **alternativamente cumulados** (item f), seja, a procedência da ação para:

a) declarar a nulidade da Lei 9.719/92, **em sua integralidade**;

b) ou, para, pelo menos, **retirar da lei o cancelamento de multas incidentes sobre infrações materiais qualificadas...**

2.3 Relativamente à postulação no sentido da declaração de integral nulidade da Lei 9.719/92 – item a) – a par de revelar-se absurda (item 1, retro), confronta com os próprios fundamentos sob que embasada a pretensão, seja, **os fundamentos da ação** – contrariedade ao art. 180, da Lei Complementar Tributária.

É dizer, somente seria de admitir-se o pedido dos autores – nulidade da Lei 9.719/92, em sua integralidade – se, **ad argumentandum tantum**, não se tratando de **lei em tese**, o ato legislativo estivesse concedendo o benefício da 'anistia' e, apenas para as multas decorrentes de infrações tributárias correspondentes a 'crimes e contravenções', ou praticadas com dolo, fraude ou simulação (CTN, art. 180, I), o que, em absoluto resta configurado na espécie.

Ora, se, como diciona PAULO DE BARROS CARVALHO, possível visualizar no vocábulo **anistia** duas acepções, seja, a de "perdão pelo ilícito e a de perdão da multa", mostra-se equivocado, em realidade, o entendimento dos autores, não apenas quanto à natureza jurídica do instituto sob que versam as normas insertas na lei estadual impugnada, como, também, porque, em fazendo uma interpretação **restrita e especiosa** das regras legais, deixam de atentar para o objeto e abrangência dessa mesma lei, seja, que está direcionada a **todos** os contribuintes em mora, abrangidos os créditos tributários **constituídos** até a data de sua vigência (art. 1º) e, relativos às **multas fiscais** decorrentes de **infração tributária** (Curso de Direito Tributário. Saraiva, 1991, p. 337).

De fato, inquestionável que o artigo 180, do CTN há de ter uma interpretação mais abrangente, na medida em que referido ao instituto da **anistia fiscal** – em nenhum momento identificada à **anistia política** – comporta o exame do instituto em sua integralidade e, não apenas quanto às vedações que estabelece, estando direcionado, precisamente, aos Estados e Municípios (ALIMAR BALEEIRO. Direito Tributário Brasileiro, 1981, p. 599).

Em assim sendo, de salientar que não assiste razão aos autores, até porque, como afirma PAULO DE BARROS CARVALHO,

“A interpretação mais racional do art. 180, I e II, cremos, é a que exclui os crimes fiscais, contudo admite que a lei instituidora da anistia possa incluir as infrações meramente tributárias, praticadas com dolo, fraude ou simulação, entre elas o conluio.” (op., cit., p. 339).

Logo, oportuno repetir, o pedido de declaração da nulidade da Lei Estadual 9.719/92, em sua integralidade, resulta inteiramente contraditório com os **fundamentos da ação** – contrariedade ao art. 180, do CTN – somente sendo de admitir-se, **logicamente**, se a Lei impugnada estivesse direcionada **apenas** ao cancelamento e redução de multas decorrentes de infrações tributárias correspondentes a crimes, contravenções, ou praticadas com dolo, fraude ou simulação. E, tal não ocorre na hipótese, previsto o cancelamento ou a redução da multa para as espécies de infrações tributárias elencadas nos incisos do artigo 9º, no artigo 11 e no artigo 71, da Lei Estadual 6.537/73.

Em decorrência, convém, **data venia**, indeferida a inicial desta ação, por inepta (CPC, art. 295, parágr. único, II), com a conseqüente extinção do processo, nos termos do art. 267, do CPC.

2.4 Quanto ao pedido alternativo (item b), no sentido de ser **retirado** da lei estadual impugnada o **cancelamento** de créditos decorrentes de multas incidentes sobre infrações materiais qualificadas, como definidas no art. 7º, I, da Lei Estadual 6.537/73, importa apontar que, assim como expresso, resulta, não só inadequado aos fundamentos sob que proposta a ação popular, como se mostra **incompatível** com o pedido de nulidade da Lei 9.719/92, em sua integralidade.

Em verdade, evidencia-se a **incompatibilidade** entre os pedidos alternativamente cumulados em constatado que os autores, ao tempo em que pedem seja declarada **nula**, em sua integralidade, a Lei Estadual em questão, **alternativamente**, postulam, em sendo julgada de sua improcedência, que o Juiz, considerando válida e legítima àquela lei, declare que suas normas não se aplicam às hipóteses elencadas nos incisos I e II do artigo 180, do Código Tributário Nacional.

Ou, dito de outro modo, como decorre da lição de OVIDIO A. B. DA SILVA, a **incompatibilidade** se revela porque o pedido alternativo pressupõe **lei válida e legítima**, ao passo que no pedido principal os autores sustentam, exatamente, a **invalidade** (nulidade) da Lei Estadual 9.719/92, em **sua integralidade** (op., cit., p. 252).

De conseqüência, impõe-se, **venia concessa**, também por esta razão, o indeferimento liminar da ação, por inépcia da inicial, com extinção do processo, nos termos do artigo 267, I, do CPC.

3. DOS PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS – do ônus da prova da lesão

3.1 Em seguimento, não obstante demonstrada a inviabilidade desta ação popular, por impossibilitada a **anulação** de ato legislativo abstrato – **lei em tese** – ou a **declaração** de sua não aplicabilidade às hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 180 do CTN, em sede de ação popular, evidenciada, demais, a **inépcia** da inicial, **ad cautelam** convém, desde logo, sinalar da total ausência dos pressupostos constitucionais autorizadores de seu cabimento e procedência.

Com efeito, se a origem da ação popular remete ao direito romano, por certo que seu conceito atual não mais comporta aquela duplicidade de sentido da concepção romana das ações cíveis – privadas e populares – adotada pelo antigo direito português e, acolhida por nosso direito constitucional. Isto porque, a iniciativa da ação popular constitucional é reconhecida a cidadão, que, em representando a sociedade como um todo, vise à anulação ou à decretação de nulidade de ato **ilegal e lesivo** ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (CF/88, art. 5º, LXXIII).

Nessa referência histórica, de mencionar que, no direito constitucional brasileiro, não obstante após a proclamação da independência tenham-se criado condições favoráveis às ações populares, todavia a sobrevivência do instituto ficou restrita a casos esparsos.

Assim, não dispondo sobre ela a Constituição imperial e, omissa a Constituição Republicana de 1891, somente a partir da Constituição de 1934 (art. 113, inciso 38) – suprimida na Carta de 1937 – passando pela Constituição anterior (CF/69, art. 150, parágr. 3º), coube a nossa melhor doutrina e jurisprudência construir e consubstanciar o entendimento sobre a ação popular, resultando firmada a orientação no sentido de que **“somente é cabível a ação popular contra ato lesivo que seja nulo ou anulável”**, como fixado na famosa decisão judicial de JOSÉ FREDERICO MARQUES (RT 181/836), ou, dito de outra forma, é **condição específica** da ação popular a prova da **ilegalidade e da lesividade**.

Então, consonantes, doutrina e jurisprudência consagram o entendimento de que nossa ordem jurídico-constitucional fixou a **indispensabilidade** dessa dupla exigência, conforme ressalta, dentre outras, da lição de HELY LOPES MEIRELLES, Ação Popular e sua Lei Regulamentar e sua Natureza Jurídica, RDA, 84, p. 2; Mandado de Segurança, Ação Popular ..., 1989, págs. 91 e 92 – TOSHIO MUKAI, a Administração Pública na Constituição Federal de 1988, 2ª ed., Saraiva, p. 101/102 – RAFAEL BIELSA, a Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração, RF 157/39-49 – NAGIB SLAIBI FILHO, Anotações à Constituição Federal de 1988, RJ, 1989, p. 284/287 – JOSÉ DA SILVA PACHECO, o Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas, Ed. RT, 1991, p. 411.

3.2 Nesse sentido, de sinalar, como menciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, em discorrendo sobre a correspondência entre **lesividade** e **ônus da prova**, que o conceito de lesividade é empírico e depende de apreciação do caso concreto, é dizer, do cotejo da prova colacionada com a hipótese descrita nos autos. Necessário, pois, seja aferida a efetividade do prejuízo, posto que, afirma, **“nesses casos a lesão deve ser efetiva e concreta”** (Ação Popular Constitucional ed. RT, SP, 1969, p. 149). Esse entendimento é referendado por HELY LOPES MEIRELLES ao expressar que, salvo as hipóteses elencadas no artigo 4º, da Lei Regulamentar,

“Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.” (op. cit., p. 91).

3.3 Não discrepa da doutrina a orientação do Pretório Máximo, vez que, como expresso em recentes decisões, mantém a mesma linha de orientação anteriormente fixada (RE 42.054, rel. Min. BARROS BARRETO, RT 314/

634; RDA 43/408; RTJ 96/1.370 e 1379 e 103/638), conforme, dentre outras: RE 113.729-1, rel. Ministro MOREIRA ALVES, J. em 14.03.89; RE 113.916-1/SP, rel. Ministro FRANCISCO REZEK, DJU de 05.08.88.

Significa, portanto, que, por força da norma constitucional, sem a confluência desses dois pressupostos, **ilegalidade** e **lesividade** no ato impugnado, não procede a ação popular, vale dizer, ou a ação procede e, então, se desfaz o ato **ilegal** e, **comprovadamente lesivo** ao erário, ou simplesmente não procede (Cf. LEX 96/36-9).

Ora, na espécie dos autos, no equivocado entendimento dos autores, a **lesividade** decorreria **(a)** “a partir da vigência do famigerado **balcão de negociações**” porque, afirmam, “créditos constituídos e até consolidados (...) serão “solapados” da receita do Estado, na medida em que, **(b)** a “médio e longo prazo” configurar-se-ia o “estímulo à impunidade, resultando daí, aumento crescente de sonegação e inadimplência”, e **(c)** a Constituição caracterizou como patrimônio público a moralidade administrativa.

Nesse sentido, importante fixar que, não obstante de inegável acerto que as sanções tributárias visam reprimir a ilicitude, face a seu caráter eminentemente repressivo – na medida em que, através da repressão se objetiva conscientizar o indivíduo e a sociedade, quanto às conseqüências decorrentes da alteração ou da desobediência à ordem jurídica – todavia inquestionável não ser de reconhecer, em nenhum caso, constituam as sanções tributárias fonte de recursos, até porque não se fundamentam no propósito ressarcidor ou indenizatório que caracteriza o direito comum, civil ou penal, configurando, no dizer de SACHA CALMON NAVARRO COELHO, CASTIGO, REPRIMENDA, PENA e, tendo por função básica, **a de tutelar o direito do Estado de receber tributos e de impor deveres secundários, visando evitar o “periculum in mora”, sem necessidade de recorrer à LEI PENAL** (Infrações Tributárias e suas Sanções, ed. RT, SP, 1982, p. 40 e 42 – Destaques no original).

Daí que a multa fiscal, porque visa sancionar ao descumprimento de dever legal, seja, da obrigação tributária principal ou acessória, não a substitui, coexistindo com ela. Esse, aliás o entendimento do Supremo Tribunal Federal (cf. RE 79.625-SP, RTJ 80/104-113).

3.4. Destarte, inconfundíveis os perfis ontológicos de **MULTA** e **TRIBUTO**, muito embora tanto uma como outro possuam conteúdo patrimonial (prestações pecuniárias, compulsórias) e, não obstante o CTN, no artigo 3º, expresse que o **tributo** é uma prestação pecuniária compulsória, instituída em lei, cobrada administrativamente, que não seja prestação percebida pelo Estado em decorrência de sanção de ato ilícito e, no artigo 113, parágrafo 3º, considere **CRÉDITO TRIBUTÁRIO** tanto o **quantum** do tributo como

o da multa. Todavia, por certo que o legislador complementar faz a equiparação tão-somente objetivando conferir ao crédito da multa o privilégio da ação de execução fiscal.

De qualquer forma, os argumentos dos autores em absoluto consubstanciam prova da **efetiva lesão** ao erário. Contrariamente, afirmam a total improcedência da ação proposta, por isso que, a par de evidenciar que do ato normativo impugnado não decorrem **efeitos concretos** – impugnada a **lei en tese** –, demonstram a natureza presuntiva da lesão – não prevista a espécie dos autos nas hipóteses elencadas no art. 4º, da Lei 4.717/65 –, e o caráter preventivo da ação, até porque, postularam seja **requisitado** ao Secretário da Fazenda “para que informe a nominata dos beneficiários favorecidos com o ato impugnado”.

Ora, em pretendendo seja fornecida a relação de todos os beneficiários da norma legal, em efeito postularam por identificados os destinatários de uma faculdade, **genericamente** conferida e, condicionada ao implemento das condições legalmente previstas. Tal pedido configura-se aleatório e praticamente impossível, eis que não tem o órgão fazendário possibilidade de determinar, **antecipadamente, sem qualquer exame prévio** e, pois, **antes** de iniciadas as **negociações**, quais os contribuintes que, não obstante manifestação válida de vontade, preenchem os pressupostos normativos hábeis a autorizar se concretize a **transação**.

Nesse sentido, a lição de LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE, em afirmando,

“66. Ponto um: a lesividade não se presume. Ainda que admissível a lesão potencial, seja de natureza econômica, seja de outra natureza, ela há de ser provada, determinada e certa. Não se pode admitir lesão meramente suposta, imaginária. Lesão é dano concreto, que consiste na perda, deterioração ou diminuição de um bem juridicamente tutelado, por causa contrária ao direito. A característica de concretude é o que se deduz da Lei 4.717/65 e de todo nosso sistema jurídico, quando se refere ao dano”.

E, como já afirmou em ação análoga, o Procurador de Estado JOSÉ ORLANDO SIMON (Proc. 01191409703, da 1ª VFP), artificios de raciocínio, frases de efeito, juízos valorativos, recortes de jornais, etc., não constituem prova de lesividade e de ilegalidade. Aos autores incumbia trazer as provas da lesão. Não o fizeram. Logo, importa reconhecer não implementado requisito constitucional específico, impondo-se, também por essa razão, a extinção da ação, a teor do disposto na Lei Processual Civil (CPC, art. 267, VI), o que se requer.

II. DA LEGALIDADE DO ATO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

4. Afirmam os autores que a Lei Estadual 9.712/92 – ato impugnado – é “ilegal” porque: (a) ao arrepio da norma complementar tributária (CTN, art. 180, II), institui **anistia** fiscal também àqueles ilícitos (infrações materiais qualificadas) tipificados na lei específica como **crime** ou **contravenção**; (b) literalmente interpretada a norma regulamentar, Lei 4.717/65, resulta configurada a **incompetência** do agente que praticou o ato (art. 2º, parág. único) a e a **ilegalidade do objeto** (art. 2º, parág. único, c).

5. Relativamente à pretensa ilegalidade por contrariedade à norma que se contém no artigo 180, do CTN, importa fixar, de plano, que, em verdade, se identifica, na espécie, a **faculdade** de o Estado celebrar **transação** – forma de **extinção** do crédito tributário, instituto jurídico inteiramente diferenciado daquele da **anistia** – forma de **exclusão** do pagamento de crédito correspondente à pena pecuniária, decorrente de infração tributária, não dispensando o cumprimento de obrigações acessórias.

Com efeito, ensina FÁBIO FANNUCCHI que para ter aplicação a anistia, há de **inexistir crédito tributário constituído em relação a ela**. Daí que a anistia, à semelhança da isenção, porque constitui **forma de exclusão** do crédito tributário pressupõe que, não obstante caracterizado o inadimplemento da obrigação tributária, todavia ainda não formalizado o crédito correspondente. É dizer, não obstante a ocorrência do fato típico previsto na norma sancionatória e, pois, devida a multa (sanção) decorrente da infração cometida, a respectiva consequência jurídica fica derogada por força da aplicação da anistia, ou dito de outro modo, **a anistia impede o surgimento do “crédito tributário” correspondente à multa respectiva**.

E na hipótese dos autos, porque referida a lei impugnada – Lei Estadual 9.719/92 – aos créditos **constituídos até a data de sua vigência** (art. 1º) por evidente que não se trata de **exclusão**, mas de forma de **extinção** daqueles créditos, resultando demonstrada a não-configuração de anistia fiscal.

Já a **transação**, que no direito tributário está relacionada à **extinção** do crédito tributário, objetiva, mediante **negociações e concessões mútuas**, legalmente autorizadas, prevenir ou pôr fim a litígios – judiciais ou administrativos. Tem, pois, caráter terminativo e, pressupõe **crédito constituído**, isto é, **devidamente formalizado** anteriormente à vigência da lei autorizadora. Vale dizer, a reciprocidade nas concessões está na essência da transação, efetivada no sentido de **transformar uma situação**

jurídica duvidosa para outra certa ou, como expressa CLÓVIS BEVLÁQUA, citado por CARVALHO DOS SANTOS, que, invocando a posição de KOHLER, sintetiza:

“A transação visa, em última análise, extinguir obrigações, apresentando duplo fundamento econômico: transformação de um estado inseguro em outro seguro, e a obtenção desse resultado pela troca de prestações equivalentes”.

(Código Civil Interpretado, 11ª ed., RJ, 1981, vol. XII, p. 350).

Ora, na hipótese em exame, resulta demonstrada a ocorrência de **transação**, não anistia, exatamente porque o conteúdo normativo da regra legal impugnada – Lei 9.719/92 – a par de direcionado à **extinção** de créditos tributários – expressamente vedada a compensação (art. 6º) – estabelece a indispensabilidade de formalização da **desistência** de ação judicial ou impugnação administrativa e de eventuais verbas de sucumbência (art. 8º), excluídas as reduções previstas na Lei Estadual 6.537/73 e alterações (art. 9º), como pressuposto para o **início das negociações**. Logo, de observar que a **transação**, na hipótese, é **juris tantum**, posto que a lei exige a manifestação **a posteriori** da autoridade competente, seja, depois de examinadas as circunstâncias materiais do caso.

Tem-se, então, prelecioná BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, a “**transação legal, diante do pagamento do crédito tributário com a redução do valor da multa aplicada, caso o contribuinte deixe de apresentar recurso**” (Compêndio de Direito Tributário, Forense, RJ, 1987, p. 624).

Assim, caracterizado, na espécie, o instituto da **transação**, condicionada à manifestação de vontade do contribuinte, determinada na lei estadual a **autoridade competente** (art. 10) e o **objetivo específico** de extinção do crédito tributário, por tomada certa uma situação jurídica duvidosa, mediante o pagamento integral ou parcelado do débito, restam configuradas as condições essenciais de sua validade: partes capazes, consentimento válido, objeto formador da transação e causa lícita e, portanto, a **legalidade** do ato impugnado, inexistente o alegado vício de competência ou a pretensa ilegalidade do objeto.

6. Outrossim, importante destacar, tanto a transação como a **anistia** consubstanciam medidas de **conveniência** administrativa, vez que objetivam apressar a arrecadação de **tributos**, visando à mais rápida e eficaz satisfação dos interesses gerais da coletividade e à consecução dos fins sociais que é dever do Estado atingir e preservar.

Nesse sentido, importante salientar que as normas insertas na Lei 9.717/92 estão direcionadas à autoridade administrativa, conferindo-lhe

uma **faculdade**. São pois regras **permissivas**, na medida em que viabilizam à **escolha** entre duas opções, **autorizar ou não autorizar** a transação com a dispensa ou a redução da multa fiscal, fins de pagamento do crédito tributário (cf. LUCIANO FERREIRA LEITE. *Discrecionariade Administrativa e Controle Judicial*, RT, SP, 1981, p. 63-64). Tanto é assim, que estabelece, no **caput** do artigo 1º:

*“Art. 1º—Os créditos tributários provenientes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) cujo fato gerador tenha ocorrido até 31 de julho de 1992, constituídos até a data de vigência desta Lei, inclusive, desde que satisfeitas as condições nela previstas, PODERÃO ser pagos: (destacou-se)
(...)”*

7. Então, mesmo que, **ad argumentandum tantum**, resultasse configurada na lei impugnada a **anistia** — que, repita-se, por identificar-se como forma de **exclusão**, é dirigida a **créditos não constituídos, não formalizados pelo lançamento**, impedindo a sua concretização — ainda assim, porque a finalidade da anistia é de política tributária estando, referida a critérios de **conveniência e oportunidade** resulta inviável, dado o seu caráter político, o exame em **tese** da lei que a instituir em sede de ação popular.

E, nem se diga que a Lei Estadual em questão atenta contra a **moralidade administrativa**, na medida em que, por força da própria **dinâmica** da atividade estatal, resulta evidente que ela não poderá ser tolhida, ou desencorajada na sua realização, quando, à obviedade, está direcionada à obtenção de meios mais rápidos e eficientes à persecução daquelas finalidades, especialmente frente à atual situação econômica do país.

Nessa linha de raciocínio, por certo não demasiado relembrar decisão histórica do Supremo Tribunal Federal na qual resultaram, assentadas premissas, todavia, de relevante atualidade e, pois, de inquestionável aplicabilidade ao caso concreto, se, para argumentar, contemplasse a Lei Estadual 9.719/92 hipótese de anistia, verbis:

“Sendo a anistia medida essencialmente política, ao Poder autorizado para concedê-la compete apreciar as circunstâncias extraordinárias em que o interesse social reclama o esquecimento de certos débitos. Podendo a anistia ser geral, restrita, absoluta ou condicional, somente ao Poder Legislativo, que, pela CF tem a

atribuição privativa de a decretar, assiste o incontestável direito de estabelecer as garantias e condições que julgar necessárias ao interesse do Estado, à conservação da ordem pública e à causa da justiça.”

(PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição*, 1973, T. III, p. 47).

8. Destarte, de observar, como sustenta SACHA CALMON NAVARRO COELHO, que a linguagem do direito, **“enquanto Direito legislado, é altamente polissêmica”** e, pois, que os chamados **delitos** (crimes e contravenções) são infrações previstas na lei penal — sujeitando-se seus agentes à jurisdição criminal —, tanto que subsumidos aos princípios gerais do direito penal e, pois, apenados pelos juizes criminais (Infrações Tributárias e suas Sanções, RT, SP, 1982, p. 28).

É dizer, consoante entendimento do ilustre tributarista, que **a lei tributária pode prever sanções administrativas-fiscais, para ilícitos fiscais (ilícitos que não constituam CRIMES, DELITOS), as quais serão aplicadas pelas autoridades administrativas, sem o concurso das leis penais, pouco importando que haja ou não influxos de princípios radicados na doutrina penalista a influenciar a aplicação dessas sanções”** (op., cit., p. 49-50).

E, elucidando, afirma que no direito brasileiro é possível visualizar: **infrações previstas nas leis penais** (CPB e leis criminais), tais os **delitos de fundo penal**, cuja **sanção** está referida à aplicação do **direito penal**, sujeitando o infrator à **jurisdição criminal**; e, **infrações fiscais**, previstas e disciplinadas nas **legislações tributárias**, não subordinadas aos princípios de direito penal e cuja **sanção (pena)** é imputada tanto às pessoas físicas como às jurídicas, pela autoridade administrativa competente — federal, estadual ou municipal. (op., cit., p. 50).

De salientar, portanto, que em caracterizado o descumprimento de obrigação legal — a obrigação tributária é **ex lege** — impõe-se imputada a correlata sanção que poderá ser exclusivamente de natureza **fiscal**, ou sanção fiscal cumulada de sanção penal, conforme as circunstâncias de que se reveste a infração e, nesse caso, ultrapassa as fronteiras do direito tributário, adentrando no campo do direito penal e, por assim ser, estão sujeitas à jurisdição criminal.

Daí, decorre a necessidade de se desenvolver a ação do Estado no sentido de apurar a responsabilidade criminal, imputando ao **infrator** a conseqüente **sanção** por ter violado **uma norma penal**, sem implicar, todavia, no desaparecimento dos efeitos tributários ainda operantes, vez que permitida a perfeita coexistência das normas específicas — tributária e penal —, nos precisos limites dos respectivos objetos, alcance e fim.

De qualquer forma, ponto pacífico, parece ser a questão de a ação penal não sobrestar o processo fiscal, porquanto são autônomos, diferem quanto à natureza, fins, objeto e resultado, quer face ao direito positivo, quer em relação à doutrina jurídica.

Com razão, pois, o ilustre tributarista quando afirma,

“O que ocorre é que algumas infrações tributárias merecem a atenção do legislador e TIPIFICAM DELITOS PENAIS (...). delito tributário é um delito como outro qualquer, no essencial. A cada delito corresponde, uma certa “POLÍTICA LEGISLATIVA”. Mas é só isso”. (op., cit., p. 29).

9. De outra parte, em corretamente interpretada a Lei Estadual 9.719/92, à luz das disposições normativas mencionadas pelos autores – leis penais referidas a **delitos** de natureza tributária – resulta sinalada de sua **legalidade** e **moralidade**, em absoluto maculado o ato que impugnaram por nulidade decorrente de **incompetência** ou **ilegalidade do objeto**, até porque, **ad argumentandum tantum**, o poder anistiantes – competente para conceder a anistia, seja, o Poder Legislativo – é o único juiz da oportunidade e extensão do ato (...) onde e quando se manifeste a necessidade ou conveniência de adotá-la, (...) legítima será a sua aplicação, desde que legalmente votada (STF, in Arquivo Judiciário 77/244 e 80/91).

Inquestionável, demais, a finalidade social da Lei Estadual 9.719/92, posto que, em **facultando** aos contribuintes inadimplentes, o pagamento do crédito tributário e respectivos acréscimos (juros e atualização monetária), com **dispensa** ou **redução** da multa fiscal, ao tempo em que objetiva fazer desaparecer os efeitos decorrentes da atual conjuntura econômico-política do país – evidenciada por uma economia totalmente instável e inflacionária –, visa à obtenção rápida e eficaz de receitas hábeis a propiciar uma mais eficiente ação no sentido do atendimento a prementes e relevantes necessidades sociais – educação, saúde e segurança – é a consecução dos fins de utilidade pública, referidos ao desenvolvimento da sociedade como um todo. E o Estado, como um fim em si mesmo, se substitui à própria coletividade administrada.

Nesse sentido, oportuno ter-se presente que, como ensina MIGUEL REALE, interpretar uma lei importa, previamente, compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos (...) o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. (Lições Preliminares de Direito, Saraiva, 1981, p. 285). E, não fazem os autores caso algum da finalidade objetivada pela dicção expressa na Lei 9.719/92.

Não se alegue, portanto, a **nulidade** da Lei Estadual por **ilegalidade de objeto** (Lei 4.717/65, art. 2º, c), mesmo porque, direcionada à **extinção** do crédito tributário, por **facultada** a efetivação de **transação**, legalmente autorizada, em absoluto dirigida à **extinção da punibilidade** decorrente da prática de ilícito de natureza penal, resta não configurada a pretendida infringência à lei de hierarquia superior (CTN, art. 180).

10. Finalmente, mesmo em aceitando, **ad argumentandum tantum**, corretamente formuladas as razões deduzidas e, pois, referida a Lei Estadual 9.719/92 à **anistia fiscal**, ainda assim se reconhecer que a regra do artigo 180, do CTN se mostraria **inaplicável** à hipótese dos autos, por dois motivos:

a) **porque**, exatamente em atenção ao princípio da **moralidade administrativa**, quando, se observa o fortalecimento das instituições democráticas e, se tem em mira a racionalização e a eficiência administrativas, voltadas para o desenvolvimento econômico e social planejado, onde não mais se admite permaneçam impunes as lesões ao patrimônio público, o que se pretende é, precisamente, **eliminar a impunidade** de crimes e contravenções, **em termos criminais**.

E, no dizer de PINTO FERREIRA,

“A lei tributária, instituindo a anistia fiscal, admite duas espécies de perdão: a) a anistia das infrações, que atinge o praeceptum juris, com o perdão da falta cometida; e b) a anistia da penalidade, atingindo a sanctio com o perdão da multa que alcançou o contribuinte”.

(Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1992, 5ª vol., p. 362).

Logo, de ressaltar a incongruência da argumentação dos autores e a total improcedência da pretensão no sentido de ver decretada a nulidade da Lei Estadual 9.719/92, por conflitante ao artigo 180, do CTN, mesmo porque, se de anistia tratasse a hipótese normativa em questão, por evidente que estaria referida à ‘sanctio’, seja, **ao perdão ou redução da multa que alcançou o contribuinte**.

Com efeito, a **anistia** regulada no artigo 180 e seguintes do CTN está referida exclusivamente às multas fiscais, não possuindo qualquer reflexo sobre a esfera do direito penal, a respeito da qual, aliás, não tem o Estado competência legislativa.

b) **porque**, com a promulgação da nova Carta Política introduziram-se profundas e estruturais modificações no sistema constitucional, dentre as quais ressalta, na espécie, a adoção de princípios especificamente direcionados à proteção da autonomia política dos entes federativos.

Assim sendo, face à nova ordem constitucional resulta inegável que a Constituição de 1988 restabeleceu o sistema federativo, eis que foram outorgadas aos entes provinciais, **ad exemplum**, competência legislativas para, de forma **concorrente, suplementar e, inclusive plena**, legislar sobre normas gerais de direito tributário (CF/88, art. 24 e parágrafos).

Demais, objetivando, exatamente, preservar a autonomia dos Estados-membros, estabeleceu o legislador constituinte, nos artigos 150 a 151, da CR, limitações constitucionais ao poder de tributar, expressamente prevista a competência estadual para **através de lei específica** – lei ordinária –, conceder **qualquer anistia que envolva matéria tributária** (CF/88, art. 150, parág. 6º).

De conseqüência, mesmo em admitida a hipótese de “anistia”, ainda assim sobreleva a competência do Estado para a sua concessão e, pois, de ser reconhecida a improcedência da ação, também porque não configurada qualquer **nullidade** decorrente de alegado vício de **competência** (Lei 4.717/65, art. 2º, a), autorizado o Poder Legislativo Estadual, nos termos do permissivo constitucional, a legislar sobre a matéria.

Por todo o exposto, espera e requer o Estado do Rio Grande do Sul, digno-se Vossa Excelência de, em acolhendo as preliminares argüidas, declarar extinto o processo, se não face à inépcia da inicial (CPC, art. 267, I, c.c. art. 295, parág. único, II, III e IV), por julgados os autores carecedores de ação (CPC, art. 267, VI).

Todavia, ultrapassadas àquelas prefaciai e, considerando não comprovada a pressuposta **lesão** ao patrimônio público, evidenciada a **legalidade** do ato impugnado – Lei Estadual 9.719/92 – e, em absoluto configurada qualquer ofensa à **moralidade administrativa**, requer, no mérito, seja julgada totalmente improcedente esta ação, cominando-se aos autores as sanções legais pertinentes.

Porto Alegre, 12 de outubro de 1992.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM EXECUÇÃO FISCAL

1 – RECURSO ESPECIAL

MARÍLIA F. DE MARSILLAC
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 1º VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REFERENTE AC 588045021

Apelante: (...)

Apelado: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, através da representante judicial infra-assinada, vem, no prazo que lhe foi assinado, requerer a conversão do Recurso Extraordinário interposto, no Recurso Especial previsto pelo artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal/88, combinado com o artigo 11, inciso IV, alíneas “a” e “b” do Ato Regimental nº 1/89, do Superior Tribunal de Justiça, requerendo seu processamento de acordo com as normas vigentes.

Termos em que
Pede deferimento.

Porto Alegre, 16 de agosto de 1989.

Pelo Recorrente: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Recorrido: (...)

EMINENTES MINISTROS DO
COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA:

De conformidade com os artigos 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal/88 e 11, inciso IV, alíneas "a" e "b" do Ato Regimental nº 1/89, do Superior Tribunal de Justiça, é interposto o presente RECURSO ESPECIAL, pelas seguintes razões:

I - DE FATO

1. Em janeiro de 1981, foi ajuizada execução fiscal contra (...)
2. Expedida a Carta de Citação, o AR retornou com recibo do destinatário, firmado em 19 de fevereiro de 1981.
3. Não tendo sido efetivado o pagamento, nem garantida a execução, foi determinada a penhora, sem êxito, em razão do certificado pelo Oficial de Justiça, a 25 de março de 1981, "in verbis" – "Certifico que, em cumprimento ao mandado retro, dirigi-me ao local mencionado e aí fui informado que (...) não mais localiza-se naquele endereço, não sabendo informar seu atual paradeiro. Dou fé".
4. Com vista dos autos, o Credor requereu, a 13 de abril de 1981, a suspensão do feito para diligenciar na localização do Executado, pedido que teve deferimento no dia imediato – 14 de abril de 1981. E, a 27 de maio de 1982, foi prolatado despacho com o seguinte teor: "vistos em Cartório. Baixa e archive-se, sem dependência de preparo – § 2º, artigo 40, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980".
5. A 5 de janeiro de 1987, o Exeqüente juntou o contrato social e suas alterações, requerendo que a lide viesse a ser integrada pelos representantes da firma irregularmente dissolvida, o que foi deferido em 4 de fevereiro de 1987.
6. Citados os sócios-gerentes (...) (em 18 de março de 1987) e (...) (em 20 de junho de 1987), este teve penhorado imóvel de sua propriedade.
7. Embargada a execução, seguiu-se a impugnação e o parecer do Ministério Público e, não havendo provas a serem produzidas, foi, em 20 de janeiro de 1988, prolatada a sentença, dando como improcedente a ação.
8. Após intimação pessoal do Promotor, seguiu-se a publicação de nota de expediente, em 2 de março de 1988, e, em 16 de março, foi apresentado a Cartório o Recurso de Apelação, recebido com determinação de vistas ao apelado.

9. Em 25 de março de 1988, – circulou a nota de expediente com o referido despacho e, a 26 de abril de 1988, foi certificado o decurso do prazo, sem manifestação do réu. Ainda, à mesma fl. 31, consta abertura de vista ao Ministério Público e sua anotação da apresentação de parecer, em duas laudas datilografadas.

10. A seguir, foi ordenado que, contados e preparados, os autos subissem ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, onde a sentença foi reformada pela 1ª Câmara Cível.

II - DE DIREITO

PRELIMINARMENTE

Segundo o julgado recorrido "O Apelado, devidamente intimado, não apresentou contra-razões", entretanto, vê-se, pelo exame dos autos, que não foi atendido o preceito expresso pelo artigo 25 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, determinante da intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, como também não o fora, quando da prolação da sentença.

Conseqüentemente, tal entendimento implicou em negativa de vigência da lei federal, e, por conseqüência, infração aos princípios do "devido processo legal" e do contraditório, insculpidos na Carta Magna (art. 153, § 4º e 36 da Constituição anterior e 5º, LIV, da atual Carta), resultando em nulidade do feito, na forma cominada expressamente pelos artigos 247 e 248 do CPC.

Verifica-se, ainda, que tal procedimento conflita com a jurisprudência dominante de que é exemplo o acórdão da 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, de 27 de agosto de 1984, AC-92.043/SP, Relator Ministro GERALDO SOBRAL, publicado LEX – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, vol. 37, págs. 169 e 173:

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. REMESSA OFICIAL CABIMENTO. INEXIGIBILIDADE DE PENHORA. INTIMAÇÃO

.....

III – "Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante da Fazenda Pública será feita pessoalmente" (artigo 25 da Lei das Execuções Fiscais).

.....

VOTO

“No que tange à intimação pessoal do exeqüente, ora embargado, o recurso da autarquia previdenciária também merece ser provido.

Compulsando os autos pude constatar (fls. 21 v) que o IAPAS foi intimado para impugnar os embargos através de publicação no Diário Oficial do Estado, o que infringe o disposto no artigo 25, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, “in verbis”:

‘ARTIGO 25 – Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita **pessoalmente**’ (grifo nosso).

Extrai-se deste dispositivo que toda e qualquer intimação feita ao representante da Fazenda Pública deverá ser pessoalmente. Portanto, a intimação deverá ser renovada para que, intimado **pessoalmente** o representante do IAPAS, venha este a oferecer, no prazo legal, a sua impugnação.”

NO MÉRITO

1. Primordialmente, cumpre salientar que, reconhecida a responsabilidade do Recorrido, em vista da dissolução irregular da sociedade comercial (artigos 134, III e 135, I), incompreensível não lhe seja também atribuída a responsabilidade pela suspensão do processo executivo, obstaculizado pela falta de localização da empresa executada e de bens penhoráveis, e que a paralisação tenha sido imputada ao Recorrente, em julgamento que conflita com a prova e com outros julgados.

Nesse sentido:

1.1. Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, em 10 de setembro de 1973, RE 73.331-SP, Relator – Ministro ANTÔNIO NEDER, publicado na RTJ, vol. 67, pág. 169:

“3. A prescrição intercorrente pressupõe diligência que deva ser cumprida pelo autor da causa, isto é, algo de indispensável ao andamento do processo, e que ele deixe de cumprir em todo o curso do prazo prescricional”.

1.2. Acórdão unânime da 1ª Câmara do 1º TACSP, em 7 de outubro de 1982, AI 304934-SP, publicado na Revista Julgados do Tribunal de Alçada de SP, col. 78, pág. 140/1:

PRESCRIÇÃO – Execução suspensa – Inexistência de bens a serem penhorados

- Abandono da ação não configurado
- Impossibilidade da decretação da prescrição intercorrente
- Agravo não provido.

“Como responde o agravado, inadmissível a alegação de prescrição intercorrente, quando a execução foi suspensa por não possuir o devedor bens penhoráveis (Código de Processo Civil, artigo 791, III). E, suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais (Código de Processo Civil, artigo 793).

A prescrição intercorrente “não se verifica, pelo simples decurso do prazo. É preciso que tenha havido negligência da parte interessada no andamento do feito (Revista dos Tribunais, vol. 501/154)”.

1.3. Acórdão unânime da 16ª Câmara Cível do TJESP, em 13 de novembro de 1985, AC 99175-2, São José do Rio Preto, publicado na LEX – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol. 97, pág. 212/214:

PRESCRIÇÃO – Intercorrente – Execução fiscal – Paralisação do feito por mais de cinco anos – Hipótese em que o processo manteve-se suspenso por não ter sido localizado o devedor – Incidência do artigo 40 e parágrafos da Lei Federal nº 6.830, de 1980 – Prosseguimento do processo determinado – Recurso provido para esse fim.

“A matéria deve ser inserida na esfera de incidência do artigo 40, da mencionada Lei nº 6.830, de 1980, segundo o qual o curso da execução será suspenso se o devedor não foi localizado ou se não forem encontrados bens seus para serem penhorados. Nessa hipótese, **não correrá o prazo de prescrição**. Pelo § 2º, do mesmo preceito, decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, os autos ficarão arquivados, até que, de acordo com o § 3º, sejam descobertos bens ou o próprio executado.

Na verdade, no processo de execução fiscal não há extinção, mas simples arquivamento, podendo prosseguir o seu curso nos termos do artigo 40, § 3º, da citada Lei nº 6.830, de 1980 (THEOTONIO NEGRÃO, em sua conhecida obra, citando acórdão do Tribunal Federal de Recursos, nota 4, ao referido preceito, pág. 516, 14ª ed.).

Aliás, o aludido autor, na nota 2, ao mesmo artigo 40, diz que, sendo caso de suspensão da prescrição, esta “fica suspensa e nunca mais recomeça a correr porque, após o arquivamento do processo poderá prosseguir a ‘qualquer tempo’ (§ 3º), se forem encontrados o

executado ou bens penhoráveis. É o que parece decorrer, literalmente, do § 3º; em sentido contrário, porém, CTN, art. 174 e o princípio geral de que não pode haver obrigações patrimoniais imprescindíveis”.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em seu “Processo de Execução”, 8ª ed., pág. 477, preconiza, de forma peremptória, a imprescritibilidade da dívida ativa depois do ajuizamento do feito, mesmo que este venha a paralisar-se por falta de bens ou de localização do devedor. E, dentro dessa linha, assevera que, mesmo sem citação do devedor, o débito fiscal se tornará imprescritível pelo só fato do ajuizamento da execução.

O que importa, contudo, é que **estando suspensa a execução fiscal, a prescrição intercorrente não poderia se consumir.**

Entretanto, admitindo-se, por amor ao debate, que o que se disse acima não possa prevalecer, constata-se que, ainda assim, a r. decisão monocrática não poderá prosperar.

Na realidade, a prescrição, intercorrente por ela decretada não teria, mesmo, condições de vingar no caso, posto que **somente deve ser declarada se a parte interessada tenha sido a culpada exclusiva por sua ocorrência** (RT, 559/173, do qual foi Relator o mesmo deste julgado, RT, 501/154, LEX-JTACSP, 78/170 e RT, 593/280).

O último aresto citado foi proferido pela **1ª Turma do Pretório Excelso, sendo Relator o eminente Min. OSCAR CORRÊA**, tendo merecido julgamento em **25/9/84**. Sua ementa oficial é a seguinte:

“Prescrição intercorrente. **Inexistência se não lhe deu causa o autor, mas o réu, que dela se beneficiaria. Obstáculo judicial estranho à ação do autor.** Recurso extraordinário conhecido e provido em parte”. (Grifei).

2. Observe-se que, na espécie, a dissolução irregular da empresa ocorreu **após o ajuizamento e a citação**, configurando a fraude à execução, tal como prevista pelo artigo 185 do Código Tributário Nacional, ato atentatório à dignidade da justiça, segundo a qualificação do artigo 600, inciso I, do Código de Processo Civil, como também o é a falta de indicação de bens penhoráveis (inc. IV, do mesmo artigo).

3. Outrossim, cumpre atentar, que, no julgado recorrido, foram confundidos os institutos da suspensão **do processo** e da interrupção **da prescrição**, e descumpridas as disposições combinadas dos artigos 109 CTN e 173 do Código Civil.

Diz o acórdão:

“A citação, por isso é válida, tendo o efeito de interrupção da prescrição. Assim, a interrupção da prescrição deu-se em 20 de janeiro de 1981 (fl. 2 do Apenso e art. 219, § 1º, do CPC).

“Em 14 de abril de 1981, face à suspensão do curso do processo (fl. 16 do Apenso), a prescrição passou a não correr durante um ano (art. 40 da Lei nº 6.830/80), reiniciando-se seu curso. Como antes da suspensão, tinham decorridos 83 dias, reiniciando a 14 de abril de 1982, o quinquênio se completou a 20 de janeiro de 1987. A primeira citação que ocorreu no processo, após a suspensão, considerada a data do despacho que determinou a citação em 4 de fevereiro de 1987 (fl. 19 do Apenso), após decorridos mais de cinco anos.”

Ora, até 14 de abril de 1981, data de deferimento do pedido de suspensão do feito, foram realizados vários atos processuais, como: em 6/3/81, a certificação do transcurso do prazo do artigo 8º, I, da Lei nº 6.830/80, sem manifestação da Devedora; a expedição de Mandado de Penhora, em 17 de março de 1981; expedição da Portaria de designação do serventário **JOÃO PAULO GONÇALVES** e o compromisso do mesmo, em 19 de março de 1981, para funcionar como Oficial de Justiça “ad-hoc”; o cumprimento do referido Mandado em 25 de março de 1981, ocasião em que foi certificado que **“a FARMÁCIA não mais estava no local”**, de acordo com a referência feita pelo próprio acórdão recorrido (fl. 51). Após, o processo foi concluso (25 de março de 1981) e despachado, sendo aberta vista ao Credor, ora Recorrente, que se manifestou em 13 de abril de 1981.

Logo, ainda que se entendesse compatível, com o artigo 40 da LEF, a prescrição intercorrente, segundo a interpretação dada àquele dispositivo, a interrupção da prescrição por efeito da citação não pode ser tida como momentânea, nem é admissível o desconto de 83 (oitenta e três) dias de regular tramitação do processo.

A respeito da interrupção da prescrição, diz **PONTES DE MIRANDA**, (“**Tratado de Direito Privado**”, Tomo VI, Ed. BORSOI, RJ, 1970, 2ª ed., § 687, nº 2):

“Resta discutir se a interrupção conseqüente à propositura da demanda (à citação) **dura** até que a) o processo termine com a sentença final (ainda que sentença com reserva, ou homologativa de transação judicial, ou compromisso), ou até que b) termine, por sentença final, transação, ou compromisso, ou até paralisação do feito. O último (ato) do processo para a interromper é o último que foi praticado **dura**, pois, a interrupção até o ato que provocou a **conclusio in causa**, porém, também, só até qualquer dos anteriores após o qual se haja cessado de atuar. ‘Último ato’ é, aí, portanto, o último **ato das partes do juízo**;

de modo que, em verdade, **novo** prazo de prescrição **se inicia** após qualquer ato, ou das partes, ou do juízo, e **se reinicia** a qualquer ato processual posterior de uma das partes ou do juízo.

O C.C., no artigo 173, dispõe que a segunda prescrição interrompida **recomeça** a correr da data do ato que a interrompeu ou do último do processo para a interromper”.

E, acrescenta, adiante:

“Se há interrupção por citação, de acordo com o artigo 172, I, a prescrição **começa** de correr depois que se dá, com eficácia definitiva, o último ato no processo em que a citação a interrompeu, ou de qualquer ato se o processo parou. A interrupção não é, aí, **punctual**; é duradoura; quando se ultima o processo, cessa a eficácia interruptiva; quando se para o procedimento, retorna-se o curso”.

4. Saliente-se a orientação expressa pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos, no acórdão de sua 6ª Turma, em 18 de abril de 1983, AC 73008-RS, Relator Ministro **JERÔNIMO FERRANTE**, publicado pela **LEX** – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, vol. 20, pág. 86/88.

EMENTA – EXECUÇÃO FISCAL – DEVEDOR NÃO LOCALIZADO – AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS.

“Decorrido o prazo de um ano sem que seja localizado o devedor, ou encontrados bens penhoráveis, os autos serão arquivados, sem que a providência implique na baixa do registro do feito. Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução. Aplicação da Lei nº 6.830, de 1980, artigo 40, §§ 2º e 3º.”

VOTO

“Cuida-se, da não localização do devedor ou de bens sobre os quais possa recair a penhora, fato que mereceu tratamento específico do legislador, através da citada Lei nº 6.830, de 1980, traduzida na providência da suspensão do processo e interrupção do prazo prescricional.

Por último, saliente-se que, anteriormente ao diploma legal em foco, já se pacificara, nesta Corte, o entendimento de que não sendo localizado o devedor, assim como seus bens, deveria o processo ficar suspenso com base no artigo 791, item III, do Código de Processo Civil. Nesse sentido “**ad exemplum**”, a AC nº 67.176-PE, da qual fui Relator.”

4.1 E, no mesmo sentido, o entendimento de nosso próprio Tribunal (acórdão da 2ª Câmara Cível, de 16 de outubro de 1985, Reexame Necessário 585024649-Espumoso, Relator Desembargador **JOSÉ BARISON**, publicado na Revista de Jurisprudência do TJRS, vol. 114, pág. 264/9):

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

Desde o advento do **CPC/73**, que admitiu a suspensão da execução nas hipóteses que especifica, e face à regra de proibição da prática de qualquer ato processual durante a suspensão, não mais se reconhece a prescrição intercorrente na execução fiscal. Aplicação dos artigos 791 e 266 do **CPC**. Essa situação resultou explícita na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, artigo 40 e parágrafos.

VOTO

“Nessas condições, em que pese o decurso desse prazo, o que se verificou desde 1975, quando proferida a primeira decisão, que afastou a intercorrência da prescrição, mas também porque admitiu a suspensão desta, tenho, como aplicação das legislações processual civil e tributária, que não se verificou a prescrição intercorrente, mesmo porque inaplicável à execução fiscal”.

5. De lembrar que, por força da lei complementar (artigo 109 do **CTN**), os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, **mas não para definição dos respectivos efeitos tributários** e, que, usando de tal permissivo, o legislador editou as normas referentes à prescrição, tendo por objetivo atender às ocorrências comuns nesse tipo de ação, numa reação ao procedimento faltoso e omissivo do devedor que, além de ser inadimplente, procura furtar-se à execução, ocultando-se e/ou alienando fraudulentamente os bens, como na espécie, onde a comunicação de qualquer alteração societária ou funcional era obrigação do contribuinte (artigo 8º, § 2º, Lei Estadual nº 6.485/72), mormente o encerramento da atividade, quando deveria ter feito entrega à Fiscalização do **ICM** dos objetos que contivessem identificação do estabelecimento, bem como dos livros e documentos fiscais, utilizados ou não, para inutilização ou anotações cabíveis (artigo 21, “**caput**”, inciso III, § 1º, do Dec. Estadual nº 29.809, de 18 de setembro de 1980), também como maneira de evitar o uso indevido, em fraude contra o Fisco.

5.1. Como bem acentuou **LEON FREJDA SZKLAROWSKI**, Coordenador da Representação da Fazenda Pública, na Comissão de elaboração do

anteprojeto da referida lei (“in” Execução Fiscal, **ESAF**, Brasília, 1984, 2ª ed., pág. 275):

“A redação do § 2º do artigo 8º procura proteger a execução fiscal contra outra manobra de que também se utilizam os devedores, consistente em impedir a citação na fase citatória, para livrar-se do débito pela via da prescrição. Com a adoção dessa norma, ainda quando se tome necessária a citação por edital, a prescrição do direito de cobrar estará interrompida (art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil). Cabe lembrar que, perante o Judiciário Trabalhista, basta a distribuição da reclamatória para acarretar a interrupção do prazo prescricional”...

5.2. Essa, a atitude flagrada pelo Judiciário que teve da 16ª Câmara Cível do **TJESP**, a seguinte análise:

“E o seu procedimento processual, deflui, claramente, de outro fato contido nos elementos dos autos. Durante todos esses anos, o executado permaneceu oculto, só aparecendo quando lhe foi conveniente, isto é, para vir argüir a indigitada prescrição, em face de já terem transcorridos mais de cinco anos do quanto que a interrompeu. Supunha, então, que não haveria mais riscos em comparecer aos autos, olvidando-se, entretanto, que fora ele, exclusivamente, exclusivamente ele, que a provocara constituindo-se em seu único beneficiário.

Reconhecer, agora, a consumação do prazo prescricional intercorrente representaria um favorecimento indevido para aquele que não agiu inteiramente de conformidade com aquela importante e salutar regra do direito processual. E, de outra parte, significaria um grande castigo para a exequente embargada, a qual agiu, sempre, atendendo à firme orientação doutrinária e jurisprudencial relativa à matéria, inclusive requerendo, em tempo oportuno, a suspensão do processo” (AC. 99175-2 São José do Rio Preto, acórdão referido no item 1).

6. Conseqüentemente, por razões de fato e de direito, há que reconhecer, nas regras do artigo 40 da **LEF**, o caráter de direito excepcional, ainda porque, em caso contrário, daníamos eficácia ao procedimento ilícito, permitindo o benefício do devedor, pela sua própria fraude.

Cabe considerar, com **CARLOS MAXIMILIANO** (“**Hermenêutica e Aplicação do Direito**”, Forense, RJ, 1981, pág. 226) que:

“O Direito Excepcional é subordinado a uma **razão** também, sua, própria, original, porém reconhecível, às vezes até evidente, embora diversa da **razão** mais geral sobre a qual se baseia o direito comum.” Esclarecendo, ainda (ob. cit., pág. 269), que:

“Todo objeto particular ou especial de uma regra apresenta aspectos próprios característicos; do que resulta ordenar aquela em um

sentido ao invés de outro. Refere-se, pois, a relação determinada; é provável que o mesmo preceito se não adapte a outras relações, de ordem diferente. Pode até encontrar-se, para a hipótese particular, disposição especial, clara, iniludível; porém **noutro lugar**”.

“Cumpra verificar se se trata de um princípio amplo ou preceito excepcional; do gênero ou da espécie; de um ou de outro ramo do Direito; pois, conforme a hipótese, varia a norma e a maneira de interpretar. Entre duas disposições à primeira vista aplicáveis ao caso em apreço, prefere-se a que mais direta e especificamente se refere ao assunto de que se trata: **illud potissimum habetur quod ad speciem directum est** – prefira-se aquilo que concerne diretamente à espécie em apreço”.

7. Conclui-se, assim, que as normas referentes à prescrição, contidas na **LEF**, não se constituem em privilégio outorgado ao Fisco, mas, ao contrário, disciplinam a situação de fato com que reiteradamente se depara o Credor. Normas que têm sua razão de ser, e de justiça, em circunstâncias tais como a presente, em que cabia ao contribuinte a própria informação e o recolhimento do imposto, além da atualização obrigatória de seus dados cadastrais, como detentor, que era, de um **“cheque ao portador, de valor indeterminado, que poderia ser sacado contra o Estado, a cada nota fiscal expedida”**, e onde o imposto devido corresponde, muitas vezes, a mortante que já recebeu, pois integrado ao preço e repassado, de fato, ao adquirente de mercadoria.

Logo, a Lei nº 6.830/80, regrando situação excepcional, na execução do crédito fiscal, ordenou-a com excepcionalidade às normas do direito comum, sem revogá-las, portanto, mas, ao contrário, com elas se compatibilizando, **“ex vi”** do disposto pelo artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

III – A DESCONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM O DIREITO

1. A especificidade da norma atende à natureza e ao caráter das relações a serem normatizadas. Conseqüentemente, é mister definir com precisão seu âmbito de incidência, para que seja cumprida sua finalidade e atingida sua efetividade.

Estas, as razões que importa considerar, na interpretação do artigo 40 **“caput”** e parágrafo 2º da **LEF**, referentes à interrupção da prescrição, enquanto não localizados o devedor ou os bens.

2. Na espécie, como em grande número de execuções, verificou-se, após o ajuizamento, e **já no seu curso**, a dissolução irregular da sociedade

comercial, com desaparecimento dos bens, circunstâncias, em que, com infração das normas vigentes, há rateio do ativo, sem atendimento ao passivo; pagamento de créditos fora da ordem de privilégio e preferência; falta de contabilização e escrituração regulares que poderá, inclusive, ocultar saída de estoque final, sem documentação fiscal; falta de entrega à Fiscalização do ICM dos objetos com identificação do estabelecimento, bem como dos livros e documentos fiscais, utilizados ou não, para inutilização ou anotações cabíveis, também como maneira de evitar o uso indevido, em fraude contra o Fisco.

Mais que isso, porém, aqui como em outros casos, houve a extinção irregular da pessoa jurídica, em flagrante violação às normas estabelecidas nos artigos 1375 do Código Civil; 10, nº 2, 302, nº 6, 329, 335, 344 a 353 do Código Comercial; 8º, Dec.-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945; Dec. nº 10, 16 e 18 nº 3.708, de 10/01/1919; 37, inciso II, 5º, da Lei nº 4.726, de 13 de julho de 1965, e 32 inciso VII, do Dec. 57.651, de 19 de janeiro de 1966.

Disposições que, por força dos artigos: 121, parágrafo único, inciso II, 134, incisos III e VII, 135, I e III, do Código Tributário Nacional; 4º, inc. V e § 2º, da Lei nº 6.830/80, determinaram a responsabilidade do Recorrido e sua legitimidade passiva para integrar a relação processual instaurada contra a empresa executada.

Conseqüentemente, injurídica a interpretação, dada às indigitadas disposições, que resulta em imputar ao Exequente a falta pela paralisação do processo, cassando-lhe o direito à cobrança judicial de seu crédito, ao mesmo tempo em que é dada eficácia, no âmbito do direito processual, à extinção irregular da pessoa jurídica, em flagrante discrepância com as normas de direito material e mesmo com o princípio basilar insculpido no artigo 243 do Código de Processo Civil, permitindo o benefício do Devedor com sua própria fraude.

Face ao exposto e demonstrado ser inaceitável o julgamento que:

a) não considerou a fraude à execução (185, CTN) como obstáculo criado pelo recorrido à tramitação do processo e, assim, mal aplicou o instituto da prescrição intercorrente, em decisão divergente dos julgados transcritos;

b) negou vigência ao artigo 40, da Lei nº 6.830/80, dando-lhe interpretação contrária às suas disposições e colidente com:

- a situação de fato à que se endereçam;
- sua finalidade;
- o artigo 109 do Código Tributário Nacional;
- outros julgados;

c) negou vigência aos artigos 173, do Código Civil, e 109, CTN;

d) afronta a ordem pública e os princípios éticos incorporados pelo direito positivo.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL espera a admissão e processamento do presente Recurso e, a final, seu provimento.

Termos em que
Pede Deferimento.

Porto Alegre, 17 de agosto de 1989.

2 - ACÓRDÃO DO STJ

RECURSO ESPECIAL Nº 2.565-0 - RS (90.0002692-0)

RELATOR : O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA
 RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 RECORRIDO : (...)
 ADVOGADOS : DRS. MARÍLIA F. DE MARSILLAC E OUTROS
 ANTONIO AUGUSTO VIEIRA FALCÃO E OUTROS

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

A suspensão do processo, por vários anos, não importa na sua extinção, mas apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens do devedor.

Não opera a prescrição intercorrente quando a credora não der causa à paralisação do feito.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento: os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e César Asfor Rocha.

Brasília, 29 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente/Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, com apoio nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, apontando como violado o

artigo 25 da Lei nº 6.830/80 que determina a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, bem como os arts. 173 do CCB e 40 da Lei nº 6830/80.

Alega, ainda, ter o v. aresto recorrido divergido de decisões que traz à colação.

Sustenta a necessidade de intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, aduzindo, ainda, não ter ocorrido a prescrição intercorrente uma vez que a Câmara Julgadora deixou de considerar o despacho exarado pelo Magistrado de 1º grau, datado de 27.05.82, onde, fundado no art. 40, § 2º da Lei nº 6.830/80, mandou arquivar os autos.

Prossegue aduzindo que o v. aresto hostilizado não considerou a fraude à execução como obstáculo criado pelo Recorrido à tramitação do processo e, assim, mal aplicou o instituto da prescrição intercorrente (fls. 89/112).

Admitido o recurso (fls. 116/119), subiram os autos a este C. Tribunal.

Nesta instância, os autos foram com vista à douta Subprocuradoria-Geral da República em abril de 1990, retomando a esta Corte em outubro do corrente ano, com parecer pelo provimento do recurso (fls. 131/141).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (RELATOR):—Aponta o recorrente como violados vários dispositivos legais, versando sobre a prescrição, devidamente prequestionados.

Conheço do recurso pela letra "a".

O recurso é admissível e fundado, merecendo provimento. Verifica-se pelos autos de execução em apenso, ter sido determinada a citação no dia 20/01/81 (fl. 02) e ela foi efetivada no dia 19/02/81 (fl. 11, tendo decorrido o prazo legal sem manifestação da devedora (fl. 12). Expedido o mandado de penhora (fl. 14), certificou o Sr. Oficial de Justiça que executada não mais estava estabelecida naquele endereço (fl. 14vº). Foi determinado vista ao credor, no dia 15/03/81 (fl. 15), que, no dia 13/04/81, requereu a suspensão do processo tendo o seu pedido sido deferido (fl. 16). No dia 27/05/82 o MM. Juiz singular determinou a baixa e o arquivamento dos autos da execução, na forma do parágrafo 2º, do artigo 40 da Lei nº 6.830/80 (fl. 17). Os autos permaneceram no arquivo até o dia 09/01/87 (fl. 19vº), quando o credor pediu fossem citados dos sócios da executada, sendo o pedido deferido (fls. 19/25).

Como se vê, não ocorreu a prescrição intercorrente porque, em momento algum, a credora ficou inerte, deixando de cumprir qualquer

determinação judicial. O processo ficou suspenso e arquivado, nos termos do artigo 40. Pelo caput deste dispositivo legal.

“O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor, ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

Na forma de seu parágrafo 2º, decorrido o prazo de um ano sem ser localizado o devedor ou encontrados bens, será ordenado o arquivamento e isto foi feito (fl. 17 dos autos em apenso).

Em qualquer tempo quando forem encontrados o devedor ou bens a serem penhorados, os autos serão desarquivados para que se prossiga a execução (parágrafo 3º). Esta determinação legal também foi atendida pelo credor que, localizados os sócios da executada, pediu a sua citação (fls. 19/25 dos autos em apenso).

Este Superior Tribunal de Justiça, no recurso Especial nº 8.384-RJ, julgado no dia 20 de março de 1991, do qual foi relator, decidiu que:

“A suspensão do processo, por vários anos, não importa extinção e resulta apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens do devedor.”

Naquela oportunidade salientei que o caso não é de extinção e muito menos com suporte no artigo 174 do CTN e 267, inciso IV do CPC e concluí que:

“O artigo 267 do CPC não se aplica as execuções fiscais por que estas são regidas pela Lei nº 6.830/80 e só subsidiariamente pelo CPC (artigo 1º). No caso, existe, na lei específica (6.830/80), dispositivo próprio que regula a suspensão e arquivamento provisório (artigo 40). Este dispositivo, determina o arquivamento provisório e não definitivo, na hipótese de não terem sido localizados os bens do devedor. A suspensão do processo, por vários anos, não importa extinção e resulta apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens. Assim sempre entendeu o TFR, bastando citar os seguintes precedentes: AC nº 132.453-PE, DJ de 03/12/87; AC nº 72.833-RS, DJ de 29/04/82; AC nº 72.913-RS, DJ de 05/08/82; AC nº 72.952-RS, DJ de 10/04/86 e AC nº 116.752-PE, DJ de 26/02/87.”

Nos Recursos Especiais nºs 33.339-0-MG, 35.690-3-SP, julgados no dia 18/08/93, dos quais fui relator, entendeu esta Egrégia Turma que não se opera a prescrição intercorrente quando a credora não deu causa à paralisação do feito.

Já é pacífico neste Tribunal este entendimento, bastando citar os Recursos Especiais nºs 31.693-RJ, DJ de 28/06/93; 31.695-RJ, DJ de 28/06/93; 31.696-RJ, DJ de 28/06/93; 31.698-RJ, DJ de 28/06/93; 31.699-RJ, DJ de 28/06/93; 31.700-RJ, DJ de 28/06/93 e 31.701-RJ, DJ de 28/06/93.

A Súmula nº 78 do TFR dispõe que:

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição.”

Com razão a Dra Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, digna Subprocuradora-Geral da República, em seu bem lançado Parecer de fls. 131/141, do qual destaco o seguinte trecho:

“Na realidade, estando suspensa a execução fiscal, a prescrição intercorrente não poderia se consumar.

Preceitua o artigo 40, da Lei nº 6.830/80:

“O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, **não correrá o prazo de prescrição.**”

Parágrafo 1º – Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

Parágrafo 2º – **Decorrido o prazo máximo de 01 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.**

Parágrafo 3º – **Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.**” (grifos nossos)

O Professor THEOTÔNIO NEGRÃO *in*, “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, 16ª edição, Malheiros Editores/SP, 1993, página 856, comentando a matéria, nas notas 3, 4 e 6 assim se manifestou:

“Artigo 40: 3 – Esta suspensão se faz sem o cancelamento da distribuição do feito, porque não é caso da extinção do processo, porém de simples arquivamento, depois de decorrido o prazo do parágrafo 2º (STJ – R.g. 91.2940-8-RJ, Rel. Min. Américo Luz, 14/04/91, deram provimento, v.u., D. 20/05/91, p. 6.525, 1ª col. em).

Artigo 40: 4 – O arquivamento se dá mediante simples despacho (RTFR 138/61), despacho esse irreconstruível (artigo 504, nota 02), se não causar prejuízo: ao passo que a extinção do processo depende de sentença (CPC, 795). Se, além do arquivamento, o juiz determina o cancelamento da distribuição, cabe agravo de instrumento (TRF – 4ª Turma. AC

74.372-RS, Rel. Min. José de Jesus Filho, J. 03/09/86, conheceram da apelação como agravo, v.u., DJU 02/10/86, p. 18.184, 2ª col. em.: tb. em Vol. do TFR 107/15).

Artigo 40: 6 – Não há extinção do processo de execução fiscal, porém simples arquivamento, podendo prosseguir a execução, nos termos do parágrafo 3º (RSTJ 20/421: TFR – 6ª Turma. AC 72.954-RS, Rel. Min. Torreão Braz, j. 06/06/83, deram provimento parcial, por maioria, DJU 20/10/83, p. 16.213, 1ª col., em.).

Partindo-se dessa premissa, o recurso cabível contra a decisão que determina o seu arquivamento é o agravo (v., porém, nota 04). Diversamente: RJTJESP 105/326, sustentando que é a apelação, mas não há erro grosseiro na interposição do agravo.

“A suspensão do processo, – por vários anos, não importa extinção e resulta apenas no seu arquivamento provisório até que sejam localizados os bens do devedor” (STJ – 1ª Turma, Resp. nº 8.384-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, 20/03/91, deram provimento, v.u., DJU 29/04/91, p. 5.254, 1ª col., em.).

Por outro lado, nossos tribunais, em hipóteses análogas à presente, têm decidido, *verbis*:

“Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Supressão. Lei nº 6.830/80.

A prescrição intercorrente admitida pela jurisprudência da Lei 6.830, de 1980, foi suprimida pelo respectivo artigo 40, parágrafo terceiro, antes afronta à Constituição Federal, porque à época essa matéria não se incluía no rol das normas gerais do direito tributário, categoria em que foi incluída somente a partir da Constituição Federal de 1988. Apelação provida.” (AC 425.714-RS, TRF, 4ª Região. 1ª Turma; Rel. Juiz ARIPARGENDLER, publ. DJ. Seção II, 25/08/93, pág. 33.907).

“Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Supressão. Lei nº 6.830/80.

A prescrição intercorrente, nas execuções fiscais, foi abolida pelo artigo 40, parágrafo 3º, da Lei nº 6.830, de 1980. Hipótese em que, ademais, ela sequer teria se caracterizado, sabido que a jurisprudência anterior só a dava como implementada se o processo ficasse paralisado por mais de cinco anos por inércia do credor. Apelação provida.”

(AC 403.312-RS, TRF, 4ª região, Rel. Juiz ARI PARGENDLER, publ. DJ, Seção II, 05/05/93, pág. 16.163).

“Tributário. Processual Civil. Artigo 40 da Lei nº 6.830/80.

– Não localizado o devedor, ou bem sobre o qual possa incidir a penhora, não compete ao juiz extinguir de ofício o processo com base na prescrição intercorrente. O procedimento cabível, desde que intimado o credor, é o arquivamento sem baixa na distribuição, na forma do artigo 40 da Lei nº 6.830/80.

– Recurso provido. Sentença reformada.” (AC 205.888-RJ, TRF, 2ª Região, Rel. Juiz CLÉLIO ERTHAL, publ. DJ. Seção II, 09/03/93).

Não se configurou, assim, a prescrição intercorrente, por duas razões: a uma, porque descumprida a formalidade indispensável da intimação pessoal do representante da Fazenda Pública; a duas, porque o processo estava suspenso nos termos do artigo 40, parágrafo 2º, com o parágrafo 3º do mesmo dispositivo.

Para o acórdão, ora recorrido, o prazo voltará a correr após a suspensão de 01 (hum) ano, a teor do parágrafo 2º, artigo 40 da Lei nº 6.830/80, dando lugar à prescrição intercorrente.

Todavia, os ilustres julgadores desconsideraram o despacho de fl. 17 dos artigos em apenso, no qual o MM. Juiz, com fulcro no mesmo artigo 2º, mandou arquivar os autos.

É que nesses casos, não ocorre a extinção do feito, mas simples arquivamento podendo a **qualquer tempo prosseguir a execução**, a teor do parágrafo 3º do mesmo dispositivo.” (fls. 136/140)

Dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido, afastar a prescrição e determinar que seja examinado o mérito.

3 - ACÓRDÃO DO TJ/RS

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 588 045021

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE

(...)

APELANTE;

(...)

(...)

(...)

INTERESSADOS;

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao recurso de (...), feita a correção da individual, o que decide de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas, que integram o presente acórdão.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Exm^{os}, Srs. Des. ELIAS ELMYR MANSSOUR, Presidente, e CELESTE VICENTE ROVANI.

Porto Alegre, 26 de abril de 1994.

DES. TUPINAMBÁ M. C. DO NASCIMENTO, /Relator.

RELATÓRIO

O DES. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO (RELATOR) – (Leu o relatório de fls. e peças dos autos).

VOTO

O DES. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO (RELATOR) – Na inicial dos embargos à execução, disse o embargante, relativamente ao mérito: “sabe que a sociedade não pagou a dívida por falta de recursos financeiros, não tendo havido fraude ou dolo e, nem mesmo, infração ao art. 135 do CTN” (fl. 3). A decisão da 1ª instância, quanto ao

mérito, somente disse: “As alegações respeitantes ao mérito não são jurídicas” (fl. 24). Nas razões de apelação (fls. 27/30), nenhuma linha existe no que concerne à irresignação quanto ao mérito, centrando-se as razões na tese da prescrição, ponto já afastado pela Colenda 1ª Turma do STJ (fl. 155).

A hipótese é de não conhecimento do recurso quanto ao mérito, visto que o apelo teve argumentação parcial. Entretanto, mesmo que conhecesse estaria por negar provimento, com base em dois elementos: a) houve dissolução irregular da empresa (fl. 14 v. do Apenso); b) por força disto, todos os sócios, mesmo não-gerentes, tornaram-se responsáveis, por dívida confessa nos autos.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

É o voto.

O DES. CELESTE VICENTE ROVANI – De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. ELIAS ELMYR MANSSOUR) – De acordo.

Apelação Cível nº 588 04502 1, de Porto Alegre – “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE (...) FEITA A CORREÇÃO DA INDIVIDUAL. UNÂNIME.”

O MARIDO COMO DEPENDENTE DA MULHER NO IPERGS

1 - PETIÇÃO

MARCIA PORTO CASTRO
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Objeto: - MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar)

O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial abaixo firmado, vem, respeitosa-mente, impetrar Mandado de Segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

I - DOS FATOS

1. GIOVANA DA SILVA LENZI moveu medida cautelar inominada para que seu marido seja incluído como seu dependente. Informou na inicial que é funcionária pública estadual, casada, e que seu marido está desempregado desde meados do ano passado, dependendo economicamente da autora, e que no mês de fevereiro ficou gravemente enfermo, com risco de vida, necessitando internação hospitalar para exames e tratamento. Internou-o no Hospital Mãe de Deus, mas não tem recursos para custear o tratamento. Moveu, assim, cautelar inominada, para que seu marido seja incluído como dependente com efeito retroativo a 21 de fevereiro, arcando o IPERGS com as despesas do tratamento no Hospital Mãe de Deus.

O magistrado concedeu liminar, entendendo presentes os requisitos de urgência e aparência de bom direito.

II - DO ATO IMPUGNADO

O Instituto de Previdência do Estado insurge-se com a concessão da liminar contra lei expressa e com abuso de poder.

Preliminarmente, a cautelar é satisfativa e esgota o objeto da ação, contrariando o art. 1º, § 3º da Lei 8.436, de 30 de junho de 1992.

Ilegal, também, porque, se tivesse impetrado Mandado de Segurança haveria vedação legal à concessão da liminar que implica em pagamento de vantagens (Lei 5021, art. 1º, § 4º), incidindo o art. 1º, caput, da referida Lei 8.436.

3. No mérito, a concessão da liminar afigura-se flagrantemente ilegal, porque não há **fumus boni juris**, tampouco **periculum in mora**, a alicerçá-la.

A igualdade dos cônjuges está prevista no art. 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988, e artigo 201, inciso V, normas de princípios constitucionais, sem auto-aplicabilidade, normas constitucionais de eficácia contida, na classificação feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao dividir as normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade e, conforme o mesmo administrativista essas normas também são de "aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade". JOSÉ AFONSO DA SILVA, APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 2ª ed., 1982.

4. A norma constitucional que consagra o princípio da isonomia é uma norma que depende da legislação ou de outra providência, ou, na terminologia norte-americana, não é auto-aplicável.

5. E, de qualquer modo, dispondo a Constituição sobre a igualdade no art. 5º, caput, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", e, repetindo no inciso I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, constata-se que toda a legislação ordinária deve ser modificada, oportunamente, para assegurar esse princípio constitucional geral.

Não seria colocando o marido como dependente, porque a igualdade não se coaduna com a dependência, mas em situação de mútua assistência, baseado na relação de igualdade de direitos e deveres (art. 226, § 5º da CF).

6. E, obviamente, esta nova lei que regulamentar a previdência social estadual deverá atender também ao disposto no art. 195, § 5º da Constituição Federal pelo qual "Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total."

Destaca-se, ainda, que não há prova, sequer esboço de prova de invalidez, único caso em que legalmente há dependência do marido. Os documentos anexados não referem a doença do marido, nem da urgência da hospitalização.

Com o forte precedente em que se constituirá, se toda funcionária pública pretender internar o marido para que o IPERGS pague o tratamento médico, sem a competente fonte de custeio, haverá colapso do serviço de saúde do IPERGS, mantido pelos funcionários públicos, e previsto apenas para os casos previstos em lei.

7. Matéria semelhante já foi apreciada em vários processos, pelos Magistrados da 2ª e da 3ª Vara da Fazenda Pública, ao apreciarem os processos 01191335726 e a ação movida por IRACEMA TEBALDI LAJARA.

Entendeu o Magistrado ao julgar o MS movido por Glonia Leocadia Oliveira Correa, valendo-se do Parecer do Ministério Público:

"Sabe-se que os benefícios previdenciários dependem de lei reguladora. Basta dar uma olhada 'en passant', no art. 41 e parágrafos da Carta Estadual que exigem lei ordinária.

No que diz respeito ao marido da segurada, a Lei nº 7716, de 16.10.1982, que modificou a Lei 7.672/82, neste particular, refere que para ser dependente deve ser inválido.

Não há qualquer prova de atendimento a tal condição e nem há notícia de que a autarquia ter-lhe ferido tal direito.

De outra banda, não se pode aplicar o art. 226, § 5º, como quer a impetrante, porque os dispositivos constitucionais federais aplicáveis à espécie estão no Capítulo II da Ordem Social e não no da Família, como está o invocado.

O art. 201, V, da CF, prevê PENSÃO por morte, ao marido, mas também após edição de lei. "Cópia de trecho da sentença."

8. Também o Tribunal de Justiça do Estado já se manifestou a respeito da mesma matéria, podendo-se referir, entre outros, as apelações cíveis nºs 593064116 e 593020712, da qual se copia a ementa por pertinente:

"INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO. Dependência do marido. Cuidando-se de Instituto restrito a servidores, só mediante provimento legislativo possível gerarem-se novos casos de dependência. Quando o constituinte igualou a mulher ao homem em todos os direitos fundamentais, pretendeu elevá-la e não instituir o marido como dependente. Nos planos de previdência social e assistência, há que se cogitar também a fonte de custeio, sob pena de se inviabilizar o instituto".

9. Não há também, *periculum in mora*. Desde a Constituição de 1988, "a saúde é direito de todos e dever do Estado", art. 196, "garantido mediante

políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Foi criado, assim o Sistema Único de Saúde, que atende todos os brasileiros, sem exceção, e desvinculado de qualquer contribuição à Previdência Social. Então o marido da funcionária, mesmo desempregado teria sido atendido pelo SUS, em qualquer hospital conveniado, e com direito aos exames necessários, e tratamento condigno.

Já o Hospital Mãe de Deus, que atende a classe A, e talvez o mais caro do Estado, não é conveniado do SUS. Mas, em caso de urgência, há inúmeros hospitais em que seria bem atendido.

A segurada não fez a prova de que teria sido negado atendimento a seu marido em Hospital conveniado do SUS.

10. A liminar concedida é ilegal. O próprio Magistrado reconheceu “inexistir lei própria, pode o juiz prover para fins de garantir a jurisdição”.

O Magistrado legislou, ao criar ao lado dos casos taxativamente enumerados na lei previdenciária, mais um caso de dependência – a do marido temporariamente doente. A legislação prevê a dependência do marido inválido – incapaz total e permanentemente para toda e qualquer atividade. Legislou e ofendeu a independência e harmonia dos poderes CF, art. 25, c/c art. 2º, e artigo 60, § 4º, inciso III.

Se os tratamentos médico-hospitalares de pessoas não dependentes de segurados forem concedidos judicialmente, segundo o critério de cada juiz, ao arrepio da lei, ferindo o princípio da legalidade, alcançaremos o caos na previdência estadual.

O eminente processualista GALENO LACERDA, sobre a aplicação das medidas liminares, nos COMENTÁRIOS AO CÓDIGO CIVIL assim se pronunciou, antes mesmo da edição da Lei 7.969/89 referida:

“Verificado, assim, que o mandado de segurança não impede a utilização da cautela cabível porque não coincidentes os dois remédios processuais, devem-se examinar, agora, as correlações que os ligam.

Advertimos, no comentário ao artigo 798 (nºs 25 e 28) para a excepcional importância e força do poder cautelar e para os conseqüentes riscos de sua aplicação abusiva, a reclamar do juiz redobrado critério e prudência na discricão que a lei lhe conferir.

Demonstrada a possibilidade da ação cautelar inominada no direito público, tanto maior o cuidado contra eventual abuso em sua impetração, tendo-se em vista a ALTA RELEVÂNCIA DOS INTERESSES PÚBLICOS LEGÍTIMOS QUE PODERÃO SER FERIDOS PELA CONCESSÃO TEMERÁRIA DE LIMINAR.

E aqui atingimos o ponto nodal da questão, exatamente aquele que assemelha a ação cautelar ao mandado de segurança, ou seja, a possibilidade de liminar. Como esta possibilidade não consta expressamente do texto constitucional (que fala em ‘mandado de segurança’ e não em liminar) e considerando que para a ação cautelar basta a aparência e não a certeza e liquidez do direito exigidas pela LEI MAGNA, parece evidente que, por coerência de sistema, onde a lei ordinária proibir a liminar no writ (coisa que o legislador pode fazer, porque, repetimos, a Constituição não se refere à medida prévia), o mesmo valerá em situações idênticas, para a liminar na cautela” (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. GALENO LACERDA, TOMO I, pág. 186/187, Ed. Forense, 1980).

Assim, o IPERGS se insurge com o despacho do MM. Magistrado da 2ª Vara da Fazenda Pública, pediu reconsideração e agravou de instrumento, requerendo efeito suspensivo, e impetra esse Mandado de Segurança para dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

III – DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

11. É cabível Mandado de Segurança contra ato judicial quando ao recurso adequado não for conferido efeito suspensivo e do qual advenha dano irreparável ou dano ex jure de ilegalidade patente e manifesta.

As linhas gerais do cabimento do M.S. contra ato judicial foram traçadas com precisão pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, em julgamento publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 70/504, RE 76.909/RS do qual se transcreve trechos para elucidação:

“a não-suspensividade do recurso cabível é, certamente, para mim e creio que para todos, condição necessária à admissibilidade do mandado de segurança, pois não teria sentido subverterem-se a progressão e o desdobramento regulares da relação processual com a intercalação de writ inócuo, que objetivasse o fim já garantido pelo próprio recurso ordinário. Mas não é, nem pode ser, condição suficiente.

Só adito, portanto, relativamente ao dano ex jure e assim mesmo em linha de princípio, aquele que se faz timbrar por ilegalidade patente ou manifesta do ato que o ameaça.

Em suma, condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não-suspensividade do recurso acaso cabível ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correição a que também alude a lei, uma ou outra somadas ao dano ameaçado por ilegalidade

patente e manifesta do ato impugnado e, com menor exigência relativamente a tal ilegalidade, àquela efetiva e objetivamente irreparável." Cfe RTJ 70/504.

12. O despacho do Juiz concedendo a liminar é manifestamente ilegal por ter legislado e criado ao lado dos casos enumerados taxativamente na legislação do IPE mais uma situação de dependência, sem a competente fonte de custeio. Ofendeu, assim, a independência e a harmonia dos poderes (CF art. 25 c/c art. 2º e art. 60, § 4º, inciso III).

IV - O PEDIDO

Pelo exposto.

Considerando que o despacho impugnado implicou as manifestas ilegalidades apontadas na presente petição.

Considerando que o agravo de Instrumento, recurso de que se dispõe, não possui eficácia suspensiva.

Considerando, ainda, a ocorrência na espécie de dano "ex jure".

LIMINARMENTE, O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL requer seja o presente Mandado de Segurança recebido para cassar o ato impugnado ou dar efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento proposto na 2ª Vara da Fazenda Pública.

Valor para efeitos fiscais: o da alçada.

N. Termos

P. Deferimento

Porto Alegre, 14 de março de 1994.

2 - DESPACHO DEFERITÓRIO

Vistos etc.:

Não resta dúvida de que homem e mulher, marido e esposa, são iguais perante a lei, e que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (Constituição Federal, arts. 5º, inc. I e 196).

Mas, de outro lado, "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos" do Poder Público, e "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total" (Constituição Federal, art. 195 e seu § 5º).

Ora, sem fonte de custeio e sem previsão legal de seguridade recíproca entre marido e mulher e vice-versa pelo mesmo órgão securitário ou de previdência social, não se pode criar, pela via judicial, hipóteses de dependência securitária.

Fazem-se, pois, evidentes, ao menos **prima facie**, os requisitos da boa fumaça do direito do impetrante e do **periculum in mora**.

Por tais motivos, defiro a liminar para agregar ao agravo de instrumento interposto pelo impetrante perante o juízo **a quo**, o efeito suspensivo.

Oficie-se à autoridade judiciária dita coatora, para que, no prazo de lei, preste as informações que entender necessárias para a instrução do feito.

Intime-se.

Após, vistas ao Ministério Público.

Porto Alegre, 15 de março de 1994.

CELESTE VICENTE ROVANI
Desembargador de Plantão

PRECATÓRIO NA EXECUÇÃO CONTRA AUTARQUIAS

1 - MEMORIAL

RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

REFERÊNCIA: RO-MS 078956/93.3

Recorrente: Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul

Recorrido: Rubem dos Santos Gussi

Mandado de Segurança – Autarquia Estadual – Instituição Financeira – Execução via Precatório – Legitimidade – Inteligência dos arts. 37, caput, e XIX, 100, 173, § 1º, 174 e 192 da Constituição Federal, 41, do ADCT da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, 730 do CPC.

1. Foi denegada a presente mandamental ao argumento de que sendo a Caixa integrante do Sistema Financeiro Único, com funções de banco múltiplo, não poderia pleitear a execução via precatório.

2. Sustenta, em seu recurso ordinário, a recorrente sua posição de autarquia em face não só do art. 41 do ADCT da Constituição gaúcha de 1989, como detalhamento do art. 192 da CF/88, que prevê a possibilidade de instituições financeiras *públicas* ao lado das *privadas*, sobre o qual não se emitiu um provimento sequer por ocasião do julgamento, como também da lei estadual que a criou, atendendo ao rigor da exigência do art. 37, XIX, sobre a qual também não emitiu um único provimento. Com base no entendimento manifestado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 120932-1/210, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU 30/04/92, a recorrente afirma que nada há de teratológico na adoção, por ela, da forma autárquica. Doutrinadores de escol são mencionados, como **GERALDO ATALIBA** (*Caixa Econômica e Serviço Público - limites a lei federal sobre atividades financeiras - Intervenção federal no Estado? Revista de Direito Público. São Paulo, 21 (87): 59-60, jul/set 1988*) **PAULO ALBERTO PASQUALINI** (*Considerações sobre a proposta de extinção das*

caixas econômicas estaduais. *Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, 41 (171): 125-6 jan/mar 1988*), **EROS ROBERTO GRAU** (Caixa Econômica. *Revista de Direito Público. São Paulo, 22 (89): 93, jan/mar 1989*), **WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA** (A experiência brasileira de Constituição Econômica. *Revista de Informação Legislativa. Brasília 26 (102): 44-6, abr/jun 1989*) e **MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO** (Caixas Econômicas Federais. In: França, Rubens Limongi, *Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 2, p. 473-4*), a demonstrar que não se podem confundir os bancos com as Caixas Econômicas, porquanto a estas é cometido o encargo de financiar obras públicas estaduais e municipais, bem como programas sociais, em setores desinteressantes aos bancos porque não rentáveis, que mais não são elas que reprodução de seus similares europeus, versados na doutrina dos países integrantes da Comunidade Econômica Européia como estabelecimentos públicos, que o regime especial do art. 192 da CF/88 excepcionaria o geral do 173, § 1º, uma vez que por princípio não se admitem palavras inúteis na lei e que, além de se inspirar na Constituição portuguesa, que, sabe-se, considera como público o serviço prestado pelas instituições financeiras, conferiu à lei 4595/64 o *status* de Lei Complementar, tendo o art. 24 desta lei expressamente dito dever ser respeitada a estrutura jurídica das Caixas Estaduais e estabelecido a inadmissibilidade, perante o Direito positivo brasileiro, das Caixas Econômicas da iniciativa privada. Observe-se, ainda, a inconsistência do argumento segundo o qual a recorrente seria integrante do sistema financeiro único estadual, porquanto mister se faria para que dita unificação se verificasse que fosse promulgada lei específica, nos termos do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988. À míngua da edição de diploma legal, não há falar em unificação do sistema financeiro, nem muito menos em descaracterização da autarquia. Se, eventualmente, alguma de suas atividades extrapolar o âmbito de atuação destas entidades, que podem desempenhar todas as funções previstas no art. 174 da Constituição de 1988, estar-se-á diante de situação antijurídica, inábil para tomar sem efeito situação juridicamente definida, cuja correção deverá ser feita através da via apropriada, pelo juízo competente. Dita correção é problema que desborda das relações trabalhistas, uma vez que diz respeito à relação da impetrante para com a população rio-grandense. Irrelevante, outrossim, o fato de a recorrente contratar seus servidores sob o regime da CLT para descaracterizá-la como pessoa de direito público, à vista de, antes da unificação dos regimes jurídicos, existirem servidores celetistas nos quadros de pessoal da União, dos

Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, e a usurpação da função legislativa efetivada pelo judiciário ao descaracterizar entidade definida por lei, à vista do comando dos arts. 2º e 37, XIX, da CF/88. 3. Por fim, a recorrente salienta que pleitear a execução via precatório e pleitear o gozo dos privilégios do Decreto-Lei 779/69 não são sinônimos, porquanto o precatório se acha previsto constitucionalmente como ponto de equilíbrio entre o direito do credor ter satisfeito o seu crédito e o princípio da estrita vinculação orçamentária e que mesmo que, por absurdo rematado, pudesse ser sustentado que desempenha atividade econômica e não serviço público da mais alta relevância, até porque, ao contrário do que ocorre com os bancos, não se admite a exploração das caixas econômicas pela iniciativa privada, não vigora tal distinção para efeitos de precatório por se tratar de distinção não feita pelo constituinte, vedada, portanto, ao intérprete. Tais, em resumo, os argumentos trazidos no recurso ordinário que uma vez examinados, fatalmente conduzirão à reforma do julgado.

Deferimento

Brasília, 22 de novembro de 1993.

2 - ACÓRDÃO

PROC. Nº TST-RO-MS-79889/93.7

Execução contra autarquia estadual.

Ante a regra do artigo 4º da Lei 8197/91, os pagamentos devidos pelas autarquias far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta do respectivo crédito.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-RO-MS-79889/93.7, em que é recorrente CAIXA ECONÔMICA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL, e Recorrido RUBEM SANTOS GUSSI e é Autoridade Coatora JUIZ PRESIDENTE DA 5ª JCJ DE PORTO ALEGRE.

A Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul impetrou Mandado de Segurança contra ato da Exma. Juíza Substituta da 5ª JCJ de Porto Alegre, sustentando que, sendo ela uma autarquia estadual, a execução de seus débitos deve ser feita por precatório, na forma prevista nos artigos 100 da Constituição Federal, 730 do CPC e artigo 4º da Lei 8197/91.

O Eg. 4º Regional, cassando a liminar deferida, denegou a Segurança ao fundamento de que, sendo a Impetrante autarquia estadual que explora atividade econômica, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo-lhe inaplicável o artigo 100 da Constituição Federal, artigo 730 do CPC e Decreto-Lei 779/69, e que o artigo 4º da Lei 8197/91 merece para afastar o comando do artigo 173 da Constituição Federal.

Inconformada, a Impetrante interpõe o presente Recurso Ordinário. Insurge-se contra o acórdão recorrido, sustentando que não se pode invocar o artigo 173 da Constituição Federal para negar-se às autarquias sua condição de Fazenda Pública, devendo prevalecer o disposto no artigo 4º da Lei 8197/91 que determina o pagamento devido pelas autarquias, por ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais.

O Recurso foi admitido pelo despacho de fl. 162 e não foi contrarrazoado.

A douta Procuradoria-Geral do Trabalho opina pelo provimento do Recurso para conceder a Segurança.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Recurso tempestivo e regularmente representado, CONHEÇO.

MÉRITO

As razões de decidir do v. acórdão embargado resultou da interpretação do artigo 173, § 1º da Constituição Federal segundo o qual "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."

Penso, porém, que a expressão "outras entidades" não podem incluir as autarquias, pois essas integram, na verdade, a Fazenda Pública, já que, embora constituindo uma personalidade autônoma (De Plácido e Silva), fazem parte do Estado (Hely Lopes Meirelles).

Assim, melhor se enquadram no disposto do artigo 100 da Carta Magna.

Subsistisse, porém, alguma dúvida, creio estaria ela sanada ante a regra do artigo 4º da Lei 8197/91, que, repetindo o que já estava previsto nos artigos 58 e 59 da Lei 5010/66, é muito claro ao estipular que os pagamentos devidos pelas autarquias far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais e à conta do respectivo crédito".

E, acrescento que de outro modo não poderia ser, já que os bens das autarquias não são penhoráveis. E não se admite o processo de execução impugnado pela Impetrante sem a possibilidade de penhora e praça dos bens do devedor na hipótese de não pagamento voluntário da dívida cobrada.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Ordinário para conceder a segurança tal como requerida.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Eg. Seção de Dissídios Individuais, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, concedendo a segurança requerida, determinar que a execução se faça mediante Precatório, obedecendo-se a ordem cronológica dos precatórios.

Observação: o Advogado do Recorrente protestou pela juntada da portaria de nomeação, no prazo legal.

Brasília, 23 de novembro de 1993.

JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA
VICE-PRESIDENTE NO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA

CNÉA MOREIRA
RELATORA

Ciente:

GUILHERME MASTRICHI BASSO
PROCURADOR REGIONAL DO TRABALHO

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Acumulação de cargo ver LICENÇA – TRATAMENTO DE INTERESSES- INVESTIDURA EM OUTRA FUNÇÃO	61
ADVOCACIA PÚBLICA	
– Advocacia Pública. Artigo do Procurador do Estado de São Paulo, José Afonso da Silva	11
ANISTIA – INFRAÇÃO	
– Ação popular contra anistia por infração. Contestação. Trabalho Forense da Procuradora do Estado Helena Acauan Pizzato	187
APOSENTADORIA ESPECIAL – PROFESSOR	
– Exercício na TVE e aposentadoria especial de professor. Parecer da Procuradora do Estado Elaine de Albuquerque Petry	129
AUTARQUIA – DIRIGENTE – SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO	
– Salário de contribuição dos dirigentes autárquicos. Parecer da Procuradora do Estado Sandra Maria Lazzari	147
Autarquia – Precatório ver PRECATÓRIO – AUTARQUIA	235
Cargo – Acumulação ver LICENÇA TRATAMENTO DE INTERESSES INVESTIDURA EM OUTRA FUNÇÃO	61
CEEE – Postes ver POSTES – CEEE – UTILIZAÇÃO POR PARTICU- LARES	119
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – INCIDÊNCIA – DIREITO PRIVADO	
– Incidência da Constituição no direito privado. Artigo da Procuradora do Estado Rosa Maria de Campos Aranovich.....	47
Constituição Federal de 1988 – Art. 37, XVI Ver LICENÇA TRATAMENTO DE INTERESSES – INVESTIDURA EM OUTRA FUNÇÃO	61
Constituição Federal de 1988 – Art. 37, XI Ver DEPUTADOS – REMUNERAÇÃO	69

CONTRATO ADMINISTRATIVO – EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO	
– Equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo. Artigo da Procuradora do Estado de São Paulo Maria Sylvia Zanella di Pietro ...	17
DEPUTADOS – REMUNERAÇÃO	
– Fixação da remuneração dos parlamentares. Emenda nº 1/92. Parecer do Procurador do Estado Mario Bernardo Sesta	69
Direito Privado ver CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – INCIDÊNCIA – DIREITO PRIVADO	47
Dirigente de autarquia – salário de contribuição ver AUTARQUIA – DIRIGENTE – SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO	147
DÍVIDA ESTADUAL – REFINANCIAMENTO	
– Refinanciamento da dívida estadual junto à União. Parecer da Procuradora do Estado Silvia La Porta	125
Emenda Constitucional nº 1/92 Ver DEPUTADOS – REMUNERAÇÃO	69
Estado – Dívida – Refinanciamento ver DÍVIDA ESTADUAL REFINANCIAMENTO	125
ESTATUTO DISCIPLINAR ÚNICO	
– Estatuto disciplinar único. Artigo do Procurador do Estado Luiz Vicente de Vargas Pinto	33
EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO	
– Prescrição intercorrente em execução fiscal. 1. Recurso Extraordinário. 2. Acórdão do STJ. 3 Acórdão do TJ/RS. Trabalho Forense da Procuradora do Estado Marília F. de Marsillac	205
FGTS – OPÇÃO RETROATIVA	
– Opção retroativa pelo FGTS. Parecer da Procuradora do Estado Marisa Soares Grassi	135
FLORESTAS – COMPÊNCIA PARA LEGISLAR	
– Competência para legislar sobre florestas. Parecer da Procuradora do Estado Verena Nygaard	153
INCONSTITUCIONALIDADE – INCIDENTE	
– Efeitos de decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade. Parecer do Procurador do Estado Maurício Azevedo Moraes	139
Infração – Anistia ver ANISTI – INFRAÇÃO	187

IPERGS - DEPENDENTE – MARIDO	
– O marido como dependente da mulher no IPERGS. 1. Petição. 2. Despacho deferitório. Trabalho Forense da Procuradora do Estado Márcia Porto Castro	227
LICENÇA TRATAMENTO DE INTERESSES – INVESTIDURA EM OUTRA FUNÇÃO – Investidura em outra função durante a licença. Parecer do Procurador do Estado Caio Martins Leal.	61
LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE	
– Licença para acompanhar cônjuge. Parecer da Procuradora do Estado Rosa Maria de Campos Aranovich	143
OBRAS PÚBLICAS – FINANCIAMENTO – TRIBUTO – ANTECIPAÇÃO	
– Financiamento de obras públicas pela antecipação de tributos. Parecer do Procurador do Estado José Hugo V. Castro Ramos	169
Parlamentares ver DEPUTADOS – REMUNERAÇÃO	69
PENSÃO – COMPLEMENTAÇÃO	
– Complementação de pensão à filha inválida. Parecer da Procuradora do Estado Rosa Maria Peixoto Bastos	115
POSTES – CEEE – UTILIZAÇÃO POR PARTICULARES	
– Utilização de postes da CEEE por particulares. Parecer da Procuradora do Estado Lisete Maria Skrebski	119
PRECATÓRIO – AUTARQUIA	
– Precatório na execução contra autarquias. 1. Memorial. 2. Acórdão. Trabalho Forense do Procurador do Estado Ricardo Antônio Lucas Camargo	235
Prescrição – Execução Fiscal ver EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO	205
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PENA – COMUTAÇÃO	
– Comutação de penalidade em processo disciplinar. Parecer do Procurador do Estado Luiz Carlos Souza Leal	107
Professor – Aposentadoria Especial ver APOSENTADORIA ESPECIAL – PROFESSOR	129

Professor – Licença ver LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE	143
Remuneração ver DEPUTADOS – REMUNERAÇÃO	69
SALÁRIO – CONVERSÃO – URV – SERVIDORES IPERGS	
– Conversão em URV dos salários dos servidores do IPERGS. 1. Requerimento. 2. Despacho deferitório. Trabalho Forense dos Procuradores do Estado Alexandre Mussoi Moreira e Nei Gilvan Gatiboni	177
Servidor IPERGS – Salário – Conversão ver SALÁRIO – CONVERSÃO – URV – SERVIDORES IPERGS	177
TELEFONE – TARIFAS – ISENÇÃO	
– Isenção de tarifas telefônicas para prefeituras. Parecer da Procuradora do Estado Mercedes de Moraes Rodrigues	163
Tributo – Antecipação ver OBRAS PÚBLICAS – FINANCIAMENTO – TRIBUTO – ANTECIPAÇÃO	169

ÍNDICE DE AUTOR

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. – Incidência da Constituição no direito privado. Artigo – Licença para acompanhar o cônjuge. Parecer	47
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. – Complementação de pensão à filha inválida. Parecer	115
CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. – Precatório na execução contra autarquias – 1. Memorial 2. Acórdão. Trabalho Forense	235
CASTRO, Márcia Porto. – O marido como dependente da mulher no IPERGS – 1. Petição 2. Despacho deferitório. Trabalho Forense	227
DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. – Equilíbrio econômico financeiro do Contrato Administrativo. Artigo	17
GATIBONI, Nei Gilvan. – Conversão em URV dos salários dos servidores do IPERGS – 1. Requerimento 2. Despacho deferitório	177
GRASSI, Marisa Soares. – Opção retroativa pelo FGTS. Parecer	135
LA PORTA, Sílvia. – Refinanciamento da dívida estadual junto à União. Parecer	125
LAZZARI, Sandra Maria. – Salário de contribuição dos dirigentes autárquicos. Parecer	147
LEAL, Caio Martins. – Investidura em outra função durante a licença. Parecer	61
LEAL, Luiz Carlos Souza. – Comutação de penalidade em processo disciplinar. Parecer	107
MARSILLAC, Marília F. de. – Prescrição intercorrente em execução fiscal. – 1. Recurso Especial 2. Acórdão do STJ. 3. Acórdão do TJ/RS. Trabalho Forense	205
MORAES, Maurício Azevedo. – Efeitos de decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade. Parecer	139

MOREIRA, Alexandre Mussoi. – Conversão em URV dos salários dos servidores do IPERGS – 1. Requerimento. 2. Despacho deferitório. Trabalho Forense	177
NYGAARD, Verena. – Competência para julgar sobre florestas. Parecer	153
PETRY, Elaine de Albuquerque. – Exercício na TVE e aposentadoria especial de professor. Parecer	129
PINTO, Luiz Vicente de Vargas. – Estatuto disciplinar único. Artigo	33
PIZZATO, Helena Acauan. – Ação popular contra anistia por infração – Contestação. Trabalho Forense	187
RAMOS, José Hugo V. Castro. – Financiamento de obras públicas pela antecipação de tributos. Parecer	169
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. – Isenção de tarifas telefônicas para prefeituras. Parecer	163
SESTA, Mário Bernardo. – Fixação da remuneração dos parlamentares. Emenda nº 1/92. Parecer	69
SILVA, José Afonso da. – Advocacia Pública. Artigo	11
SKREBSKI, Lisete Maria. – Utilização de postes da CEEE por particulares. Parecer	119

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vanin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica. Em decorrência da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. A correspondência deve ser dirigida para Av. Borges de Medeiros nº 1501, 13º andar (CAERGS) em Porto Alegre.



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag