

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

■ AS PROVIDORIAS DE JUSTIÇA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

• *Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

■ REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

• *Mário Bernardo Sesta e Caio Martins Leal*

■ A NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

• *Maurício Batista Berni*



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. 20	n.º 49	p. 276	1993
------	--------------	-------	--------	--------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.
v. 20 n.º 49 — 1993 — Porto Alegre, Procuradoria-
-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Instituto de
Informática Jurídica.
v. 23cm trimestral
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do
Estado.



O ISSN0101-1480

Catálogo pela
Equipe de Documentação e
Divulgação 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

GABRIEL PAULI FADEL
Procurador-Geral do Estado

CARLOS DO AMARAL TERRES
Procurador-Geral Adjunto

MARIA IZABEL RIBEIRO FONYAT
Coordenadora do Instituto de Informática
Jurídica

CONSELHO EDITORIAL

Maria Isabel Ribeiro Fonyat (Presidente)
Alexandre Mariotti
Geraldo Feix
Jorge Alberto Diehl Pires
Jorge Arthur Morsch
José Hugo Castro Ramos
Luis Carlos Adams Coelho
Maria Alice Hofmeister
Suzette Maria Raymundo Angeli

EQUIPE TÉCNICA

Execução, Revisão e Distribuição

Carlos Roberto Contiero
Guacira de Lima Abreu Parahyba
Indaiá S. Dillenburg
Maria Claudia Bassi Polidori
Maria Cristina Vilão
Marlise Pasin Bergamaschi

SUMÁRIO

DOCTRINA

- DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo — Guardiãs da Ética e da Cidadania 11
- MAURICIO BATISTA BERNI A natureza jurídica do pedágio (sua instituição como preço público ou tributo) 37
- MARIA DENISE FEIX DE VARGAS Medida liminar no processo cautelar-potencialização da urgência 75
- ### PARECERES
- MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES Afetação de bem a serventia pública: irreversibilidade — 7370 91
- LUIZ CARLOS SOUZA LEAL Direito de vista dos autos na sindicância administrativa — 8794 99
- MARIO BERNARDO SESTA Representação dos Estados na Câmara dos Deputados — 9467 107
- SÍLVIA LA PORTA Perícia médica e justiça gratuita — 9558 137
- ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH Contagem de prazo administrativo — 9684 143

JOSÉ HERMÍLIO RIBEIRO SERPA	Falta grave de servidor bancário — 9689 147
MARISA SOARES GRASSI	Natureza jurídica das fundações instituí- das pelo Poder Público — 9734 153
ASSUNTOS MUNICIPAIS	
JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS	Teto remuneratório dos servidores mu- nicipais — 9271 159
MERCEDES DE MORAIS RODRIGUES	Garantia do salário mínimo e o cômpu- to das vantagens pessoais — 9331 ... 165
TRABALHOS FORENSES	
CAIO MARTINS LEAL	Representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Ação Direta de Incons- titucionalidade 171
JORGE ARTHUR MORSCH	A transferência de créditos do ICMS e os estoques — Memorial 199
RAQUEL CAMPANI SCHMIEDEL	O depoimento pessoal do representa- nte legal do Estado — Requerimento . 219
MARIA ALICE COSTA HOFMEISTER	Ação declaratória para alterar registro escolar — 1. Contestação, 2. Sentença 223
DÁRIA SUFFI	Ação Civil Pública e o controle de mi- grantes — Petição inicial 231
SUZETTE M. R. ANGELI	Advogado de sociedade de econômica mista — Contestação 243
LEANDRO AUGUSTO N. SAMPAIO	

DOCTRINA

**AS PROVEDORIAS DE
JUSTIÇA NO ESTADO
CONTEMPORÂNEO**

**— GUARDIÃS DA
ÉTICA E DA CIDADANIA —**

*DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO **

* *Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito Cândido Mendes. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Tese aprovada, por unanimidade, no XIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado, realizado em Manaus — Amazonas — 11 a 15 de outubro de 1993.*

1. INTRODUÇÃO: A TEMÁTICA DO ESTADO

São três os grandes temas que dominam a problemática do Estado contemporâneo: o **tamanho** do Estado, a sua **eficiência** e a sua **ética**.

Três temas intimamente correlacionados, porque o Estado hipertrofiado é mais vulnerável tanto à ineficiência quanto à corrupção, embora a recíproca não seja necessariamente verdadeira. A Ciência Política nos indica a via do equilíbrio, não pela aplicação de uma fórmula universalmente válida, mas como resultado da experiência e do bom senso, variando, por isso, no espaço e no tempo.

Dos três temas, o que mais recentemente ultrapassou os umbrais dos gabinetes e das universidades, ganhando o debate público e o enfoque da imprensa, sobressaiu o da **ética na política**.

Durante muito tempo, o discurso da eficiência suplantou de muito e quase eclipsou o da ética. Possivelmente, as necessidades mais prementes de sobrevivência do Estado, que foram dominantes nos tempos críticos das três Guerras Mundiais, as duas "quentes" e a "fria", relegaram a um plano de segunda importância o respeito a valores morais no exercício do poder político.

Hoje, todavia, a eficiência não mais atine à sobrevivência do Estado, mas à **qualidade de vida do homem em sociedade**, incluindo-se a observância dos valores éticos.

Nessa nova linha de preocupações tornou-se imperioso o aperfeiçoamento das **técnicas de contenção do poder**, retomando-se o trabalho que, iniciado no século dezoito, já tem rendido soluções plenamente exitosas, como a separação de Poderes, o constitucionalismo, o Estado de Direito, os freios e contrapesos, os remédios constitucionais, o controle de constitucionalidade, as ações populares e tantos mais.

Doutrinariamente, a técnica de contenção do poder do Estado se realiza por dois grandes gêneros de instrumentos: a **limitação** é a imposição legal de restrições ao exercício das atividades de entidades, órgãos e agentes públicos, incidindo sobre as respectivas competências; o **controle** é a ação formalmente prevista para garantir-se a efetividade da limitação, desdobrando-se em institutos instrumentais.

Como se observa, enquanto a limitação é predominantemente estabelecida pelos legisladores⁽¹⁾, o controle, ao revés, é dinâmico, pode assumir diversas modalidades e se exercer pelos mais variados órgãos e agentes.

Entendido, assim, como **instrumento**, o controle se apresenta sob duas formas básicas: o **controle de fiscalização** e o **controle de correção**. O primeiro é um controle-meio, voltado à identificação das violações às limitações e à provocação dos órgãos do Estado competentes para corrigi-las; o segundo é um controle-fim, impositivo da correção ou da sanção dos atos viciados.

Nos Estados contemporâneos, democráticos e de direito, embora os controles finalísticos continuem em constante aperfeiçoamento, são as modalidades de controle-meio as que mais progredem e se desdobram em novas espécies, tornando-se, com isso, indicativos importantes do nível de qualidade juspolítica alcançado em cada país.

A pluralização desses controles, notadamente os de provocação, de promoção e de defesa de interesses, será examinada adiante, depois de apresentada a moldura sociológica, política e jurídica dentro da qual o fenômeno está ocorrendo.

2. A SOCIEDADE POLICRÁTICA

Este século viu, simultaneamente, superadas a sociedade de classes, no plano histórico, e o monismo, no plano teórico.

À nitidez das classes definidas quanto aos processos de produção, que se digladiavam dialeticamente, como então se entendia, pela hegemonia política, sucedeu-se sua dispersão e o surgimento de novas solidariedades de interesses, muito mais voltadas ao consumo e menos preocupadas com o assenhoreamento do poder do que com o ganho de influência sobre seu exercício.

Muitas, dessas miríades de interesses em eclosão e agitação pluralizados na sociedade contemporânea, logram coalescer em grupos ou centros de poder diferenciados, que lhes conferiram uma configuração policrática, geralmente gravitando em torno do

(1) As limitações ao poder são de três tipos: as **legais**, definidas pelos princípios e preceitos do direito posto; as **políticas**, resultantes das opções democraticamente manifestadas e as **éticas**, próprias do caráter nacional.

Estado, a maior e mais importante dessas concentrações de poder, diferenciado, como se sabe, pelo monopólio da coerção.

A transição da primeira para a segunda Revolução Industrial, ao pluralizar os interesses, multiplicou também esses centros de poder desenvolvidos na sociedade, como agudamente já o denunciara GEORGES GURVITCH, em sua "Declaração dos Direitos Sociais" (1944), que NORBERTO BOBBIO tem, justamente, como "o manifesto do pluralismo jurídico e social"⁽²⁾.

No processo, reconquistava a pessoa a sua individualidade, enquanto agente de polimórficas funções na sociedade, deixando de ser um ente quase abstrato, caracterizado pela magnificação quando não da caricaturização de um aspecto qualquer e considerado, por vezes, como um número, diluído na multidão. A partir do reconhecimento de seu múltiplo papel na sociedade, diversificaram-se os centros de aglomeração de interesses, dando origem às mais distintas formas agregativas sociais secundárias.

Embora, desde longa data, essas organizações sociais secundárias já demonstrassem grande importância na vida econômica e social, suas funções políticas, secundariamente desempenhadas, só vieram a ganhar maior influência com o progresso das instituições democráticas.

Isso foi observado desde a formulação da teoria dos corpos intermediários de MONTESQUIEU e se tornou bem patente na extraordinária análise produzida por ALEXIS DE TUCQUEVILLE sobre a democracia norte-americana.

O advento da policracia social veio a tornar obsoletas as posições políticas radicais e as ideologias de todos os matizes, não só pela dificuldade de conciliá-las com interesses tão diversificados, como, também, de arregimentar as massas em torno de dogmas abstratos, que já não mais apresentam correspondências atrativas com aquelas novas gamas de interesses emergentes.

Hoje é possível afirmar-se que, com os dados empíricos disponíveis, o pluralismo tornou-se a condição ideal para a realização da democracia, pois a multiplicação dos centros de poder social (policracia) impede a supremacia de qualquer deles e, acima de tudo, que algum deles monopolize o Estado com seu instrumento de dominação sobre os demais.

(2) NORBERTO BOBBIO, *Estado, Governo e Sociedade — Para uma Teoria Geral da Política*, Ed. Paz e Terra, RJ, 1987, p. 150.

No plano teórico, por outro lado, a afirmação da sociedade policrática como uma realidade sócio-política dialógica com o Estado, rompeu o monismo hegeliano, responsável por uma hegemonia de mais de um século, permitindo que se retomasse a "doma do Leviatã," interrompida com o advento do mega-Estado e se lograsse a sua superação atual, embora, depois de pago um alto preço em vidas humanas, liberdade e progresso social, durante todo esse período marcado pelas três guerras mundiais, duas quentes e uma fria, mas não menos funesta.

3. O ESTADO POLIÁRQUICO

O ultrapassado modelo **monoclasse** de Estado, na expressão preferida por MASSIMO SEVERO GIANNINI⁽³⁾, foi perdendo vigência, erodido pelos regimes políticos totalitários, que exploravam o maniqueísmo político e, ainda conforme sua arguta observação, à medida em que a composição dos parlamentos passava a revelar a ascensão de novos interesses da sociedade aos níveis de decisão política.

Efetivamente, graças ao sufrágio universal, a representação política deixou de refletir uma tensão limitada, entre duas ou três classes que disputavam o poder, para espelhar, nas novas casas legislativas, a própria policracia das sociedades contemporâneas, dando surgimento ao Estado **pluriclasse**.

Mas, ao mesmo tempo em que o instituto da **representação política** se reforçava, com a ampliação do sufrágio, desenvolveram-se, paralelamente, novas técnicas de legitimação: os institutos de **participação política**, direta e semidireta. Além da mera escolha dos governantes, esses novos instrumentos da democracia passaram a possibilitar o debate substantivo sobre as próprias escolhas governamentais. Na preciosa observação de JEAN RIVERO⁽⁴⁾, com a lenta progressão da racionalização do poder, ficou ultrapassada a longa fase da escolha subjetiva, de quem queremos que nos governe, para a escolha objetiva, de como queremos ser governados.

(3) MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Ed. Cedam, Pádua, 1992, Vol. 1, p. 61.

(4) JEAN RIVERO, *A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui. Démocratie et Administration*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 827.

Em suma, o Estado passou a refletir, tanto na sua composição quanto na sua atuação, a policracia social subjacente, transformando-se, com isso, por sua vez, numa **poliarquia**, caracterizada pela multiplicação dos centros de expressão de poder intraestatais.

Essa evolução interna da organização do poder do Estado pôs em evidência, em diferentes graus, uma saudável tendência a **racionalizar os processos do poder** — observação apontada, pela primeira vez, por BORIS MIRKINE GUETZÉVITCH, ao examinar o constitucionalismo praticado nos primeiros 30 anos deste século⁽⁵⁾.

Daí decorre uma nova etapa no contínuo processo de **separação**, não mais de “poderes”, mas de **funções estatais**. Dotadas de independência decisória e de autonomia de gestão, necessárias para produzir um saudável balanceamento e uma **efetiva fiscalização recíproca** entre as novas e as tradicionais funções, passaram a ser também uma característica do Estado poliárquico.

Exemplo eloqüente, referido pelo próprio MIRKINE GUETZÉVITCH, está na evolução do regime parlamentar europeu continental, multiplicando centros de poder decisório e criando equilíbrios internos de forma muito mais sofisticada e eficiente do que lograram os regimes parlamentaristas de modelo britânico e os regimes presidencialistas, de modelo norte-americano.

É esse Estado contemporâneo, caracterizado por sua estrutura de poder em processo de diversificação e de aperfeiçoamento, sempre buscando uma adequada e eficiente interação externa com a sociedade e, internamente, entre seus “Poderes” e funções, que deve ser considerado como cenário em que se desenvolveram as **funções essenciais à Justiça** e, que por isso, em relação a ele devem ser estudados e compreendidos.

4. O DIREITO PLURIVALIOSO

A policracia social e a poliarquia estatal não poderiam deixar de refletir-se na **ordem jurídica**, face à pluralização dos interesses e, em consequência, dos valores emergentes.

(5) BORIS MIRKINE GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Marcel Giard, Paris, 1931, p. 2.

Chega-se, desse modo, ao âmago das transformações juspolíticas experimentadas aceleradamente pelo Estado contemporâneo, assinalado pela alteração do próprio conteúdo axiológico do Direito causada pelo impacto do pluralismo. Embora, ao menos em teoria, o pluralismo possa assumir também uma exacerbação tão radical quanto o monismo totalitário, sacrificando interesses gerais enfraquecidos a pretexto de sustentar interesses particularizados, na prática, o equilíbrio vem demonstrando uma auspiciosa vitalidade histórica, permeada por uma crescente e cada vez mais nítida preocupação axiológica⁽⁶⁾.

Essa atenção aos valores e às soluções sociais para harmonizá-los, deslocam o fulcro do Direito, que oscilou pendularmente da **sociedade**, com o primado do Direito Civil, triunfante sobre os escombros do absolutismo, para o **Estado**, com o primado do Direito Público, vitorioso sobre os excessos do individualismo, para situar-se numa posição intermediária, que, como se examinará adiante, encontra e define novos tipos de interesses valiosos, além da alternativa público ou privado, que correspondia à antiga *summa divisio* romanista.

De duas maneiras se vem dando o processo de mudança: *primo*, pela ampliação do referencial ético do Direito, e, *secundo*, pela diversificação das categorias de interesses protegidos.

No Estado monoclasa, o referencial ético da legalidade era o suficiente e o conceito positivista do Direito era tudo o que se necessitava para a solene imposição da ordem jurídica. Como nenhum valor poderia contrastar os expressados na norma positivada, nada mais que a pura legalidade importava e, em consequência, todo o trabalho do intérprete se cingia a buscar na norma legal, e apenas nela, a fonte única do Direito.

Distintamente, a ordem jurídica no Estado pluriclasa, não tendo possibilidade de submeter a variedade e à cambiância dos valores emergentes da sociedade pluralista à geometria do positivismo jurídico, passou a diversificar seus referenciais éticos, incorporando a **legitimidade** e, mais recentemente, a **licitude**.

A **legalidade** havia realizado a submissão do poder à vontade da lei e, assim, produzido o **Estado de Direito**, nos primór-

(6) Na Filosofia do Direito, pode-se apontar a **condicionalidade histórico-axiológica** como a explicação pluralista, que supera tanto a **condicionalidade kantiana** lógico-transcendental como a **condicionalidade sociológica** iheringiana (v. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, S. Paulo, 1962, 3ª ed., Vol. II, p. 662).

dios do liberalismo. Isso era insuficiente. Esse único referencial não bastou para evitar o surgimento das ditaduras, das autocracias, dos totalitarismos e das ideologias estatizantes, que sacrificaram gerações durante um século. Apenas o ressurgimento da sociedade como fonte de poder reentronizou o esquecido valor da **legitimidade**, que passou a realizar a submissão do poder à vontade consensual de sociedade e a possibilitar a criação do **Estado Democrático** de nossos dias.

Finalmente, essa longa marcha de aperfeiçoamento ético da política se acelerou, neste final de século e de milênio, com a submissão do poder à **moralidade**, ou seja, incorporando também a **licitude**, como o mais novo referencial ético da ordem jurídica, preparando-se o advento da **plenitude ética** do Estado e do Direito, com a afirmação do **Estado de Justiça**.

Esse passo dará uma nova e alviçareira oportunidade de orientar as sociedades futuras para uma convivência superiormente valiosa, pois a humanidade tem uma natureza **moral** e, dadas as necessárias condições objetivas, tenderá a seguir os seus princípios(7).

A Constituição de 1988 também registra com nitidez o tridimensionalismo ético da ordem jurídica nacional por ela instituída. A **legalidade** não só está na afirmação vestibular do Estado de Direito, do art. 1º, *caput*, como em todo o vasto elenco de direitos e garantias individuais, a começar pelo princípio geral da reserva legal, do art. 5º, II, e, expressamente, no art. 37, com referência à administração pública. A **legitimidade** também está afirmada no frontispício da Carta Política, ao mencionar-se a constituição de um Estado Democrático, no art. 1º, *caput*, mas se reforça em inúmeros outros dispositivos, como o parágrafo único do art. 1º, o art. 14 e, expressamente, o art. 70, no tocante à administração pública. A **licitude**, por fim, embora a Constituição não tenha avançado ao ponto de proclamar o ideal de um Estado de Justiça, está presente em nada menos que cinquenta e oito men-

(7) V. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 580.

ções à moralidade no seu texto(8), sendo que dez, dedicados à moralidade na administração pública(9).

Não há dúvida, portanto, de que mesmo sem a expressa referência ao valor **justiça**, como princípio fundamental do Estado brasileiro, essa "estrela polar da realidade social", na imagem de R. STAMMLER, se fez profusamente presente na Constituição, até mesmo com sua direta invocação, no Título IV, Capítulo IV, ao tratar das **funções essenciais à justiça**.

5. OS INTERESSES PLURICATEGORIZADOS

Além dessa impressionante expansão dos referenciais éticos da ordem jurídica, este século presenciou, ainda, a superação da clássica dicotomia de interesses em públicos e privados, sancionada pela ordem jurídica por dois milênios. Hoje, a sociedade poliarquática oferece-nos um quadro caleidoscópico de interesses de toda natureza, que não mais se adequa a uma concepção categorial dualista.

O surgimento dos **interesses coletivos** e, depois, dos **interesses difusos**, como modalidades metaindividuais não estatais, trouxe como conseqüência a inanidade do conceito estritamente legalista da ordem jurídica para compor os novos tipos de conflitos por eles suscitados.

Da mesma forma, essa célere evolução, toda ela ocorrida no espaço de pouco mais de um século (10), acarretou também uma complexificação dos meios processuais civis, bem como uma ampliação das legitimações para provocá-los.

(8) São as seguintes as referências à moralidade na Constituição de 1988: art. 1º, III e parágrafo único; art. 3º, I; art. 4º, II, VI e VII; art. 5º, III, V, X, XVII, XXXIV, "a", XLIII, XLVII, "e", XLIX, LVI, LXVIII, LXIX, LXXIII, LXXVII, § 2º; art. 15, V; art. 34, III e VII, "b"; art. 37, *caput*, § 4º; art. 42, § 7º; art. 55, II e § 1º; art. 72, § 2º; art. 73, § 1º, II; art. 85, V; art. 94, *caput*; art. 101, *caput*; art. 102, I, "n"; art. 104, parágrafo único; art. 119, II; art. 123, parágrafo único, I; art. 129, III e V; art. 131, § 1º; art. 133; art. 136, *caput*, art. 137, *caput*; art. 142, *caput*; art. 143; art. 144, *caput* e § 5º; art. 170, *caput*; art. 206, III; art. 218, § 1º; art. 220, § 3º, I e II; art. 221, IV; art. 226, § 7º; art. 227, *caput*, § 3º, VII; art. 230; art. 231, *caput* e art. 232.

(9) A moralidade administrativa está especificamente referida nos artigos 5º, LXVIII, LXIX, LXXXIII; 37, *caput*, § 4º; 42, § 7º; 72, § 2º; 85, V e 52, I.

(10) CAIO TÁCITO registra que a diferenciação de interesses organizados em grupos, já com características de interesses coletivos, surgiram no século passado, provocando conflitos que abalavam os alicerces dos sistemas políticos, pois eram, na época, totalmente estranhos ao desenho vigente de ordem jurídica (v. *Do Direito Individual ao Direito Difuso*, in R.D.A., Rio de Janeiro, 157, jul./set. 1948, p. 1).

O cidadão comum e, até mesmo, quem não o seja, já não é mais titular apenas de direitos públicos e privados, mas compartilha com toda a sociedade ou com certos segmentos dela, inúmeros interesses coletivos e difusos **garantidos pela ordem jurídica**.

A inserção do homem na sociedade civil aumentou, em consequência, sua participação na sociedade política, tornando-o, com isso, plurifacético, com suas esferas de interesse pessoal expandidas para abarcar aspectos da convivência social antes exclusivas da ação do Estado.

Debuxa-se um novo quadro para a própria cidadania, como se exporá, reclamando a defesa técnica desses interesses à altura das suas novas responsabilidades.

A igualdade constitucional de todos perante a lei torna imperioso que **qualquer interesse**, seja público ou privado, individual ou metaindividual, coletivo ou difuso, conte com sua via processual de proteção e, para usá-la, haja um mínimo de competência técnica profissional, conduzindo o deslinde dos conflitos para a sua substância.

Em consequência, sempre que se encontre em jogo a defesa de interesses, seja perante o Judiciário, estuário final e inafastável de todas as controvérsias, com as exceções constitucionais, seja perante o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, todo o sistema de controle de **legalidade, lato sensu**, demanda que a igualdade de tratamento que a lei a todos deve dispensar, inclua a defesa técnica. Ela é especificamente mandatária quando se trate do acesso ao Judiciário, arvorada que está a princípio constitucional implícito nos artigos 5º, LV e LXXXIV, 133 e 134, da Constituição de 1988.

6. A PLURALIZAÇÃO DO CONTROLE DA ATUAÇÃO DO ESTADO

A unidade organizativa, com uma vontade e um desempenho substancialmente unitários, inexistente nos Estados contemporâneos.

Embora isso pudesse ainda ocorrer no Estado Absolutista típico da Europa continental, ainda assim, data desse tempo a distinção entre a pessoa jurídica patrimonial do Estado, o **Fisco** e a pessoa física detentora da soberania do Estado, a **Coroa**.

É certo que, por influência de BOLINGBROKE, LOCKE, MONTESQUIEU, e da Revolução Americana, universalizou-se a doutrina da separação de poderes, mas as sucessivas **desagregações funcionais** por que passou o Estado Moderno e, depois o Contemporâneo, não tiveram norma o princípio que as estabelecessem. Elas surgiram, segundo a atilada observação de MASSIMO SEVERO GIANNINI, em seu primeiro volume do Tratado de Direito Administrativo, dirigido por GIUSEPPE SANTANIELLO e publicado em 1988, tornando o Estado "um ente sem centro, no sentido de que não há um órgão que exprima a sua vontade em sede administrativa" (11).

Essa "desagregação" se revela de modo especial nas relações, que, para a doutrina anglo-saxônica são notadamente de "controle", caracterizadas pela "independência recíproca" (12).

E, conclui assim, o consagrado publicista italiano, ao encerrar seu competente estudo do Estado e da Administração Pública no Estado contemporâneo no mais novo Tratado europeu da especialidade:

"Infine c'è da dire delle amministrazioni "indipendenti, che sono, di regola, organi che sotto l'aspetto organizzativo fanno capo a sé stessi, cioè sono fuori di sistemi di sopra-sottoordinazione, quindi non aventi né gerarchia né direzione rispetto ad altri organi. Natti nell'esperienza inglese e americana, come organi da tener fuori da indirizzi politici e direttive politiche (board), si sono poi diffuse anche altrove". (13)"

Fácil constar o surgimento e aceitação desses órgãos como resultado de três setores que se intensificaram particularmente na atualidade: o desenvolvimento do conceito da **sociedade civil**, como consciência de sua própria existência, da necessidade de mover-se autonomamente e de influir permanentemente nas decisões da sociedade política; a expansão da consciência da necessidade de existência de **funções de controle** de fiscalização e, mais particularmente, de funções de controle de correção.

(11) MASSIMO SEVERO GIANNINI, *op. cit.*, p. 82.

(12) E observa GIANNINI que "Ainda que não se aceite a posição, própria de uma autorizada doutrina inglesa e americana, segundo a qual esses entes estão em relação de recíproco controle, todavia a norma as quer, cada um, em posição jurídica própria e cada qual com seu próprio poder, que não derivam de outro órgão constitucional", asseverado, assim, seu radical constitucional próprio (*op. cit.*, p. 84) n/tradução).

(13) *op. cit.*, p. 123.

Em razão disso, pode-se configurar esses órgãos e entidades como **institutos mistos**, a meio caminho entre a sociedade civil e a sociedade política.

Não são propriamente da sociedade civil, porque pertencem ao aparelho de Estado, sendo, nesse sentido, **órgãos públicos**. Tampouco são propriamente da sociedade política, porque não se subordinam à orientação política do Estado, senão que respondem predominantemente a regras técnicas de ação.

Neste sentido, vale recordar que a moderna juspublicística distingue a **discricionariedade simples**, na qual existe apenas um tipo de interesse público a considerar e, por isso, tende a transformar-se sempre e cada vez mais em **discricionariedade técnica**, da **discricionariedade complexa**, na qual, ao contrário, se apresenta uma pluralidade de interesses públicos a considerar, e, por isso, exige uma **discricionariedade política**, essa que, ao ser exercida, integra a legitimidade decisional expressada na norma legal (14).

Nem por outra razão, pela sua imensa importância nos modernos sistemas de controle e por servirem diretamente à democracia e à moralidade, diz GIANNINI que

“É una figura in espansione, di depoliticizzazione, di decentramento decisionale e di decentramento normativo”(15).

Os exemplos já estão em franca multiplicação no ordenamento juspolítico brasileiro, revelando o que é tido como uma das grandes demandas instrumentais da sociedade democrática contemporânea, como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Banco Central, os Tribunais de Contas e as Funções Essenciais à Justiça.

Todos eles, quanto mais despolitizados melhor; assim terão melhores condições de atender, em seus respectivos nichos de atividade discricionária, a sociedade como um todo, com um sentido de **missão** e de **permanência** cada vez mais acendrados.

Indubitavelmente, o progresso institucional aponta nessa direção, pois esses órgãos e entidades estão pluralizados, afinal, com eficiência jamais imaginada e com profissionalismo cada vez maior, os **sistemas de controle do Estado**.

(14) GIANNINI, *op. cit.*, ps. 121 e 122, e n/Legitimidade e Discricionariedade, Ed. Forense, 2ª ed., 1991, p. 22.

(15) *op. cit.*, p. 123.

Longe de se constituírem em “poderes” do Estado, esses órgãos e entidades com eles convivem e integram, servindo de outros tantos canais de expressão da sociedade e de seus valores, em tudo aquilo em que não é necessário tomar decisões **políticas** (discricionariedade complexa) mas apenas decisões **técnicas** (discricionariedade simples).

7. A PLENITUDE DA CIDADANIA

Por “plenitude da cidadania” entendemos a que se constitui como um dos “fundamentos do Estado Democrático de Direito”, assim sintetizado por JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, e a expressão máxima de dignidade humana na sua dimensão política, uma vez que ela não se realiza nem se esgota “tão só na assecuração do exercício dos direitos políticos, no periódico participar dos cidadãos na eleição de seus representantes, ou na possibilidade de merecerem o sufrágio dos demais”. E prossegue, o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, precisando mais o conceito: “Decerto, o exercício do direito de voto é expressão significativa da cidadania, sem a qual não resta espaço, desde logo, a falar-se em convívio democrático. Não é possível, entretanto, alcançar a plenitude da cidadania, sem a garantia da definitiva participação de todos na administração e nos destinos da coisa pública, respeitado o áureo princípio da igualdade, inconciliável com qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, e não apenas de alguns, serem sujeitos dos benefícios do desenvolvimento, em suas diversificadas manifestações, da cultura, das conquistas do espírito e das garantias inculpidas na ordem constitucional. São essas dimensões igualmente fundamentais na consecução dos itinerários da paz social, do bem comum e de um regime democrático autêntico, cumprindo, desse modo, se encontrem e se utilizem instrumentos eficazes para sua realização”(16).

Na mesma linha, embora sem a mesma clareza e elegância, publicou naquele ano: “Com efeito, a eleição de legisladores, de

(16) JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, *A Defensoria Pública como Instrumento da Cidadania*, palestra em Corumbá, Mato Grosso do Sul, em 17 de setembro de 1992.

administradores e, por vezes, de juízes, tornou-se uma contingência inarredável das sociedades de massa. Não obstante, a mera concordância popular (eleição) no preenchimento desses cargos é condição necessária mas não suficiente para realizar-se a democracia; ela só se plenificará com a **decisão democrática**, seguida de um **controle democrático**. Será necessário que a decisão política, tomada pelos escolhidos, seja também a expressão da vontade popular. Na verdade, é até mais importante que a decisão seja democraticamente tomada do que o órgão decisório haja sido democraticamente provido. O provimento democrático age, assim, como uma mera **garantia** de que a decisão virá a ser, efetivamente, tomada de acordo com o interesse geral; entre **provimento** e **decisão** democráticos há, portanto, uma relação de **meio para fim**.

Pelo mesmo motivo, AUGUSTÍN GORDILLO, apoiando-se em autores como P. L. ZAMPETTI e SANCHEZ MORÓN, estabelece uma sinonímia entre democracia e participação e nos adverte que “todas as sociedades desenvolvidas têm mais sistemas participativos de diferentes tipos que as subdesenvolvidas”.

A participação política, como o demonstram os estudos de Ciência Política, mencionados quando buscamos situar o tema na atividade científica, atende ao que se convencionou denominar de **responsividade**, uma dimensão ético-pragmática da ação política que complementa a já conhecida **responsabilidade** política.

Os dois conceitos, já se tem afirmado, são talvez os mais cruciais da teoria democrática, por trazerem, em conjunto, como realmente o fazem, os problemas de conciliar a expressão da vontade democrática com a racionalidade da ação política.

A partir dessa dicotomia é que se discerne o **crescendo** de uma das naturais tensões da democracia — “entre o **elitismo**, propugnando o governo da razão, ainda que legitimamente destravejado, e o **populismo**, propugnando o governo do desejo, ainda que racionalmente ineficaz”.

E, concluindo: “O preço da inércia política é entregar os governos das nações aos demagogos e aventureiros, é diminuir a vigilância política ao ponto de estimular os abusos e desmandos e, pior que tudo, despreparar as futuras gerações para a democracia”⁽¹⁷⁾

(17) Excertos do **Direito de Participação Política — Legislativa, Administrativa, Judicial — Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia**, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1992, págs. 37 e 38.

A cidadania é, portanto, muito mais extensa que o poder de escolher governantes ou de se candidatar a cargos eletivos, mas o poder reconhecido de decidir como queremos ser governados e de controlar a legalidade, a legitimidade e a licitude do comportamento dos governantes.

Em conseqüência, a cidadania para ser exercida e desfrutada em sua plenitude, exige, necessariamente, uma atuação permanente e independente de órgãos não alinhados aos Poderes constituídos que, a serviço de certos interesses e valores específicos, desempenham determinadas modalidades de fiscalização e de provocação, genericamente compreendidas como provedorias de justiça.

Esse complexo de **instituições de provedoria**, as funções essenciais à justiça, atuando como órgãos técnicos, no interesse direto ou indireto da sociedade e da cidadania, provocarão a atuação legislativa, administrativa ou judicial do Estado, conforme o caso, para as providências de suas respectivas competências.

Sob esse entendimento, a cidadania é mais que um direito constitucional à participação da sociedade no poder do Estado, mas o próprio efetivo **resultado** do sistema de provedoria de justiça adotado. Eis porque, em última análise, muito mais que dos mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, a juridicidade da atuação do Estado passa a depender, cada vez mais, dos institutos de **provedoria de justiça**, o que afirma a sua **essencialidade à justiça**, tal como hoje se dispõe constitucionalmente, no Título IV, Capítulo IV.

Essas funções, *in genere*, conformam a advocacia *lato sensu*. No cerne e caracterizando a atividade advocatícia está a sustentação técnica dos interesses.

Todos os interesses protegidos pela ordem jurídica são, evidentemente, **interesses da sociedade**. Conforme, porém, sua natureza ou quais sejam seus eventuais titulares, variarão as espécies de advocacia competentes para atuar.

Desde logo, todos os interesses da sociedade **individualmente considerados**, de pessoas físicas ou jurídicas, **podem** ser providos por **advogados** privados, sob regime contratual civil ou trabalhista (art. 135, C. F.).

Os interesses da sociedade, **considerada como um todo**, ou de certos segmentos, notadamente os difusos e os legalmente indisponíveis, ainda que individuais, incluindo a zeladoria da pró-

pria ordem jurídica, **devem** ser providos pelo Ministério Público, atuando os seus membros sob regime estatutário (arts. 127 a 130, C. F.).

Os interesses da sociedade que foram **entregues por lei** à administração das pessoas jurídicas de direito público, **devem** ser providos pelos Procuradores da **União, dos Estados e do Distrito Federal**, com seus membros atuando também sob regime estatutário (arts. 131 e 132, C. F.).

Os interesses da sociedade, destacadamente o dos **segmentos necessitados**, pessoas físicas ou jurídicas, **devem** ser providos por Defensores Públicos, também com seus membros atuando sob regime estatutário (art. 134, C. F.).

Todos esses tipos de interesses são **igualmente valiosos**, de modo que a eventual prevalência de qualquer deles dependerá das circunstâncias, pois são todos **relativos**; até mesmo aqueles que se possam considerar como fundamentais e indisponíveis, como, num eloqüente exemplo, o interesse de cada um em manter-se vivo e incólume, pode ceder ante outros, como o da legítima defesa ou o de integridade da pátria. Inexiste, pois, hierarquia entre os interesses, pois caberá à ordem jurídica estabelecer as circunstâncias em que se dará a prevalência ou a sucumbência de qualquer deles, se confrontados.

Em última instância, cabe ao Judiciário julgar qual o interesse que a ordem jurídica deu preponderância em cada relação que lhe seja submetida, daí a **igualdade fundamental** de todos os interesses — individuais e metaindividuais, públicos e privados, coletivos e difusos.

Em conseqüência, todas as formas de exercício da **advocacia de interesses** tampouco admitem ser hierarquizadas, pois qualquer delas poderá prover interesses prevaletentes ou sucumbentes, tudo conforme a natureza de cada relação; perante o Direito, todas as advocacias são **igualmente nobres, relevantes e essenciais à justiça**.

Decorrerá desse tratamento equânime dos interesses, segundo as normas jurídicas — prévias, gerais e abstratas — a realização plena da dignidade humana em sociedade e, assim, a **plenitude da cidadania** dos que devam democraticamente tomar as decisões ou escolher os que decidirão.

Sem advocacia, a sociedade dependeria de favores e de graças dos poderosos, que poderiam sempre contar com o alinha-

mento dos Poderes do Estado a seus próprios interesses. Sem advocacia, a provocação da justiça se tornaria um privilégio e a cidadania, uma formalidade, voltada ao cumprimento de rituais sem substância.

Cada um dos ramos da advocacia, portanto: o **privado**, que é origem e matriz dos demais, e os **públicos**, são essenciais à realização dos valores da sociedade, tanto individualmente considerada, como em seus diversos segmentos, ou, ainda, como um todo.

Em suma: a distinção, historicamente desenvolvida, entre os três ramos públicos e atualmente em vigor — a advocacia da sociedade no sentido estrito, cometida aos Ministérios Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal; a advocacia de Estado, desses dois níveis políticos; e a advocacia dos necessitados, também nos dois níveis políticos superiores — apenas representa uma **evolução**, no sentido da melhor divisão de trabalho e nunca, como **equivocadamente se tem pretendido, o reflexo de uma "hierarquização"** de interesses.

Com a preocupação de desfazer equívocos, em trabalho anterior, preferi usar uma nova expressão — "procuraturas constitucionais" — para denominar essas carreiras, visando a distingui-las das demais procuradorias, de Municípios, de autarquias e de fundações, que não têm radical constitucional (18).

A opção de separar as três carreiras completou um ciclo de aperfeiçoamento que só veio a amadurecer plenamente na Constituição de 1988, pois, até então, a Procuradoria-Geral da República cumulava duas procuraturas federais(19).

Também nos Estados prevaleceu a acumulação da Defensoria Pública, ora com o Ministério Público, ora com a Procuradoria do Estado; ainda hoje persistente, não obstante o claríssimo comando diferenciador do art. 134, da Constituição, que lhe dá **status** institucional ao mesmo nível que as suas congêneres, essenciais à justiça.

(18) "Procuraturas". Vocabulário Jurídico, Forense, 1987, v. III, p. 464.

(19) E não faltou, na Assembléia Constituinte, quem considerasse um "retrocesso" separar a Procuradoria da República da União, como lembra WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA (in Comentários à Constituição de 1988, ed. Julex Livros Ltda., Campinas, S. Paulo, 1989, 1ª ed., v. 2, ps. 807 e 808).

Todavia, menos pela errática evolução dessas três carreiras da advocacia pública de interesses, e mais pela **apoucada compreensão do significado juspolítico das funções essenciais à justiça**, é inegável que o legislador constitucional de 1988 tratou-as desigualmente, debalaceando prerrogativas e garantias, como se pudesse justificá-las em razão de seus respectivos cometimentos, o que aqui se procurou remediar, dentro das modestas possibilidades do autor.

8. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

A realização da justiça, em seu sentido mais extenso, tal como hoje a evolução do Direito Político exige dos Estados contemporâneos, como se examinou anteriormente, levou o legislador constitucional de 1988 a especializar, em certas expressões do Poder Estatal, algumas funções a serem exercidas fora das órbitas dos tradicionais Poderes do Estado.

Para o adequado entendimento desse novo tipo de separação e destaque de funções estatais, como “essenciais à justiça”, num Capítulo próprio (Capítulo IV), do Título dedicado à organização dos Poderes do Estado (Título IV), deve-se partir do conceito de **unidade do Poder Estatal**, admitindo-se, apenas, a divisibilidade de suas manifestações, por meio das **funções** que deverá desempenhar.

Ultrapassada a prevalência do conceito **orgânico** de poder, que aceitava a **divisão** do Poder Estatal entre entidades e órgãos diversos, fixa-se, hoje, a doutrina, no conceito **funcional**, que entendo **uno**, o Poder, em sua **essência**, com resultado de uma concentração sócio-política, mas divisível em seu **exercício**, como produto de uma descentralização juspolítica.

Observe-se, nessa linha, que a Constituição brasileira de 1988, ao **organizar** o Poder Estatal, não se limitou, como o fizeram as anteriores, às descentralizações tradicionais entre os **complexos orgânicos** denominados de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, instituindo um **quarto complexo orgânico** que, embora não conformando um quarto Poder, recebeu a seu cargo a **função essencial de provedoria da justiça** perante todos os demais Poderes do Estado.

Repise-se que o legislador constitucional não as instituiu como funções “auxiliares”, dispensáveis ou substituíveis, mas co-

mo funções “essenciais”, no sentido de serem tão imprescindíveis à existência do Estado Democrático de Direito quanto qualquer das demais do mesmo Título IV, o que as submete ao mesmo princípio da harmonia e independência entre as manifestações de Poder do Estado, consubstanciado no art. 2.º, da Constituição, e alçado a cláusula pétrea, no art. 60, § 4.º, III.

A **essencialidade à Justiça**, insista-se pois, não se deve entender que se refira apenas à ação que desempenham perante o Poder Judiciário, ou seja, perante a “Justiça” no sentido orgânico, mas, verdadeiramente, referida a todos os Poderes do Estado, enquanto diga respeito à realização do valor **justiça** por qualquer deles.

Justiça está entendida, assim, no seu sentido mais amplo, condizente com todos os valores que deve **realizar** o Estado Democrático de Direito, como finalidade última do poder na vida social, sem nenhum qualificativo parcializante que possa permitir que se restrinja, de alguma forma, tanto o âmbito de atuação quanto a destinação das **advocacias** dos interesses constitucionalmente garantidos.

A **essencialidade** deve ser compreendida, em consequência, como qualidade das funções de controle que lhes cabe exercer, entendimento este que venho sustentando coerentemente desde 1989, em sucessivos trabalhos sobre o tema⁽²⁰⁾.

Esse entendimento juspolítico sobre a essencialidade à justiça veio abonado por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em 1991, nos seguintes e melhores termos:

“O que se busca com a atuação dessas instituições é a **realização da justiça**, tomando esse termo não apenas no sentido de **justiça de estrita legalidade**; de **justiça jurisdicional** mas da **justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade**”. E insiste, o autor, no afã de dissipar dúvidas quase semânticas:

(20) Referências à Tese apresentada no XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Natal, Rio Grande do Norte, em 1989, refundida e publicada na Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 43, 1989, ps. 31 e ss. e retomada no artigo **As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais**, publicada na Revista da Procuradoria-Geral do Estado de S. Paulo, vol. 36, 1992, ps. 11 e ss.

“Não nos deixemos impressionar com a ênfase que alguns dispositivos desse Capítulo IV atribuem ao relacionamento da atividade dessas instituições com a função jurisdicional (cf. artigos 127, 131, 132 e 134). É claro que a **justiça**, mesmo a abrangente, a compreensiva, se faz, em grande parte, mediante a provocação e a prestação da função jurisdicional. Mas não só através desse meio. E tanto é assim, que a atuação dessas instituições se desenvolve, também, em face de outros Poderes”, suportando, essa correta afirmação, com vários exemplos constitucionais (21).”

Em suma, no cerne dessas funções essenciais à justiça está a provedoria desse valor síntese, na promoção e defesa dos múltiplos interesses que o homem desenvolve em sua convivência, dentro ou fora do Estado, praticados nos variados tipos de **ministérios** de uma unimoda **advocacia de interesses**, aqui tomada em seu sentido lato, desdobrada no Capítulo IV, Título IV, na geral, na da sociedade, na do Estado e na dos necessitados.

9. PRINCÍPIOS DOUTRINÁRIOS E CONSTITUCIONAIS

Temos entendido e freqüentemente exposto, em trabalhos anteriores, que a Constituição de 1988, embora de maneira desequilibrada, adotou vários **princípios doutrinários** aplicáveis às funções essenciais à justiça.

Embora em certos casos a explicitação constitucional deixe a desejar e, em outros, possa suscitar controvérsias sobre a extensão de certos princípios a todas as carreiras exercentes das funções essenciais à justiça, o certo é que, **doutrinariamente**, não há como distinguir-se a principiologia de qualquer delas, uma vez que, como já se expôs, inexistente hierarquia, quer entre elas, quer entre os interesses que lhes são confiados à provedoria.

Assim, na linha dos estudos anteriores, temos extraído do texto constitucional os seguintes princípios: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso.

A **essencialidade** está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem

(21) SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, 3.º Volume, ps. 12 a 13.

tolhidas ou prejudicadas no **seu exercício**. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A **institucionalidade** também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Geral da União (artigo 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (artigo 132).

A **igualdade** decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

A **unidade**, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no caso do Ministério Público (artigo 127, § 1.º) e também da Advocacia Geral da União (artigo 131, § 1.º), e implícita, para os Procuradores do Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública (artigos 132 e 134).

A **organicidade unipessoal** decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um **órgão individual**, para empregar nomenclatura de MARCELLO CAETANO, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (artigo 132) mas fica implícito para os demais membros das procuraturas constitucionais (22).

A **independência funcional** diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado **em tudo o que tange ao exercício de suas funções essenciais à justiça**. Mesmo o seu interrelacionamento segue a própria fórmula de independência constitucional. Não obstante poderem atuar, em tese, face a qualquer dos Poderes do Estado, não

(22) “O órgão é caracterizado pela sua função de exprimir uma vontade imputável à pessoa coletiva”, enquanto que o “agente é um meio colaborador do órgão”, “atuando na formação da vontade a manifestar pelos órgãos, ou a dar execução às decisões destes, sob sua direção e fiscalização” (MARCELLO CAETANO, *Princípios*, Forense, Rio, 1977, p. 65).

podem a eles se sujeitar nem deles receber influência quanto ao desempenho de suas funções. No que respeita ao Ministério Público, este princípio está explícito no artigo 127, § 1º, mas resulta claro da própria sistemática constitucional, que está implícito para as demais procuraturas. Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem sem, contudo, o integrarem, não poderão interferir no exercício das atividades de seus órgãos, tão-somente segundo sua consciência e sua orientação científica.

A **inviolabilidade** é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos **agentes públicos** das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente no artigo 135, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas, de vitaliciedade e de inamovibilidade, que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias de Estado e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária mas, ao contrário, sempre com **motivação** transparente, para que não encubra ou mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A **autonomia administrativa** consiste na outorga, às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se valem. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível, ao expandir a auto-administração do Poder Judiciário (artigo 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante as demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas **conforme o caso**.

A **autonomia de impulso**, por fim, é o princípio fundamental da **atuação** das procuraturas constitucionais. Ele preside e

orienta o poder-dever desses órgãos, de tomar **todas** as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes foram confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela **juridicidade**, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, inclusive **ex-officio** pela fiscalização (23), e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

O único limite à atuação de defesa da origem jurídica, para essas instituições, só pode estar na **própria ordem jurídica**. A lealdade dos agentes das procuraturas constitucionais não se dirige aos Governos mas à ordem jurídica, a que todos devem servir com elevação e independência: por isso têm o poder de impulso, do qual não se devem demitir, nem mesmo por receio de desagradar aos agentes de quaisquer dos Poderes, ainda que o Chefe do Poder Executivo, a quem cabe nomear os Chefes institucionais das procuraturas constitucionais (artigo 128, § 1º. artigo 128, § 3º; artigo 131, § 1º).

10. CONCLUSÃO: NA SENDA DO ESTADO DE JUSTIÇA

Se há algo mais nefasto que a **ilusão de direitos**, há de ser a **ilusão da garantia de direitos**.

A ilusão de direitos tem resultado da promoção de uma determinada necessidade humana a interesse constitucional garantido pelo Estado. Como as necessidades humanas são muitas e os meios à disposição do Estado são limitados, vemos, com tristeza, a multiplicação de normas despidas de efetividade.

Essa prática tornou-se generalizada nos textos constitucionais contemporâneos, notadamente nos mais detalhados e casuísticos, a tal ponto que GEORGES BURDEAU observou que as Constituições vêm se transformando em "depósitos de promessas", reduzindo-se-lhe o correto papel de instrumento de uma "idéia de poder" (24).

(23) À guisa de exemplo de explicitação infraconstitucional da função fiscalizadora, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro registra, em caráter pioneiro, o poder de supervisão dos Procuradores do Estado (artigo 173), retomado pela Lei Complementar nº 15, de 25 de novembro de 1980, no artigo 2º incisos VII, XII, XIII, XIV, XV e XVIII.

(24) GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, 2ª ed., v. IV, ps. 101 e 102.

Além de justa frustração dos destinatários dos pseudodireitos constitucionais, vítimas de um engodo político que fraudava a maioria do povo e que, por si só, pode levar ao descrédito uma Constituição, acrescenta-se o efeito, não menos perverso, da contaminação do real pelo ilusório.

Ao confundir proteções com prestações; garantias não onerosas com as onerosas; geração de direitos subjetivos com adoção de princípios objetivos; e prescrições morais com preceitos jurídicos, o constituinte de 1988, generoso, é certo, mas delirantemente utópico, solapou a efetividade e a credibilidade de sua obra, como um todo, ao produzir um pictórico "código constitucional", de trezentos e quinze artigos, contendo, por sua vez, milhares de princípios e preceitos, encompassamento exequíveis e inexecutáveis; reais e ilusórios; obsoletos e futuristas; tudo sem falar dos que são incompatíveis entre si, gerando intermináveis controvérsias que atravancam os tribunais.

Infelizmente, há uma longa distância entre a vontade política, contida na norma legal, e sua efetividade possível. Imagino que diretamente proporcional à baixa cultura jurídica e política de um País. Por vezes, os instrumentos jurídicos positivados são excelentes, marcando até uma vanguarda no plano das idéias; por isso mesmo, sua inanidade causa sempre uma justa indignação dos que se sentem por ela frustrados.

Mas se esse mega-embuste constitucional é grave e descoroante, mais perversa é a ilusão da garantia de direitos, daquela ilusão, de todo o ser humano que convive numa sociedade política e juridicamente organizada: a de que seus direitos, se violados ou ameaçados, serão garantidos pelo Estado.

Não importa de que direitos se cogite: tanto os derivados de interesses individuais quanto de interesses metaindividuais; tanto os derivados de interesses privados quanto de interesses públicos; e tanto os derivados de interesses coletivos quanto de interesses difusos. Em última análise, queremos que o Estado garanta a fruição desses interesses.

Seria intolerável que a tais direitos não correspondessem correlatos instrumentos jurídicos para exigí-los. A sociedade se horroriza quando toma conhecimento da inocuidade de suas leis. Embora muitos instrumentos de provocação da ação tutelar e corretiva dos Poderes Públicos, notadamente do Poder Judiciário, estejam à disposição do particular, outros há que devem ser utiliza-

dos pelas advocacias públicas, *lato sensu*; até mesmo em caráter exclusivo. É por isso que as carreiras s quais cabe tomar medidas de promoção e defesa de direitos, são indispensáveis à existência do Estado Democrático de Direito e, no horizonte, do Estado de Justiça.

A zeladoria dos interesses indisponíveis, típica do Ministério Público, vem demonstrando, na vigência da Constituição de 1988, o quando pode fazer pela sociedade, promovendo interesses difusos de forma eficiente, o que somente uma organização profissionalizada e independente poderia lograr.

O controle interno da legalidade da Administração Pública, desenvolvida paralelamente à consultoria e à representação judicial, típica da advocacia de Estado a cargo dos Procuradores da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, tem-se mostrado cada vez mais indispensável, não só por causa da astronômica e explosiva atividade administrativa desenvolvida pelo Estado na prossecução dos interesses públicos a seu cargo, como em razão da singular possibilidade técnica das Procuradorias de alcançarem capilarmente todas essas atividades. Se ao tempo do Governo FERNANDO COLLOR já existisse na União uma Procuradoria Geral estruturada e eficiente, como as que já existem em vários Estados da Federação, em muitos deles quase centenários, é possível que, muitos dos desmandos e abusos que encabrunharam a Nação não tivessem ocorrido.

A advocacia dos necessitados, por fim, em países como o nosso, que apresentam grande parte de sua população marginalizada, entre a pobreza e a extrema miséria, assoma, talvez, mais que qualquer outra modalidade de advocacia pública, o caráter de essencialidade à sociedade, pelo provimento superior, que têm a seu cargo, da dignidade humana. No Brasil, os três mil Defensores Públicos existentes, que, em números redondos, é o total dos cargos (não de titulares), não podem atender a cerca de sessenta milhões de carentes, sobretudo dessa mais elementar proteção do Estado: a assistência jurídica.

Ao se aproximar a revisão constitucional de 1993, aquela dupla ilusão deve ser enfrentada, sem receio de abandonar posturas que provaram ser apenas demagógicas, e não generosas, como se pensava. A busca do verdadeiro progresso exige seriedade no trato do Direito, atribuindo-se direitos que sejam efetiváveis e instituindo-se garantias que sejam exequíveis.

Mas, sobretudo, essa revisão constitucional deve voltar-se à realização da ética e da cidadania plena no Estdo brasileiro pelo aperfeiçoamento dos instrumentos da provedoria universal de justiça, para todos os tipos e para qualquer titulares de interesses. O Constituinte de 1988 deu um importante passo nesse sentido, conferindo individualidade constitucional, estrutura e garantias às funções essenciais à justiça. Fê-lo, todavia, limitadamente, de modo incompleto e desbalanceado, sendo necessário galgar outro patamar no aperfeiçoamento institucional, pois, mais que nunca, a sociedade brasileira tem consciência de seus interesses éticos e isso já o tem demonstrado repetidas vezes e com veemência em nossa História recente.

Como, pior que a ilusão de direitos só a ilusão de garantia de direitos, eis a missão institucional que só as funções essenciais à justiça podem realizar plenamente, no Estado contemporâneo: prover essa garantia de direitos, quaisquer que sejam, de modo a zelar pela ética e pela valorização da cidadania, condições indispensáveis para que o Estado Democrático de Direito, que hoje já conquistamos, venha a tornar-se, um dia, um Estado de Justiça.

(Teresópolis, inverno de 1993)

A NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO (Sua instituição como preço público ou tributo)

*MAURÍCIO BATISTA BERNI**

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Professor na Escola Superior de Advocacia de Estado do RGS e na Escola Superior do Ministério Público do RGS. Monografia apresentada como pré-qualificação à defesa de tese no Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, aprovada pelos Profs. Drs. Leonel Severo Rocha (Orientador), Luiz Alberto Warat e José Alcebíades de Oliveira Júnior. Florianópolis, 1993.

INTRODUÇÃO

1. O que se pretende no presente trabalho, é examinar a figura do pedágio à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988, especialmente no aspecto relativo à sua natureza jurídica de tributo e/ou preço público (tarifa).

A discussão em torno da figura do pedágio, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, desde a antiguidade, tem sido caracterizada pela controvérsia.

O vocábulo pedágio (Ribeiro de Moraes, 1987:167), "provém do latim (pedatus — a um; que tem pés; pedacticum, onde se põe o pé), também conhecido como taxa de pedágio, taxa de rodágio (onde se põe as rodas), taxa de abertura e conservação de estradas ou taxa sobre circulação de veículos". Como se pode observar, nos dias de hoje seria mais correto denominá-lo de "rodágio", vez que destinado à cobrança pela passagem de veículos. Inobstante, a tradição tem-se mostrado invencível, e por maior esforço que façam alguns doutrinadores, permanece mais usual a denominação "pedágio", razão pela qual assim deverá ser tratado no presente trabalho.

Na sua origem (Pérsia, Egito, Roma) representava um privilégio de quem detinha o poder político.

Porém, o produto da arrecadação destinava-se, não ao órgão político, senão que ao agente político que determinava a cobrança. De destacar-se, ainda, que a sua cobrança era exigida pelo simples direito de passar (idem *ibidem*, p. 167). Também no Império dos Incas cobrava-se o pedágio (Navarro Coelho, 1990:68), com a diferença de que, neste caso, havia caminhos construídos e conservados pelo Império.

No Brasil Colônia, a primeira notícia sobre a existência de alguma cobrança relativa a vias de comunicação vem do período das capitanias hereditárias, onde inaugurou-se a cobrança dos direitos de passagem dos rios (barcagem) (Ribeiro de Moraes, 1973:37). Tal tributo, fiel às suas origens internacionais não era destinado ao tesouro imperial, senão que aos donatários das capitanias.

O atual ordenamento jurídico brasileiro também permite o pagamento do pedágio a particulares, porém, mediante a contraprestação de melhorias nas vias exploradas por estes, e não pela simples exploração do direito de passagem.

Não é nossa pretensão realizar profunda análise histórica sobre o pedágio, e as referências (históricas) servirão meramente como referência para melhor compreensão do instituto. Assim é que, situando-nos nos tempos modernos, devemos dizer que o seu sentido mudou, e atualmente pode-se caracterizá-lo como preço público (ou tarifa) ou tributo (taxa ou imposto). O que vai determinar esta caracterização é a vontade política do legislador, devidamente inscrita na legislação vigente.

Desta maneira, e atendo-nos basicamente ao ordenamento jurídico brasileiro, nossa pretensão única será a de examinar a atual legislação nacional sobre a matéria, para que se possa identificar as situações nas quais é permitida a sua cobrança.

Esta tarefa implica, necessariamente, no esforço de identificar se a sua natureza jurídica (sempre à luz da atual legislação nacional), permite enquadrá-lo como preço público ou como tributo, ou ainda em ambas categorias. Qual a importância dessa identificação? Ora, esta é a base em torno à qual emergem as maiores controvérsias, como bem demonstram os litígios judiciais, antes e depois da Constituição Federal de 1988.

Assim, o objeto da presente monografia será o de examinar a natureza jurídica do pedágio, como tributo ou preço (ou ambos).

Decorrente imediatamente de sua natureza jurídica, surge o objetivo a que nós propomos. Identificado como preço, sua criação pode ocorrer mediante a simples edição de decreto pelo poder executivo competente. Ao contrário, se identificado como tributo, necessariamente a sua criação exigirá a aprovação do poder legislativo. Daí se percebe a importância do tema. É evidente que o poder executivo, tendo a possibilidade de criá-lo mediante decreto, terá à sua disposição um instrumento mais ágil e independente da diversidade de vontades políticas representadas no parlamento, que eventualmente podem não aprovar a sua criação.

Metodologicamente, em razão das especificidades do instituto, adotou-se a pesquisa bibliográfica (doutrina, jurisprudência e pareceres).

Como limite espacial, restringimos a análise à experiência brasileira. As eventuais referências aos modelos estrangeiros visam apenas contribuir para o melhor entendimento de determinados conceitos.

Outra opção metodológica referente à bibliografia, é a sua subdivisão em "referências bibliográficas" (citadas no texto) e bi-

bibliografia consultada, que engloba a primeira e demais obras pesquisadas, pois, embora não citadas expressamente, contribuíram para delinear os rumos seguidos.

Esta análise exigirá um prévio estudo das diferenças entre preço público e tributo (taxa e imposto, especialmente). A exemplo do exame histórico, também neste aspecto a nossa preocupação fundamental não será de esgotar o tema, senão que meramente estabelecer os conceitos operacionais a serem adotados no presente trabalho, necessários para o posterior debate sobre a figura do pedágio.

Finalmente, também trataremos de um caso concreto, relativo a Decreto do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, objeto de contestação judicial e que presta-se, com rara felicidade, como campo de análise para a identificação do pedágio como preço ou tributo.

Para cumprir tais objetivos, dividimos o presente trabalho em seis capítulos. No primeiro capítulo, além de um pequeno esboço histórico, levantamos os principais problemas a serem enfrentados, tais como as conceituações básicas de tributo (e dentre eles dos impostos e taxas), preço (público e privado), além de serviço público. Além disto, situamos o problema central a ser enfrentado — pedágio, tributo ou preço — e da discussão de caso concreto.

Já no segundo capítulo, fazemos uma breve análise, que mesmo não representando ponto central do trabalho, é essencial para a colocação do problema principal, acerca das diferenças entre os vínculos jurídicos de direito obrigacional público e privado.

Logo a seguir (terceiro capítulo), realizamos um breve histórico do pedágio na legislação constitucional brasileira, para chegar até o texto atual e a presente controvérsia sobre o tema.

No quarto capítulo fazemos uma especial análise de recente decreto executivo do Estado do Rio Grande do Sul, referente à instituição de pedágio como preço nesse Estado.

Como decorrência, desembocamos (capítulo quinto) na discussão central da presente monografia, ou seja, tentar averiguar as diversas situações nas quais o pedágio apresenta-se como preço ou tributo.

Finalmente, em considerações finais (capítulo VI), cotejamos os conceitos doutrinários e a jurisprudência pátrias, para tentar demonstrar que a discussão sobre a natureza jurídica tributária ou

não do pedágio é fundamental para verificar que posicionar-se por um ou outro é uma falsa questão, podendo ser instituído nas duas formas, dependendo, para tanto, exatamente da natureza jurídica que se lhe dê.

I. DISTINÇÃO ENTRE PREÇO E TRIBUTO.

1. DA NOÇÃO DE PREÇO

Foi aclarado na introdução que no primeiro passo de nosso trabalho, devemos diferenciar o tratamento outorgado pela doutrina brasileira a preços e tributos.

Normalmente procura-se enfatizar a distinção entre preço público e taxa, em razão das históricas semelhanças entre ambos. Não obstante, embora mais raro, possa também identificar-se o pedágio como imposto, também é necessário trazer o assunto à discussão.

Os preços públicos (que também trataremos mais simplificada e de preços, sem desconhecer que há diferença entre preço público e preço privado), segundo Rubens Gomes de Souza (1975:37) são as “receitas cobradas pelo Estado tendo em vista principalmente o interesse dos particulares na atividade desempenhada pelo Governo, mas atendendo também, embora subsidiariamente, à existência de um interesse público geral e coletivo nessa atividade. Também aqui se trata de desempenho, pelo Estado, de atividades tipicamente privadas; porém, a existência de um interesse público secundário justifica que o Estado se reserve à exclusividade do seu exercício, eliminando a concorrência por meio do monopólio legal. É o caso dos correios e telégrafos”.

Para Hely Lopes Meirelles (1971:34-35), “os preços — ao contrário dos tributos — são retribuições facultativas da aquisição de bens ou da utilização de serviços transferidos ou prestados pela Administração Pública ou por seus delegados ou mesmo por particulares, a quem os adquira voluntariamente. Daí que o preço tanto pode ser cobrado pelo Poder Público como pelo particular”.

Por aí se percebem alguns elementos diferenciadores, quais sejam, em relação aos preços, e tão-somente em relação a eles, a voluntariedade da prestação, a possibilidade de prestação pelo Poder Público ou pelos particulares, e ainda a peculiaridade dos serviços prestados. A seguir examinaremos esses elementos diferenciadores.

2. OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Recorrendo ainda a Hely Lopes Meirelles (1992:266), pode-se dizer que os serviços prestados pelo Estado podem ser essenciais ou apenas úteis, pelo que o mesmo distingue o que denomina de serviços públicos, de serviços de utilidade pública. Analisa, também, das dificuldades de conceituar-se serviço público, que será sempre variável, dependendo de cada comunidade e dos interesses econômicos, políticos, sociais, etc. que preponderem em cada momento histórico. Desta forma, conceitua os serviços públicos propriamente ditos, como aqueles "que a administração presta diretamente, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para sobrevivência do grupo social e do próprio Estado". Exemplifica como serviços que podem enquadrar-se nesta modalidade os relativos a defesa nacional, de polícia e os de preservação da saúde pública.

Já os serviços de utilidade pública, são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários" (idem, ibidem, p. 266). Como exemplos, cita os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás e telefone. Nada obsta, assim, que também o serviço de construção e manutenção de rodovias seja enquadrado nesta categoria.

Cretella Junior (1979:202-203) não discrepa deste entendimento, subdividindo os serviços públicos em próprios e impróprios, reservando a esta última categoria os serviços de utilidades públicas, que também podem ser prestados pelos particulares.

Desta maneira, podemos estabelecer, com referência ao pedágio pela utilização de rodovias, tratar-se de um serviço público impróprio, relativo a uma utilidade pública, a ser prestado, tanto pelo Estado como pelos particulares.

Diferentemente, os serviços públicos propriamente ditos, ou seja, os que sejam considerados essenciais, somente poderão ser remunerados através de tributos.

3. DO PREÇO E DA TAXA

Com relação à cobrança da prestação do serviço, é preciso verificar se se trata de preço ou tributo.

No preço, viu-se que uma de suas características é de que a sua cobrança não é compulsória, diferentemente do que ocorre com os tributos. Aliomar Baleeiro sobre o tema escreveu (1986:330-331):

'A Súmula, do S.T.F., nº 545, de 3-12-69, diz: 'preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu'.

Mas a taxa não tem por base um contrato, seja de Direito Privado, seja de Direito Público. Ela, como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este'.

Discorrendo sobre o preço, lembra que não está sujeito ao rígido princípio da legalidade, podendo ser fixado pela autoridade administrativa, apenas perdendo esta característica que a lei tornar obrigatório o seu pagamento (idem, ibidem, p. 331).

Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes, (1987:171), já analisando especificamente a figura do pedágio, "sem a menor dúvida, toda prestação facultativa paga pela utilização das vias de comunicação, cuja arrecadação é destinada a cobrir despesas de construção e manutenção das mesmas, não possui natureza tributária alguma. Trata-se de preço público (tarifa), exigido pela utilização da via de transporte em razão da circulação de veículo pelo respectivo local".

É estabelecido um preço público, portanto, como remuneração de um serviço prestado pelo poder público (através da administração direta ou indireta), serviço este que secundariamente pressupõe a existência de um interesse público determinado. Além disto, a cobrança não pode ser compulsória, mas permitir ao usuário uma opção (a voluntariedade do pagamento é essencial).

Para Celso Ribeiro Bastos (1992:53):

"Taxa é uma modalidade tributária, conseqüentemente, submetida às prerrogativas e às restrições que são próprias dos tributos. Só pode ser utilizada quando o Poder Público exerce o poder de polícia ou quando presta ao contribuinte um serviço público específico e divisível ou, ao menos, coloca à sua disposição. Daí se segue

que pode haver cobrança de taxa sem efetiva fruição efetiva do serviço. É o que a Constituição chama de 'utilização potencial' (art. 145, II).

O preço público ou tarifa, por sua vez, é toda cobrança de um serviço efetivamente prestado, portanto fruído pelo particular que o contratou por ato de vontade".

A nosso ver, tais distinções entre preço público e taxa são fundamentais para que se estabeleçam as possibilidades de cobrança do pedágio e as regras para sua criação. Podemos afirmar preliminarmente (o que será melhor examinado adiante) que a taxa-pedágio pode ser criada em consonância com as regras tributárias, e o preço-pedágio, de acordo com as regras próprias do ordenamento jurídico Constitucional-Administrativo.

4. AS TAXAS E OS IMPOSTOS

4.1. NOÇÃO GERAL DO TRIBUTO

Diferentemente dos preços públicos, os tributos, sem exceção, carregam a marca indelével da compulsoriedade, ou seja, são exigidos do contribuinte em razão do que determina a Constituição e as leis, e ao contrário das relações jurídico-obrigacionais de direito privado, são unilaterais. Daí pressupor a obediência ao princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado no Brasil, segundo o qual nenhum tributo poderá ser exigido ou aumentado sem lei anterior (artigo 155, I, da Constituição Federal), bem como, a definição dos tributos e de suas espécies, dos fatos geradores e dos contribuintes exige necessariamente a edição de lei complementar (artigo 146, III, "a", da Constituição Federal).

Por outro lado, Código Tributário Nacional, com força de lei complementar, foi recepcionado pelo atual Texto Constitucional, por força do artigo 34, § 4.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, naquilo que não conflita, evidentemente. É o caso da definição de tributo, que vem expressa no artigo 3.º do referido Código Tributário:

"Art. 3.º — Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda corrente ou cujo valor nela se

possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Assim, qualquer tributo, seja imposto, taxa ou contribuição, carrega a característica da compulsoriedade por força da própria lei.

4.2. DOS IMPOSTOS

Os impostos, por força das disposições constitucionais, estão discriminados expressamente (o que não impede a criação de outros impostos, a cargo da União, em situações determinadas, cujo exame não interessa ao presente trabalho).

Além da característica da discriminação expressa na Constituição Federal, os impostos são cobrados independentemente de uma atuação específica em relação aos contribuintes. É o que estabelece o artigo 16 do Código Tributário Nacional: Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

O imposto, portanto, constitui-se numa obrigação desvinculada de qualquer prestação específica de parte do Estado em relação aos contribuintes.

No que se refere à exigibilidade de um imposto relativamente ao trânsito de veículos (ou mesmo estacionamento), tal se caracterizaria se nenhuma atividade de construção ou melhoria das vias públicas ocorresse, bastando o fato circulação ou estacionamento. Como veremos adiante, a Constituição brasileira não admite um imposto sobre trânsito (que seria uma forma jurídica do pedágio).

4.3. DAS TAXAS

Com relação às taxas, diferentemente dos impostos, é imprescindível a existência de uma atuação estatal, seja pelo exercício do poder de polícia, seja pela prestação de serviço específico e divisível em relação ao contribuinte, conforme vem definido no artigo 77 do Código Tributário Nacional. No dizer de Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:171), o pedágio pode apresentar-se

“como taxa, no caso de ser criada uma prestação compulsória para as pessoas que utilizem a via de circulação, auferindo, pela utilização, o benefício das obras públicas (atividade estatal dirigida ao contribuinte). É a taxa de pedágio”.

Como se pode observar, é muito mais próxima a relação entre preço público e taxa do que entre preço público e imposto. Neste último o Estado simplesmente exige uma determinada prestação pecuniária sem uma contraprestação vinculada ao pagamento. O produto da arrecadação dos impostos, além de ser objeto de repartição entre os entes tributantes (União, Estado e Municípios), deverá ser empregado pelo poder público competente de acordo com o que for estabelecido no respectivo orçamento. Assim, fosse possível legalmente a cobrança de um imposto de trânsito, por esta cobrança o Estado não prestaria um serviço específico e o produto da arrecadação seria destinado, em orçamento, a qualquer serviço público (em saúde ou educação, por exemplo), e não necessariamente na construção ou melhoria das rodovias.

Com relação às taxas, como se afirmou, as semelhanças com o preço público são mais próximas, o que exige uma distinção mais detalhada. A taxa de pedágio pode ser criada, desde que o poder público competente ofereça um serviço público específico e divisível. No caso, o serviço seria caracterizado como específico em razão da individualização dos contribuintes. No caso do pedágio, também a quantia arrecadada deve ser empregada na construção ou na melhoria das vias de comunicação (evidentemente, dependendo do que estabelecer a Constituição e sua legislação inferior). É divisível, na medida em que além de dirigir-se a contribuintes determinados, somente será cobrado daqueles que efetiva ou potencialmente utilizem o serviço.

Desta maneira, as taxas podem ser cobradas, ou pelo exercício do poder de polícia, ou pela prestação (efetiva ou potencial) de serviço público. Com relação ao pedágio, somente é possível admitir sua existência, enquanto taxa, quando houver um efetivo serviço prestado ao usuário (e específico e divisível).

Com relação ao pedágio como preço público, as semelhanças com a taxa são evidentes. Em ambos os casos exige-se a prestação de um serviço por parte do órgão estatal. A quantia arrecadada obrigatoriamente deve ser empregada para manutenção do serviço fornecido ao contribuinte ou usuário. A distinção fica por

conta da própria diferença entre tributo e preço: no primeiro caso há compulsoriedade na cobrança, no segundo caso não. Como é possível, no caso do pedágio, a inexistência de compulsoriedade, é matéria que mais adiante será tratada.

Antes dessa análise, no entanto, entendemos oportuno examinar o vínculo jurídico-tributário e sua distinção com as relações de direito privado.

II. A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E A OBRIGAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

Para que se possa entender a questão relativa à compulsoriedade dos tributos e voluntariedade presente nos preços públicos, é preciso lembrar a essencial diferença entre o vínculo obrigacional de direito privado e o vínculo obrigacional de direito público.

No primeiro caso, de acordo com as teorias dogmáticas do direito, o acordo de vontades é fundamental, e deve ser estabelecido de forma livre e consciente entre as partes que se obrigam. É impensável a existência de um vínculo obrigacional entre particulares (ou mesmo entre particulares e Estado), de livre pacto, sem a voluntariedade e consciência na prática do ato jurídico. Já em relação ao vínculo obrigacional de direito tributário, é irrelevante a vontade do particular. Quem estabelece o vínculo jurídico entre as partes é lei e somente ela. Desta forma, quando o pedágio for instituído com as características de taxa, é irrelevante a vontade livre e consciente do contribuinte. Basta a existência de lei que esteja em acordo com os princípios constitucionais e legais que informam a instituição da taxa.

Tais posturas conceituais têm encontrado amparo na jurisprudência brasileira, como é o caso do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves (1984:51-52):

“Preço Público é preço contratual, que constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial — e que, por isso mesmo, podem ser objeto de concessão a particulares — serviços esses prestados por meio de contrato de adesão. Para haver preço público é necessário existir contrato, ainda que tacitamente celebra-

do, e o contrato, ainda quando de adesão, dá a quem pretende celebrá-lo, se aderir às condições dele, a liberdade de não contratar, atendendo à sua necessidade por outro meio lícito”.

Com relação ao preço público, embora a administração pública também tenha de agir de acordo com a lei (a vontade pública é a vontade expressa na lei, e não a vontade do agente público), o vínculo jurídico-obrigacional a ser estabelecido entre as partes (aqui não mais contribuinte, mas usuário) depende da livre concordância. Com relação ao pedágio visto como preço público, importa dizer que o contribuinte deve aderir livremente ao pagamento.

Não havendo este mínimo de liberdade, não se pode falar nem mesmo em contrato de adesão. Não tendo algum meio alternativo para realizar o que necessita, neste caso, passar, não se caracteriza a bilateralidade da relação.

As relações obrigacionais de direito privado e de direito público, embora semelhantes, diferem, assim, completamente, quando apontamos para o nascedouro de uma e de outra. No primeiro caso, a liberdade de contratar, no segundo, a vinculação obrigatória, em virtude da lei.

III. BREVE HISTÓRICO E A SITUAÇÃO ATUAL

1. O PEDÁGIO E A LIMITAÇÃO AO TRÁFEGO

Desde a primeira Constituição brasileira (de 1891) houve a preocupação de vedar aos poderes públicos o gravame à livre circulação de bens ou pessoas. Assim, proibiu-se a criação de impostos de trânsito. Isto não impedia, porém, a cobrança de taxas de pedágio, sendo que (Ribeiro de Moraes, 1987:168) “a taxa era conceituada tendo em vista o destino do produto de sua arrecadação e como o dinheiro arrecadado pelo pedágio se destinava a construção e manutenção de estradas, o pedágio foi conceituado e tido como taxa”.

As Constituições imediatamente posteriores, no entanto, vedaram a sua instituição. A partir da Constituição de 1946, mantendo-se a proibição de tributos que estabelecessem limitação ao tráfego de pessoas ou bens, pela primeira vez era ressalvada a cobrança de taxas, inclusive pedágio. Hely Lopes Meirelles (1971:35) entende que a inclusão do pedágio como taxa tratou-se de um evidente erro de técnica do constituinte de 1946. Mesmo erro técnico que passou para a Constituição de 1967.

Com a grande reforma tributária ocorrida a partir do golpe militar de 1964, concretizada na Emenda Constitucional n.º 18/65, alterou-se profundamente o conceito de taxa. O destino da arrecadação não mais foi considerado, bastando, para caracterizá-la, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis ou exercício regular do poder de polícia. Isto levou Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:170) a entender que o pedágio, exatamente por ter como característica a vinculação expressa do produto da arrecadação à construção ou manutenção de rodovias, deixou de existir, enquanto taxa. Além do mais, vedava-se a limitação ao tráfego, sem nenhuma exceção.

A Constituição de 1967 novamente introduziu a ressalva ao pedágio, proibindo a criação de qualquer outro tributo que implicasse transtornos à livre circulação de bens ou pessoas. É de ressaltar-se que, mesmo neste período, embora continuasse acirrada a discussão sobre a natureza jurídica do pedágio, poder-se-ia questionar a sua existência como tributo, e não como preço público.

A Emenda Constitucional n.º 1/69 voltou a omitir a referência ao pedágio como exceção. O atual Texto Constitucional, no capítulo tributário (artigo 150, V), volta a excepcionar, admitindo a instituição do pedágio, como tributo pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

2. AS CONTROVÉRSIAS DIANTE DA ATUAL REDAÇÃO

Diante da atual redação, surgiram posicionamentos respeitáveis de que, agora, o pedágio somente pode ser instituído como tributo.

Geraldo Ataliba e Aires Barreto (1988:90) assinalam que:

“O art. 150, V, da Constituição de 1988 põe término à discussão sobre o caráter tributário do pedágio. Não permite mais questionar: pedágio é tributo. E da espécie taxa. Remunera os serviços de conservação de estradas. Como a conservação é necessária, em razão do desgaste, pagarão pelo serviço os usuários, na medida do uso.

O art. 150, V, do Texto Constitucional dá a essência da materialidade da hipótese de incidência dessa taxa: ‘pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público’. Essa descrição é plenamente har-

mônica com o conceito geral de taxa (art. 145, II): 'pela utilização... de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição'."

Também Ives Gandra Martins (1990:166) afirma que:

"Por fim, o sexto princípio cuida da vedação à limitação ao tráfego de pessoas ou bens, no País, visto que o Brasil é uma Federação e não uma Confederação. A vedação é aos tributos estaduais e municipais, capazes de gerar tratamento diferenciado.

A exceção é feita aos pedágios, cuja natureza de taxa fica definitivamente consagrada no atual Texto Constitucional"

Duas questões controversas resultam das opiniões acima referidas. A primeira diz respeito à possibilidade de sua existência como imposto ou apenas como taxa. A segunda, refere-se à discussão sobre a característica unicamente tributária ou não, do pedágio.

3. PEDÁGIO COMO TAXA OU PREÇO

Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:170), ainda sob o exame da Emenda Constitucional n.º 18/65 teve oportunidade de afirmar que:

"... Novo conceito de taxa foi admitido no ordenamento jurídico brasileiro, com menor área de abrangência. O destino do produto da respectiva arrecadação não mais caracterizava a taxa. Esta passou a ser admitida exclusivamente diante de duas razões jurídicas: em função do exercício regular do poder de polícia ou da utilização de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição...

...A partir de então o pedágio não era mais admitido como taxa, como espécie tributária, uma vez que:

a) o novo conceito de taxa não admitia mais o pedágio como taxa, prestação compulsória.

Embora a análise de Bernardo Ribeiro de Moraes tenha sido efetuada à luz de outro Texto Constitucional, ainda hoje permanece atual, na medida em que as taxas continuam com as mesmas

características, tanto pelo que dispõe a Constituição Federal de 1988 (artigo 145, II), como pelo que está estabelecido no Código Tributário Nacional, como se viu anteriormente (artigo 77).

Porém, parece-nos que neste aspecto, assiste razão a Geraldo Ataliba e Aires Barreto, mas apenas no sentido restrito de que a figura prevista no artigo 150, V, da Constituição Federal caracteriza-se como uma taxa-pedágio. Isto porque, embora em alguns períodos não houvesse a previsão constitucional, tal era desnecessária. O fato de ter-se alterado o conceito da taxa, a partir de 1965, desvinculando-se a sua cobrança do produto da arrecadação, adotaram-se outros parâmetros ainda identificáveis no pedágio. Assim é que em relação a este também existem as características da prestação de um serviço específico e divisível (podendo ser um serviço público de interesse secundário, como se viu). A diferença continua sendo a compulsoriedade da taxa-pedágio. E neste aspecto, nossa discordância com o posicionamento de Ataliba e Barreto.

O fato de a Constituição anterior (com a redação da Emenda Constitucional n.º 01 de 1969) ter omitido a expressa ressalva à cobrança do pedágio (como antes já fizera a Emenda Constitucional n.º 18/65 em relação à Constituição de 1946) não significa que nesses períodos o pedágio não poderia ser instituído como taxa.

Em decisão de Recurso Extraordinário, à luz da Constituição de 1967 (já com a redação da Emenda Constitucional n.º 1/69), afirmou o Ministro Xavier de Albuquerque (1974:472).

"Tal escólio de interpretação histórica traz abono valioso à tese dos recorridos no sentido de que se suprimiu a ressalva porque desnecessária, não porque se pretendesse suprimir a instituição do pedágio.

Parece-me, aliás, que o fato de ter estado em nossos textos constitucionais, durante certos períodos, a ressalva expressa do pedágio, no ponto em que se cuidou da proibição tradicional de tributos de trânsito, deve ser tomado como contribuição pedagógica do constituinte em prol da conclusão de que tal ingresso não se inclui, por sua própria índole, entre os tributos vedados.

Pode-se afirmar, assim que a inclusão ou exclusão expressa da ressalva é irrelevante, e que também foi possível, em quaisquer dos períodos constitucionais examinados, a existência da taxa-pedágio.

Hely Lopes Meirelles (1971:35-36), depois de também confirmar que a inclusão do pedágio como exceção (tanto na Constituição de 1946 como na Constituição de 1967) constituiu simples erro técnico, afirma que a sua supressão posterior não autoriza, como fizeram alguns apressados intérpretes, a entender não mais estar autorizada a sua cobrança (nem como preço, nem como taxa).

É interessante situar, como informa Francisco Gonçalves Dias (1978:2) que, ao tempo da Emenda constitucional n.º 01/69 (que não excepcionava a cobrança do pedágio), surgiram duas correntes: a dos que sustentavam a proibição da cobrança do pedágio, baseados no argumento singelo de que a Emenda não fez nenhuma referência ao pedágio, logo, o teria suprimido. Por outro lado, os que sustentavam tratar-se de erro técnico. Neste sentido a opinião de Hely Lopes Meirelles, já exposta.

Mas, também Geraldo Ataliba (1971) pensava desta maneira:

“Na verdade, a circunstância de se ter eliminado no novo texto constitucional a referência à taxa pedágio não importa a sua supressão, mas simplesmente, obriga a reconhecer que o legislador constituinte entendeu dispensável, supérfluo e despiciendo estar repetindo disposição de mero caráter pedagógico, anteriormente formulada e sem qualquer justificação para figurar no texto constitucional. Na verdade, a permissibilidade da cobrança da taxa pedágio já está contida na enunciação genérica das regras em torno do instituto jurídico da taxa, sendo inteiramente dispensável a reiteração específica que se continha na disposição mencionada na Constituição de 1967. Por isso foi suprimida na Emenda Constitucional n.º 1. É errado, pois, pretender extrair daí o argumento de que passou a ser vedada”.

Ora, não podemos concordar com a dupla lógica de Ataliba. Pois, se de um lado, não há necessidade da expressa previsão do

pedágio como taxa (sendo, portanto, desnecessária a sua inclusão na Constituição de 1988), não teria porque o mesmo afirmar enfaticamente que, agora, não se permite mais questionar, sendo o pedágio uma taxa.

Na verdade, o que se pode dizer é que a disposição constitucional expressamente veda a instituição de tributos que obstruam a circulação de pessoas ou coisas, com exceção da taxa-pedágio. Tratando de preço, sua regulação jurídica não acontece no capítulo tributário da Constituição.

Por outro lado, também entendemos que a sua previsão como preço é “dispensável, supérflua e despicienda” e, “Na verdade, a permissibilidade da cobrança do preço-público já está contida na enunciação genérica das regras em torno do instituto jurídico do preço-público” (parodiando as expressões do próprio Ataliba).

4. O PEDÁGIO-IMPOSTO

Com relação à possibilidade atual da criação do imposto-pedágio, especialmente em razão do que estabelece o texto Magno, é inevitável a conclusão de que sua instituição afigura-se inconstitucional.

Bernardo Ribeiro de Moraes (1987:171), examinando tema sob o texto constitucional da Emenda Constitucional n.º 01 de 1969 (que não trazia a ressalva da cobrança do pedágio), entendia que:

“Como prestação-imposto é admitido apenas para a União, que tem competência tributária para criar outros impostos não previstos no sistema”.

Naquele momento era possível sustentar tal opinião. Hoje, lembrando novamente a redação do artigo 150, V, da Constituição Federal de 1988, que ressalva a cobrança do pedágio (enquanto figura tributária) pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, a conclusão nos parece que é diferente.

Embora tenhamos concluído pela desnecessidade da expressa ressalva para a instituição do pedágio, na medida em que esta outra vez foi incluída no Texto Constitucional, é preciso examinar a sua redação.

Assim é que a sua previsão de existência, enquanto tributo, é ressaltada apenas para os casos de utilização de vias conservadas pelo Poder Público, caracterizando uma vinculação a uma atividade estatal específica que a identifica com a taxa. Os impostos, como vimos, são exigidos dos contribuintes independentemente de qualquer atividade estatal específica.

Daí a conclusão de que não é possível, hoje, a cobrança do imposto-pedágio.

Assim, o que releva analisar, já assentado que o pedágio pode ser instituído como taxa, é a possibilidade da sua criação como preço-público.

Um primeiro ponto a destacar é que, sendo desnecessária a ressalva Constitucional para a instituição do pedágio-tributo, da mesma forma é desnecessária a previsão de sua instituição como preço-público. O critério, portanto, para estabelecer-se a possibilidade de sua criação como tal, deve ser outro. É preciso desvendar, nas demais competências Constitucionais (e não nas tributárias), se o Poder Público está autorizado à sua cobrança.

IV. O PEDÁGIO NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O Partido Socialista Brasileiro, através de sua representação nacional, propôs ação direta de inconstitucionalidade, com fundamento nos artigos 102, I, "a" e 103, VIII, da Constituição Federal, para que se declare a inconstitucionalidade do Decreto Estadual/RS nº 34.417, de 24 de julho de 1992, que instituiu a tarifa (pedágio) na estrada estadual RS/135. (Antes, havia ingressado com mandado de segurança na justiça gaúcha, questionando o mesmo decreto).

Alegou, em síntese, que não se poderia, por decreto, instituir tal preço, vez que decretos somente poderiam regulamentar lei, inexistente no caso; que, não se trataria de preço ou tarifa, mas de verdadeira taxa e, como tal, somente por lei poderia ser criada. Ainda, que sendo criada por decreto, além de violar o princípio da legalidade, estaria ofendendo a vedação constitucional de limitação ao tráfego de pessoas ou bens.

No caso concreto acima relatado, afirma o autor, citando Alberto Deodato:

“O debate da obrigatoriedade não é sobre se o tributo é obrigatoriamente pago, mas se o serviço que a taxa retribui é obrigatoriamente pedido, isto é, se o indivíduo é obrigado a pedir ou aceitar ESSE SERVIÇO ESPECIAL”.

Cita, ainda, na referida ação o jurista, IVES GANDRA MARTINS:

“Se o Estado fornecer um serviço público DE NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO, SEM QUE O USUÁRIO POSSA ESCOLHER OUTRA ALTERNATIVA PARA DELE PRESIDIR, a relação que se vislumbra não é de mera coordenação entre as partes, mas de imposição.

E arremata o próprio autor:

“A particularidade que realmente indetifica a tipicidade da taxa, ao mesmo tempo que a distingue do preço público e do imposto, é a forma compulsória ou exclusiva com que o serviço é prestado, NÃO RESTANDO AO USUÁRIO QUALQUER OUTRA ALTERNATIVA.

Afirma ainda o autor que “quando o executivo, em sua discricionariedade, julga oportuno e conveniente cobrar pedágio pelo uso de via conservada pelo Poder Público Estadual, caso exemplificativo, dentre outros, da RS-135, entre Passo Fundo e Getúlio Vargas, e entende ser o pedágio preço e não taxa, como se sabe e ficou provado anteriormente, age em desrespeito a norma constitucional, afronta o princípio da legalidade, não atenta para o interesse público que emerge da vida comunitária e que certamente não é o de pagar mais encargos, principalmente para transitar QUE TEM COMO OPÇÃO EXCLUSIVA.

Embora o caso concreto sob exame ainda dependa de decisão final, percebe-se que o próprio autor da aludida ação direta de inconstitucionalidade entende que HÁ NECESSIDADE DE VIA ALTERNATIVA PARA QUE SE DESCARACTERIZE A COMPULSORIEDADE, E, AO CONTRÁRIO, FIQUE CARACTERIZADO O PREÇO PÚBLICO.

Na verdade, existindo via alternativa, demonstrada sua existência, sem a mínima sombra de dúvida, está caracterizado o pedágio como preço e não como taxa, onde a compulsoriedade deve estar presente.

2. O PRODUTO DA ARRECADAÇÃO

Mas não é só. Verificando-se que as quantias arrecadadas no pedágio da aludida rodovia, serão ali aplicadas, mais se caracteriza o preço público. No caso concreto em exame, os valores são depositados em conta específica, em Banco Estadual localizado na região onde é arrecadado o pedágio.

Além do mais, para melhor caracterizar a figura do preço público neste caso concreto, existe, no Estado do Rio Grande do Sul, Conselhos Regionais, que, segundo a legislação estadual é formado por entidades representativas de cada região do Estado, que determinam as prioridades para aplicação dos recursos na estrada, ou seja, se em sinalização, recapeamento etc.

Em se tratando de preço público, a remuneração obtida com a prestação do serviço que deu origem à cobrança, é claro, deve ser utilizado para a manutenção do serviço oferecido.

Bem se vê, portanto, que a figura jurídica aqui discutida é efetivamente a do preço público. Está, pois, bem caracterizada a existência de via alternativa e demonstrado que as quantias arrecadadas serão aplicadas na própria rodovia.

3. ASPECTOS JUDICIAIS DA QUESTÃO

Por outro lado, é preciso dar-se conta que as controvérsias em torno da figura do "pedágio" acirraram-se a partir da Constituição de 1988, pelo que se contém no artigo 150, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, entre outros:

"V — Estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público".

Apressadamente se tem concluído que, a partir do novo texto constitucional, o pedágio só pode ser instituído como tributo (taxa, mais especificamente).

Parece-nos errôneo este posicionamento. Não se pode esquecer que a limitação acima está inserida no capítulo constitucional tributário, e regula matéria tributária, apenas. Significa dizer que

o pedágio, quando caracterizado como tributo, pode ser instituído, nas condições estabelecidas pelo inciso V do artigo 150. Neste caso, evidentemente, deve nortear-se, obrigatoriamente, pelas normas constitucionais tributárias.

Tal entendimento, todavia, não exclui do campo jurídico, a possibilidade da instituição do pedágio como preço, desde que não caracterizada a sua natureza tributária. Não é outra a conclusão que se pode tirar do que se lê no artigo 5.º do Código Tributário Nacional:

"A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la:

I — a denominação e demais características formais adotadas pela lei.

II — a destinação legal do produto de sua arrecadação".

Ora, senso contrário, não se caracterizando a figura jurídica pelos específicos elementos definidores de qualquer uma das espécies tributárias, tributo não é. O simples "nome juris", se por um lado, não é suficiente para descaracterizar a existência de um tributo, por outro, também não é suficiente para caracterizar a sua existência.

Desta forma, a caracterização do pedágio como figura tributária prevista na Constituição deve necessariamente passar pelo exame do instituto tal como criado. Presentes todos os elementos que define, uma taxa, taxa será. Ausentes, taxa não será. Insistise, a figura tributária chamada pedágio, só poderia estar prevista no capítulo constitucional tributário. A figura não tributária (no caso, preço) também chamada pedágio, não poderia estar prevista no capítulo tributário.

Sem dúvida nenhuma, ambas figuras coexistem. A Constituição atual não extinguiu o instituto jurídico do preço. O alcance do inciso V do artigo 150 encontra seus limites no instituto pedágio enquanto tributo. Sua outra caracterização, como preço, encontra guarida nas normas gerais de Direito Financeiro.

É interessante analisar, neste momento, sentença de magistrado do Estado do Rio Grande do Sul, que decidindo pela taxa-pedágio (também tratando do mesmo decreto ora em exame, no mandado de segurança já referido), assim afirmou:

“Esta colocação constitucional é evidente, pelo aspecto jurídico, de ter incluído sob a ótica tributária a instituição de pedágios. E em matéria constitucional e tributária, a instituição, seja de taxa, seja de preço público, há que a regulamentação e sua extensão ser precedida, sempre, de lei. Isto é elementar e está patentado e consagrado constitucionalmente. Agora, o pedágio é tributo? Entendo que sim. Socorro-me do ensinamento de Aliomar Baleeiro e Sacha Calmon Navarro Coêlho sobre a matéria em julgamento.

Sacha Calmon Navarro Coêlho em sua obra *Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário*, p. 70, comenta o seguinte:

O pedágio ou rodágio é uma taxa muito especial e assemelha-se aos “direitos medievais” sobre passagem. Agora cobrá-lo pela mera disponibilidade é um disparate. Se a moda pegar os “espaços públicos”, o uso que deles façam os cidadãos, logo estarão fecundando as mais esdrúxulas taxações. Então é de se concluir que os rodágios ou pedágios historicamente ligados ao ônus de pagar para passar, só encontram legitimidade constitucional perante a Constituição de 1988 se tiverem como fato gerador a prestação dos serviços de conservação e melhoramento das vias trafegáveis e se foram pagas somente pelos usuários, pois que são os que estão a usufruir os serviços estatais. A cobrança de pedágio pelo simples direito de passar é um anacronismo tolerado pelo constituinte (art. 150, V, da CF), mas que deve adaptar-se a outro preceito constitucional, o do art. 145, II, que cuida do fato gerador das taxas, além dos dispositivos constitucionais como o da igualdade e o da tipicidade, bem como o que veda as taxas terem base de cálculo de imposto’.

Continuando, refere que: devemos advertir que o pedágio enquanto taxa, é cobrado não pelo uso do bem público, ou seja, a rodovia, mas pelos especiais serviços que determinados tipos de estradas, mantidas e conservadas pelo Poder Público, oferecem aos seus usuários (pistas duplas, iluminação feérica, vigilância constante, serviços de telefonia à margem, constante manutenção

das pistas de rolamento e de placas de ou signos de sinalização etc.). É que, como visto, as taxas apresentam fatos geradores, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis ou o regular exercício do poder de polícia’. ‘Historicamente é taxa pelo uso de estradas públicas’.

A definição posta é clara e se traduz na melhor interpretação sobre a natureza jurídico-tributária do que seja o pedágio. É taxa. Necessária, pois, lei que a institua, preservando-se, modo concreto, os princípios da legalidade, da tipicidade e da anualidade’

É enfatizar que a citação de Navarro Coêlho referida na sentença, trata de comentário sobre o pedágio enquanto taxa, pois inserido na sua obra (1990:68), no item 40 — O PEDÁGIO COMO TAXA — O FATO GERADOR.

Tal comentário do autor citado não se aplica ao presente caso. Ali, trata-se de criticar a criação do pedágio, enquanto taxa, pelo simples direito de passar. Não é o caso presente. Aqui, não se trata de mero direito de passar, senão que criação de pedágio para conservação de rodovia. A discussão deve centrar-se, isto sim, na compulsoriedade ou não. Na existência de via alternativa ou não. Tais observações mereceram considerações tanto de Sacha Calmon como de José Afonso da Silva.

É o mesmo Sacha Calmon Navarro Coêlho (1990:68) quem esclarece:

“Modernamente o pedágio tanto pode ser um preço como uma taxa, dependendo do regime jurídico que venha a ser adotado para instituí-lo. Uma coisa, porém, é certa, não se cobra pedágio, seja taxa, seja preço, pela mera disponibilidade das vias trafegáveis” (In *Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário*, Forense, 1.^a edição, 1990).

Não se desconhece, aqui, das dificuldades de caracterizar o pedágio como preço ou taxa, evidentemente. Porém, como se tem afirmado, a legislação rio-grandense teve o cuidado, exatamente em razão de tais dificuldades, de bem acentuar as características tarifárias do pedágio que instituiu. No dizer de José Afonso da Silva (1992:604):

“7.º Princípio da ilimitabilidade do tráfego de pessoal ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela uti-

lização de vias conservadas pelo Poder Público (art. 150, V). Essa é uma regra complementar do direito à livre circulação de pessoas e de bens. O pedágio não era considerado tributo, mas uma forma de preço público. Agora, ao fazer a ressalva dele em relação aos tributos, fica ainda maior a dúvida quanto à sua natureza. Enfim, ele está definitivamente no limiar do conceito de tributo, TUDO DEPENDENDO DE SE DAR, OU NÃO, RAZOÁVEL OPÇÃO AOS USUÁRIOS QUANTO A OUTRA VIA NÃO SUJEITA AO PEDÁGIO; MAS, NA MEDIDA EM QUE SE ESTENDE A TODAS AS RODOVIAS, SUA CARACTERIZAÇÃO TRIBUTÁRIA SE ACENTUA“.

Como se vê, embora acentuada a natureza tributária do pedágio, à evidência não se excluiu do sistema constitucional brasileiro a figura do pedágio como preço. O que se faz necessário, isto sim, em razão dos estreitos laços entre uma e outra figura, é que bem se caracterize o instituto, quando de sua criação. Como acima se viu, concedendo-se ao usuário RAZOÁVEL OPÇÃO, ainda é possível a criação do pedágio-preço.

Tal interpretação não é apenas lógica e evidente. Não se pode confundir preço com taxa e desconhecer o caráter compulsório que diferencia uma e outra. Parece-nos que isto vem bem caracterizado na legislação ora em exame, pois se deu razoável opção aos usuários (quando houve o cuidado de demonstrar a existência de via alternativa).

Tanto esta discussão (sobre a existência de via alternativa para caracterizar o pedágio-preço) tem relevância, que, em decisão sobre pedido de suspensão da liminar (na mesma ação acima referida), no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, disse (alertando que o exame mais pormenorizado não seria cabível no pedido de suspensão) o Desembargador José Barison:

“Já a natureza do pedágio autorizado pelo Decreto do Executivo, também comporta discussões jurídicas”.

.....
 “Agora, ocupando-se especificamente do exame que interessa de forma mais direta ao deferimento da providência reclamada, tenho que não há como deixar de acolhê-la.

Com efeito, ao que se colhe da leitura do próprio Decreto tido como ilegal, o pedágio em tela visa à arre-

cação de recursos para a manutenção e restauração da rodovia, providência de interesse público incontestável. Desse modo, ainda que se tenha presente que o rito do mandado de segurança indica a solução definitiva da ação em curto espaço de tempo, não como negar, mesmo assim, impedida neste interregno a adoção daquela providência, vê-se lesionado o interesse público, que deve, em princípio, enquanto indefinida a causa, prevalecer”.

De salientar, mais uma vez, que a decisão acima transcrita não adentrou ao mérito da natureza jurídica do pedágio. Mas releva na mesma o fato de ter sensibilizado o magistrado de que a natureza jurídica do pedágio comporta discussões.

Desta forma, o que se pretende, é centrar a discussão naquilo que é essencial, ou seja, nas discussões sobre a compulsoriedade ou não, e sobre a existência de vida alternativa. No caso do pedágio instituído pelo Poder Público Estadual do Rio Grande do Sul, parece-nos que estamos realmente diante de uma tarifa.

O próprio autor da referida ação de inconstitucionalidade reconhece a figura do pedágio-preço, quando afirma:

“Também IVES GANDRA MARTINS, no X Simpósio Nacional de Direito Tributário, assim explicou a questão: ‘Se o Estado fornecer um serviço público de necessária utilização, sem que o usuário possa escolher outra alternativa para dele prescindir, a relação que se vislumbra não é de mera coordenação entre as partes, mas de imposição’ (Em Cadernos de Pesquisas Tributárias, n.º 10, pág. 174).

A particularidade que realmente identifica a tipicidade da taxa, ao mesmo tempo que a distingue do preço público e do imposto, é a forma compulsória ou exclusiva com que o serviço público é prestado, não restando ao usuário qualquer outra alternativa.

Ao contrário do que ocorre com os tributos, entre as quais a taxa, que não poderão ser criados senão por lei, a vista do que dispõe a Constituição Federal, e como consequência a Estadual, os preços prescindem de lei para serem criados ou majorados e de prévia autorização orçamentária para serem arrecadados em cada exercício financeiro”.

Como se observa, havendo via alternativa, pode-se cobrar o preço, prescindido de lei.

4. PREÇO POR DECRETO

Uma outra alegação feita no caso em exame, é de que, mesmo em se tratando de preço, não poderia o Estado instituí-lo através de Decreto.

De acordo com o artigo 82, V, da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, "compete privativamente ao Governador do Estado expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Ora, à evidência há decretos regulamentares de leis aprovadas pelo Poder Legislativo, para casos específicos, e decretos que se inserem no âmbito próprio da administração pública estadual, já nascidos com fundamento na própria Constituição Estadual (com fulcro evidente na Constituição Federal, especialmente artigo 84, VI), e que confere ao Poder Público a discricionariedade, no âmbito do Direito Financeiro, de administrar a coisa pública, preço, inclusive, através de Decretos.

A legislação gaúcha em exame está em acordo com a constitucional independência e harmonia dos poderes, porque os textos magnos federal e estadual, especificamente este último (com base naquele, evidentemente), bem delimitam a competência do Executivo, no que se refere à Administração Pública em matéria de transportes e vias rodoviárias.

Assim é que já no artigo 19, "caput", da Constituição Estadual se prevê que a Administração Pública, direta e indireta, visa à promoção do bem público e à prestação de serviços (...). O artigo 157, "caput", II e VI estabelecem que o Estado, na organização de sua economia zelar, entre outros princípios, pela promoção do bem-estar do homem como fim essencial da produção e do desenvolvimento econômico (II), bem como pela planificação do desenvolvimento, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (VI).

Não bastassem tais disposições, lembre-se, ainda, o que dispõe o artigo 178, "caput" e inciso I, onde fica estabelecida e responsabilidade do Estado com a política de transportes de passageiros, com objetivos, entre outros, de atingir seus fins econômicos e sociais. Por outro lado, estabelece o artigo 82, II, que compete privativamente ao Governador exercer, com auxílio dos Se-

cretários de Estado, a direção superior da Administração Estadual, e o artigo 90, I, estabelece a competência dos Secretários Estaduais de coordenar, orientar e supervisionar os órgãos da administração estadual compreendidos na área da respectiva Secretaria.

Sem dúvida alguma, tais dispositivos constitucionais estaduais conferem ao Poder Executivo a competência para a administração das vias públicas a seu encargo, preocupando-se com a sua manutenção, com o seu bom estado de trafegabilidade e a segurança dos usuários. Tais atividades inserem-se nas suas específicas e peculiares responsabilidades, visando ao bem-estar público, garantidos, no caso, pela manutenção de estradas.

Esta manutenção pode-se dar, sem dúvida, através da cobrança de taxas ou pela distribuição de verbas públicas arrecadadas através dos impostos. Mas também se pode dar pela cobrança de preço ou tarifa, que não onera toda uma comunidade, mas apenas aqueles que dela usufruem. Aqui está, bem presente, o poder discricionários da administração pública, que não pode ser cerceado por outro poder, seja Legislativo, seja Judiciário" (o que não implica, evidentemente, subtrair-se deste Poder, toda e qualquer apreciação).

5. CONCLUSÕES SOBRE O CASO CONCRETO

Isto bem demonstra como é possível diferenciar quando estamos diante de um verdadeiro preço público, e não de um tributo.

No caso em exame, procurou-se demonstrar, através da apresentação de mapa rodoviário oficial, do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Rio Grande do Sul, integrante do Sistema Rodoviário Estadual SRE/RS, firmado por engenheiro responsável, a existência de vias alternativas. Esta demonstração, parece-nos, em cada caso concreto, é que vai apontar os caminhos que vão determinar a existência de tributo ou preço.

Desta forma, demonstrando-se a existência de vias alternativas e a estrita aplicação das verbas na rodovia onde o pedágio é cobrado, temos a sua caracterização como preço, e não como tributo.

Esta foi uma das preocupações fundamentais neste caso concreto e que, pelo menos até o momento, tem merecido a atenção de alguns dos julgadores. Esta é uma das razões para a abordagem do tema sob tal enfoque.

V. O PEDÁGIO PODE SER TAXA OU PREÇO

1. A DOCTRINA E ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS

Pelo que até o presente momento foi examinado, cremos ter realizado uma resenha sobre o tema pedágio e a sua inclusão nesta ou naquela figura jurídica (tributária ou não).

Resta, antes de concluir, tentar realizar uma síntese do que até agora foi exposto, já avançando nalgumas conclusões. Afinal, o pedágio é preço público ou taxa? Já afirmamos crer que o pedágio pode assumir tanto uma como outra das formas acima. Também se disse que sua caracterização vai depender do exame específico de cada pedágio criado (detectando-se os seus elementos).

Assim, teoricamente, pode-se afirmar que pedágio é viável tanto como taxa como preço público.

Dizemos teoricamente porque a afirmação acima ainda depende de um outro dado, qual seja, o exame prático de cada legislação, no caso, a legislação brasileira (constitucional e infraconstitucional), para, aí sim, concluir-se pela sua viabilidade de instituição no atual quadro jurídico brasileiro.

Um dos pedágios mais discutidos ultimamente, já sob as disposições do atual texto constitucional, é relativo à lei federal n.º 7.712, de 22 de dezembro de 1988, conhecido como "selo-pedágio". Algumas decisões judiciais que o fulminaram de inconstitucional, aparentemente confirmam a tese de que o pedágio só pode ser editado como taxa. O Tribunal Regional Federal da 5.ª Região (Revista Lex/26, p. 503) decidiu que "Em razão de como foi tratado na Lei Magna, avulta o pedágio como sendo taxa, não se lhe podendo negar a feição tributária).

À primeira vista, a decisão acima não deixa margem nenhuma de dúvidas no sentido de que atualmente o pedágio somente pode existir como taxa. Não nos parece, no entanto, que seja assim.

Melhor examinando as razões de voto do Juiz Federal relator, Delgado, é possível chegar a conclusão diferente. Quando se examina uma decisão judicial, é preciso atender para os seus estreitos limites com a conseqüente vinculação específica ao caso julgado. O que significa que não se pode concluir apressadamente que a decisão é abrangente para os demais casos.

Assim é que, no voto do Juiz José Delgado (idem, ibidem, p.) se lê:

"A caracterização do pedágio como taxa está assentada nos fundamentos seguintes:

... — O montante devido leva em consideração o desgaste provocado nas rodovias federais pelos veículos que as utilizam, tudo decorrente do peso do veículo e do seu potencial de uso".

Como se pode observar, a decisão que afirma que o pedágio é taxa, está diretamente relacionada com a instituição do selo-pedágio. E, neste caso específico, houve a sua criação como taxa, e sem obediência aos princípios tributários que a regem. Daí a sua inconstitucionalidade. É verdade, também, que na mesma decisão o magistrado (Lex, p. 506) afirma que:

"Assinalo que, em face de como o pedágio foi tratado na Constituição de 1988, não se lhe pode negar a feição tributária. De nenhum sentido teria a ressalva posta pelo Constituinte no art. 150, V, 'in fine', se não fosse o de considerar o pedágio como uma espécie de tributo".

Cita, logo a seguir, Aliomar Baleeiro (1981:324), para quem "O proprietário do veículo força o Poder Público a melhorar pavimentação, instalar sinalizações elétricas, inspecionar periodicamente máquinas e freios, dirigir o tráfego nos pontos de congestionamento e estabelecer permanente polícia de velocidade e de observância das regras de prudência e perícia de trânsito. A taxa fornece à autoridade o meio de o automobilista indenizar o Estado pelo uso de coisa conveniente a seus interesses, mas que ocasionam riscos para o público e maiores despesas para os serviços governamentais".

Na mesma decisão (idem, ibidem, págs. 506/507) afirma o magistrado que "A taxa, em nosso sistema constitucional, está constituída com base nos elementos que compõem a teoria pluralista, pelo que, conforme o art. 145, II, da C.F., são devidas em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

Ora, não se desconhece que a taxa tenha as características acima enumeradas. E, exatamente por tais características é que se deve reconhecer, forçosamente, que a decisão concluiu pela existência de taxa em relação ao caso específico do "selo-pedágio". Tanto é assim que examina as características compul-

sórias da taxa. Contrariamente, não estando presente a compulsoriedade, de taxa não se pode tratar.

2. O DECRETO DO RIO GRANDE DO SUL E O SELO-PEDÁGIO

Diferentemente do caso do selo-pedágio, no específico Decreto n.º 34.417/92 do Estado do Rio Grande do Sul, criou-se a via alternativa.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade foi negada a suspensão liminar do Decreto.

É evidente que uma decisão liminar (concessiva ou não da medida), não examina, ainda o mérito. Inobstante, para poder analisar um dos pré-requisitos necessários para decidir sobre a medida cautelar, ou seja, o "fumus boni juris" o julgador pelo menos deve tangenciar a matéria de mérito. Aí, muitas vezes, é possível detectar os eaminhos a serem seguidos pela futura decisão.

Claro está que interpretar uma decisão liminar não significa apontar com absoluta certeza qual será a decisão futura. Porém, é muito significativa a decisão unânime proferida liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 800-5, julgada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno. Foi Relator o Ministro Ilmar Galvão, que assim se manifestou:

"Como preço público (tarifa) não está o pedágio sujeito aos requisitos constitucionais que disciplinam os tributos, podendo ser cobrado na forma e no quantum fixado por decreto de que utiliza espontaneamente o bem ou serviço tarifado".

Por outro lado, como visto no item 3 do capítulo IV, examinamos a posição de Sacha Calmon Navarro Coêlho. A decisão do S.T.F. também debruçou-se sobre a mesma. Assinala que Navarro Coêlho reconhece a possibilidade de as obras ou serviços públicos serem prestados pelos particulares mediante concessão, e disto conclui o Ministro, que o autor citado reconhece que "o pedágio pode revestir a natureza de preço público, e aí, parece ter identificado a sua verdadeira natureza" (Anexo. p.).

Se um serviço, e neste caso a conservação de estradas, pode ser prestado, tanto pelo Estado como pelo particular, mediante concessão, qualquer um dos dois poderá cobrar preço. Pois, qual diferença existiria, na prestação de serviço por um ou outro? ne-

nhuma. Daí poder-se concluir que não é este fato que descaracteriza o pedágio como preço. O que é preciso averiguar, caso a caso, é a existência ou não da via alternativa.

Neste sentido, Ives Gandra Martins, (1985:179) que hoje entende ser o pedágio unicamente taxa, como vimos, escreveu no passado:

"Pela resposta dada à primeira questão, a irrelevância da entidade prestadora e arrecadadora, em nossa opinião, é manifesta. Na medida em que o isolado elemento subjetivo seja despiciendo para caracterizar o serviço público, podendo ser prestado por entidades públicas ou privadas, a condição de ser o mesmo veiculado por particulares não altera o perfil do tipo de serviço a ser remunerado por taxa ou preço público".

Assim, o que importa efetivamente é a natureza do serviço prestado, e não quem o presta. Apesar das respeitáveis opiniões em contrário, o Estado moderno tem-se caracterizado pela intensa intervenção no domínio econômico. Assim, às vezes presta serviços que não são necessariamente públicos mas que, em razão de determinadas condições dadas, passa a ser de interesse público prestá-lo. Ao contrário, muitas vezes, serviços que poderiam ser caracterizados como públicos, são prestados pelos particulares. A compulsoriedade ou a voluntariedade do vínculo que se estabelece é que determinará a sua natureza jurídica.

Para Cretella Junior (1967:150), "O fato de que as tarifas constituam emanção da vontade do Estado não é suficiente para imprimir-lhes natureza tributária. Falta-lhes, de uma parte, o liame a um serviço obrigatório, oriundo da soberania do Estado. A contribuição dos particulares é voluntária, no sentido de que a simples disponibilidade do serviço não justifica a imposição do pagamento, fazendo-se mister a utilização pessoal. De outro lado, a fixação das tarifas é um ato administrativo, usualmente exercido pelo Poder Executivo. As taxas, ao contrário, como espécie tributária que são, somente podem ser instituídas em lei, isto é, em ato materialmente legislativo, por força do princípio clássico da representação como base do poder impositivo fiscal".

Tal ato administrativo, como se viu (capítulo IV, item 4), tem expressa previsão Constitucional. O artigo 84, VI, está assim redigido:

“Art. 84 — Compete privativamente ao Presidente da República:

“... VI — dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei.”

Ora, de que forma dispõe o executivo sobre organização e funcionamento da administração federal? Uma das formas é o decreto. Assim, na instituição do pedágio como preço, está autorizado constitucionalmente o executivo, sem necessidade de autorização legislativa.

Competindo ao Estado estabelecer a política de desenvolvimento, ao cobrar um preço daqueles que se utilizam de uma determinada rodovia, está implementando uma política definida que, entre outros postulados, contém aquele de onerar apenas os beneficiários das melhorias. Cabendo, ainda, àqueles que não pretendam pagar tal preço, utilizarem-se de rodovia alternativa.

Hely Lopes Meirelles (1971:13) ratifica tal posicionamento ao afirmar que a tarifa destina-se:

“... a remunerar os serviços pró-cidadão, isto é, aqueles que visam a dar comodidade aos usuários ou a satisfazê-los em suas necessidades pessoais, telefone, energia elétrica domiciliar, transportes, etc.), ao passo que a taxa é adequada para o custeio dos serviços pró-comunidade, ou seja, aqueles que se destinam a atender as exigências da coletividade (embora divisíveis) e, por isso mesmo devem ser prestados em caráter compulsório e independentemente de solicitação dos contribuintes. Todo serviço público ou de utilidade pública não essencial à comunidade, mas de interesse de determinadas pessoas ou de certos grupos, deve ser remunerado por tarifa, para que os encargos de sua manutenção onerem, unicamente, aqueles que os utilizem (por ato espontâneo de sua vontade). (Tal citação também foi utilizada na decisão do Supremo Tribunal Federal, antes examinada).

Além do caráter voluntário do preço-pedágio, é importante salientar que isto não é suficiente. Como examinado no presente trabalho, a natureza do serviço prestado também deve ser observada. Assim, quando estivermos diante de *serviço público propriamente dito*, ou seja, quando não é possível a delegação aos particulares, não é possível a sua criação como preço público. Não é outro o entendimento de Gilberto De Ulhôa Canto (1985:105), que chama a atenção para o fato de que o critério distintivo deve ser buscado é exatamente na diferença entre serviços que emanam da soberania do Estado, e que só podem ser oferecidos por ele, e aqueles denominados pró-cidadão, que são delegáveis. Nestes últimos é que é possível a instituição do *preço-pedágio*, seja através do Poder Executivo, seja através de particulares. Afirma o citado autor que **“É certo que alguns serviços somente poderão ser prestados se tiverem acentuado grau de utilização coletiva, não comportando, sob pena de se tornarem inviáveis ou absolutamente ineficientes, qualquer nível de facultatividade; em tais casos, sua remuneração terá de ser mediante taxa, não através de preço público.**

Assim, tratando-se de serviço de construção ou manutenção de rodovia, à evidência estamos diante de um serviço de utilidade pública, que, tanto pode ser delegado como prestado pelo próprio Estado. Sendo voluntária a sua utilização, estamos diante de um preço público.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro objetivo do presente trabalho foi o de realizar uma investigação sobre a natureza jurídica do pedágio. Porém, como ficou manifesto, foi inevitável um posicionamento, no caso, pelo entendimento de que o pedágio, de acordo com a atual Constituição brasileira, também pode ser instituído como preço público.

Para se chegar a tal conclusão, foi necessário examinar como é conceituado o serviço público. Entendido que dentre os serviços públicos, *“lato sensu”*, estão aqueles tidos como serviços públicos propriamente ditos e os serviços de utilização pública. Nestes últimos enquadra-se a prestação do serviço de construção ou manutenção de rodovias públicas.

Este serviço, de utilização pública tanto pode ser prestado pelo Estado como pelo particular. Não é o fato de ser prestado pelo Poder Público ou pelos particulares que vai determinar a sua natureza jurídica como tributo ou preço público.

Além do fato de tratar-se de um serviço público *impropriamente dito* (que pode ser delegado, portanto), deve-se examinar se a sua exigência é compulsória ou não. Sendo voluntária, estamos diante de um preço público.

No caso do pedágio, para que tais características estejam presentes é fundamental que exista voluntariedade, ou seja, possa o usuário optar entre a utilização da rodovia na qual se cobre o pedágio e uma outra via alternativa.

É claro, como já disse Hely Lopes Meirelles (1971:19), é possível a cobrança mesmo que a via alternativa ofereça condições menos vantajosas.

Isto é evidente. Na verdade, a cobrança do pedágio em determinadas rodovias visa, exatamente, a melhoria das suas condições e dos serviços nela prestados (como instalação de telefones, equipes de socorro, etc).

Quanto à via alternativa, sua manutenção deverá ocorrer dentro das possibilidades orçamentárias. Pensando-se este tipo de serviço público como não essencial, à evidência, dependerá das prioridades estabelecidas pelo Poder Público, com a participação direta do Poder Legislativo.

Isto significa dizer que o Estado deve priorizar as suas atividades essenciais, quais sejam, preservação da saúde pública, segurança, etc.

A considerar-se a relevância dos serviços de saúde em contraposição aos serviços de manutenção de estradas, claramente pesa em favor do primeiro a relevância. Dito de outra forma, através dos tributos previstos orçamentariamente, as estradas alternativas serão conservadas quando houver recursos para tanto. Mas existirá a alternativa. Aquele usuário que entender de não pagar o preço-pedágio, resta a alternativa menos confortável, mas resta.

Seria decisão política absurda privilegiar tais usuários em detrimento de outros serviços. Mesmo porque, pagando o preço-pedágio, o usuário perceberá, imediatamente, o benefício da sua contribuição.

Aliomar Baleeiro (1986:334) fez comentário que, embora referido à *taxa-pedágio* (compulsória, portanto), aplica-se perfei-

tamente ao comentário acima. Disse ele que:

Às experiências feitas a propósito da Pennsylvania Turnpike e outras *toolroads* provaram que os proprietários de veículos, pagando a taxa pelo uso de estradas aperfeiçoadas, ainda lucram mais em termos de dinheiro do que se utilizassem estradas comuns e gratuitas. O pedágio é processo idôneo para fazê-lo participar do custo de construção e de conservação da rodovia de que se utilizam, cruzando-a quando vêm do Estado de origem para um terceiro Estado.

É evidente, portanto, a vantagem do usuário. Vantagem esta que pode ser estabelecida compulsoriamente, ou, em país de poucos recursos públicos como o Brasil, pode ser conferida à opção, entre utilizar via rodoviária menos cuidada e outra, onde os próprios recursos do pedágio contribuem para a conservação.

Tais motivações políticas estão perfeitamente autorizadas na legislação brasileira. Como se disse ao longo do trabalho, o pedágio tanto pode ser criado por autorização legislativa como por criação do executivo, exclusivamente. Quando este último optar pela instituição do pedágio sem a ingerência do Poder Legislativo, assumindo o ônus político de tal decisão, deverá fazê-lo dentro da legalidade, ou seja, oportunizando a via alternativa.

Arnoldo Wald (1969:405) é incisivo quanto à necessidade de existência da via alternativa para caracterização como preço público. Trata-se, segundo ele, de uma condição tradicional, embora não exigida expressamente pela legislação.

Hely Lopes Meirelles (1971:35-36) afirma que, sendo o pedágio um preço, "sua cobrança seria permitida independentemente da ressalva oposta pelo desavisado constituinte. Nenhum preço exige permissão constitucional para ser cobrado. Todos eles decorrem do poder genérico concedido à União, aos Estados e aos Municípios — e a seus delegados: concessionários e permissionários — de haver a remuneração de seus bens e serviços".

Por outro lado, é preciso enfatizar que discutir, tomando partido, se o pedágio é preço ou tributo, é uma falsa questão. Como se viu ao longo do trabalho, tanto pode ser uma coisa como outra. Depende de como for instituído. E, seja como tributo, seja como preço, não necessita, conforme Arnoldo Wald (*idem*, *ibidem*, pág. 403), "de suporte constitucional expresso para ser cobrado".

Também M. Seabra Fagundes (1971) avaliza este posicionamento, quando, ao examinar o tema, adverte que o pedágio não pode ser instituído como imposto, senão como taxa ou preço, dependendo das circunstâncias em que seja adotado.

De todo o exposto, é possível afirmar que o Poder Executivo pode criar a *preço-pedágio* para construção ou manutenção das rodovias públicas; seja o serviço explorado diretamente ou através de particular, pois se trata de um serviço público não essencial, de utilização pública (que pode, inclusive, ser delegado aos particulares), desde que se ofereça ao particular razoável opção.

Nada impede, sem dúvida, a sua instituição como taxa, porém, isto não veda, também, a sua existência como preço-público. Neste caso, poderá ser instituído mediante decreto do Poder Executivo, respeitando-se a legislação de Direito Financeiro que os rege, e não o capítulo constitucional referente aos tributos.

Assim pensar não afronta aos princípios democráticos, pois, no processo democrático as decisões não são exclusivas do Poder Legislativo. Não dependem totalmente deste. A virtude está no equilíbrio.

Quando o Poder Executivo agir no âmbito de sua competência, instituindo o pedágio, ainda resta ao Poder Legislativo a competência para fiscalizar os atos daquele. Cabendo, em última análise, ao Poder Judiciário responder se um ou outro dos Poderes em questão agiram dentro de sua estrita competência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Xavier. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília, nº 70, novembro, 1974.
- ALVES, Morcira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília, nº 112, 1984.
- ATALIBA, Geraldo. Boletim Informativo SERFHAU. São Paulo, (39): 4-6, junho, 1971.
- ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires Fernandino; O Pedágio. *Revista de Direito Tributário*. Ano 12, nº 46, págs. 90-96, 1988.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 346 p.
- . *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 667 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. 273 p.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional*. 4ª ed. Org. Alvaro Mello Filho. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 450 p.

- . *Código Tributário Nacional*. 21ª ed. Org. Juarez de Oliveira. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. 472 p.
- . *Constituição de 1891*.
- . *Constituição do Brasil de 1967 e Emenda Constitucional nº 01/69*.
- . *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*, 3ª ed. Equipe Atlas, São Paulo: Editora Atlas S.A., 1993. 204 p.
- CANTO, Gilberto Ullioa. *Taxa e Preço*. IN Martins, Ives Grandra (Coord). *Cadernos de Pesquisas Tributárias, Taxa e Preço Público*. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Editora Resenha Tributária, nº 10, 1985.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1967, 3º Vol. 271 p.
- . *Manual de Direito Administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 430 p.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 (Sistema Tributário)*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 423 p.
- DIAS, Francisco Gonçalves. *Pedágio Municipal. Cobrança. É Constitucional. Conveniência de sua instituição como preço. / Parecer aprovado pelo Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 1978.
- DELGADO, José. *Revista Lex*. São Paulo. Nº 26. 1992.
- MARTINS, Ives Grandra. *Taxa e Preço*. IN ———. *Cadernos de Pesquisas Tributárias. Taxa e Preço Público*. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária/Editora Resenha Tributária, Nº 10, 1985.
- . *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. 307 p.
- ; BASTOS, Celso Ribeiro; *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. 307 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Pedágio, Condições para sua cobrança. Revista dos Tribunais. Consultas e Pareceres*. São Paulo, nº 430, 1971.
- . *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. 1971.
- . *Direito Administrativo Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. 688 p.
- MORAES, Bernardo Ribeiro. *Sistema Tributário na Constituição de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. 532 p.
- . *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 937 p.
- RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Org. de Men de Souza et alii. 2ª ed. Porto Alegre, Editora Sulina, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. 767 p.
- SOUSA, Rubens Gomes. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975. 216 p.
- WALD, Arnoldo. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo. Nº 99, 1969.

**MEDIDA LIMINAR NO
PROCESSO CAUTELAR
— Potencialização da urgência**

MARIA DENISE FEIX DE VARGAS*

* Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

INTRODUÇÃO

O processo cautelar brasileiro conquistou autonomia sem precedentes em qualquer sistema jurídico contemporâneo. O legislador fez uma opção doutrinária no sentido de conferir "status" processual à cautela, igualando-a em categoria aos processos de conhecimento e execução. É um avanço¹.

Esse "tertium genus"⁽²⁾ ressalta a importância do processo cautelar. E nele, por sua vez, destaca-se a medida liminar pela operacionalidade que imprime ao procedimento.

Cumpra lembrar, de início, assim, que a medida liminar diferencia-se em essência⁽³⁾ da tutela cautelar. Enquanto esta visa a assegurar o resultado útil do processo expectativo, principal, aquela, a seu turno, como ensina PONTES DE MIRANDA⁽⁴⁾, consiste em adiantamento da prestação jurisdicional. O domínio desta idéia é fundamental para a compreensão da dimensão de cada uma delas.

A pedra de toque da liminar frente à cautela, portanto, é a pressuposição de uma urgência agravada, isto é, mais do que o resguardo ao processo posterior, pretende-se antecipar o provimento da própria sentença cautelar.

Nosso Código de Processo Civil trata a matéria em seu art. 804(5). Condiciona a concessão da providência "in limine" ao

- (1) A elevação do processo cautelar nesses moldes sofreu críticas respeitáveis. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, contrariando a posição oficial, contesta a novidade argumentando que enquanto "conhecimento e execução são tutelas satisfativas, o processo cautelar se presta a simples segurança". Diverge OVIDIO BATISTA DA SILVA, ressaltando a atividade cognitiva própria da cautela — que lhe atribui individualidade —, traduzindo como "decorrente de um pressuposto secular, inconsciente, que confunde cognição com coisa julgada", o equivoco irremediável que impregna a doutrina e a embaraça na compreensão do tema. A idéia é firme na doutrina italiana — de disciplina apartada do processo cautelar —, desde no mínimo 1926, com o Projeto CARNELUTTI (muito embora não tenha vingado no código respectivo).
- (2) LIEBMAN "in" Unita del Procedimento Cautelare, Rivista di Diritto Processuale, p. 248, 1954, "apud" Galeno Lacerda em Comentário ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo I, arts. 796 a 812, Forense, 1980.
- (3) HAMILTON DE MORAES E BARROS é muito feliz em apontar a desigualdade em suas "Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973" — Revista Forense, nº 246, p. 202 —, já o tendo feito por ocasião da monografia em que concorreu à cátedra na então Universidade do Estado da Guanabara.
- (4) "in" Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII, arts. 796 a 889, p. 72, Forense, 1976.
- (5) Art. 804: "É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer".
O preceito abrange a concessão da medida, liminarmente "ou após justificção prévia". Atente-se para que, mesmo neste caso, o procedimento é unilateral, tudo se fazendo antes da citação. A justificção consiste, observa CALMON DE PASSOS, na audiência de testemunhas e inclusive juntada de documentos que corroborem as afirmações por estas acrescidas. Figurando o Ministério Público nesta espécie de ação, impõe-se, ele sim, seja citado para a justificção.

risco de frustração do processo cautelar, caso cientificada a contraparte. Viabiliza uma caução para seu deferimento. E arma o autor quando diante de uma situação em que o tempo não espera.

A esta espécie de antecipação de sentença, num patamar máximo de urgência e provisoriedade, a ser confirmada pela cognição em cautela, é que dedicaremos o presente estudo.

I — CARÁTER ESPECIALÍSSIMO DA LIMINAR NO PROCESSO CAUTELAR

A. "Urgência da urgência" e pressuposto específico para sua concessão.

Os direitos de garantia, como qualificava LOPES DA COSTA em seu clássico estudo "Medidas Preventivas", hoje, como àquela época, querem assegurar outro direito, de forma precautória, de modo possa ele vir a ser objeto de certo processo.

Ocorre que um processo de cautela, mesmo ele, pode às vezes ser insuficiente do ponto de vista da eficácia do que se postula. É o caso da busca e apreensão de uma criança prestes a viajar para o estrangeiro. Até final exame do cabimento do pedido, poderia sua partida estar consumada, tornando o provimento jurisdicional de inutilidade completa.

Face a esta situação, onde à urgência da cautela soma-se a do rápido ataque a uma situação iminente, é que surge a medida liminar: instrumento antecipatório da decisão de mérito suscetível de ser obtida só ao final do processo cautelar.

A isso é que PONTES DE MIRANDA chama de "urgência da urgência", ou seja, dentro do processo cautelar pode que a emergência seja de tal monta que nada se possa aguardar.

E esse excepcional grau de urgência é que nos conduz ao pressuposto específico da liminar que apreciamos, qual seja, a possibilidade de frustração da medida com a efetivação da citação.

"Estamos em terreno de exceção", diz PESTANA DE AGUIAR.

A circunstância revelará grau extraordinário de urgência, de modo que o aguardo seria demasiado lesivo ao autor. E a citação se faria inconveniente. Aliás, atente-se para o detalhe de que não só o comportamento do requerido motiva a concessão da liminar, como bem lembra CALMON DE PASSOS. Ao lado do comportamento culposo ou doloso dele — que na realidade é o que

fundamentalmente sustenta a regra —, uma vez comunicado, colocam-se também situações objetivas de risco de frustração da medida, como, por exemplo, o próprio decurso do tempo(6).

Mas o importante é registrarmos que aquele requisito especial — possibilidade de frustração — é que embasa substancialmente a liminar. E junto dele, o "*periculum in mora*" — em teor elavadiíssimo, o que se depreende do expedito — e o "*fumus boni juris*" — ainda que tênue, **suficiente**, vamos examinar — põem-se como condições próprias do processo típico.

É evidente que o juiz tem de perquirir da viabilidade do que urge ao autor, em tese, para a autorização do pleiteado. Mas não só em tese, é certo. A inicial precisa vir acompanhada de material probatório de modo a formar a convicção do juiz. E aqui fala-se em prova documental pré-constituída ou justificação. E eis dois pontos cruciais no tocante ao tema: prova e cognição.

A prova, ainda que pouca, deve existir. Ou deveria. Referir-se-á aos dois requisitos clássicos e ao especial.

O que se verifica na prática, contudo, bem comenta o Prof. OVÍDIO BATISTA DA SILVA, é uma despreocupação da parte em demonstrar a imperatividade da medida, o que vem ao encontro do comportamento dos juízes, acresça-se, que também não se dedicam, em regra, ao seu exame.

É quase procedimento corrente deixar-se a apreciação dos fundamentos da liminar para depois da contestação, em detrimento de indispensável cognição em hipótese tão séria.

Naturalmente que o juiz não tem variedade de elementos para balizar um deferimento de liminar. Entretanto, isto não pode justificar um total desprezo quanto a seu conhecimento, ainda que amparado pela tranqüilidade que lhe trará a prestação de caução. Note-se que esta decisão deve ser fundamentada(7).

Será cognição(8) de grande superficialidade, indagando, o mesmo Ovídio, da **plausibilidade** da medida, apenas. O que não

(6) "O comportamento do réu, no caso, é fator que também autoriza, se risco existe de ineficácia, mas não é indispensável para deferir-se a antecipação". CALMON DE PASSOS, Comentários ao Código do Processo Civil, vol X, tomo I, arts. 796 a 812, p. 203. Revista dos Tribunais, 1984.

(7) Se assim não for, pratica ato abusivo corrigível por mandado de segurança. E caso delibere equivocadamente acerca de prova, tal erro pode ser passível de agravo de instrumento.

(8) E se o juiz for incompetente? Seja relativa ou absoluta a incompetência, subsistirá a medida até ulterior apreciação do juízo competente. O iminente dano irreparável suplanta a norma de competência, temporariamente.

No direito francês: "Lorsqu'il y a urgence, la compétence du juge des référés est d'ordre public en ce sens qu'une clause attributive de compétence ne pourrait valablement lui interdire de connaître du litige". "In" Référé Civil, p. 614, supra.

se admite são liminares "automáticas", com supressão de "*cognitio summaria*"(9). E está correto: à lei, afirma PONTES, não "apraz prodigar medidas cautelares"(10).

B. Instrumentalidade de segundo grau

A "instrumentalidade hipotética"(11), em CALAMANDREI, encontra sucedâneo no direito processual brasileiro.

Fala-se em caráter instrumental porque o processo cautelar colima assegurar a eficácia do buscado no processo de conhecimento ou no de execução.

Daí enunciar BARBOSA MOREIRA a instrumentalidade da instrumentalidade, ou "instrumentalidade ao quadrado", já que o processo, em seu sentido puro, também tem essa conotação relativamente ao direito material. É o que denomina de instrumentalidade de segundo grau(12). Mas isso tudo relativamente ao processo cautelar e seus congêneres.

No que tange propriamente à medida liminar, afigura-se-nos extremamente interessante a construção de RENATO GUEDES(13). Conclui o autor que se BARBOSA MOREIRA vislumbrou dita instrumentalidade de segundo grau no processo cautelar, a providência liminar — diante deste mesmo processo cautelar, primeiro, do processo de execução ou conhecimento, após, e ainda do direito material, por fim — possui instrumentalidade de terceiro grau.

A teorização pode parecer muito acadêmica, o que não invalida a possibilidade de assistir razão a seu construtor. Ela traz lógica, e realmente a liminar pode estar escalonada dessa forma, se existir o plano intermediário, não sendo satisfativa, e se cumprir seus desígnios, sem revogação ou desmerecimento do processo principal, por exemplo.

Neste ponto manifesta-se, por igual, a provisoriedade da liminar. O raciocínio é idêntico: se ocorre em relação ao processo cautelar, mais ainda quanto ao seu posterior.

(9) "In" Comentários ao Código do Processo Civil, vol XI, arts. 796 a 889, Do Processo Cautelar, Letras Jurídicas Ltda., 1985.

(10) Op. cit., p. 70

(11) V. Sydney Sanches, "in" Poder Cautelar Geral do Juiz".

(12) GALENO LACERDA fala em "cautela enxertada em cautela". Comentário, p. 345.

(13) Comentário a acórdão na Revista de Processo, n.º 50.

O Art. 806(14) do Código Processo, ao prescrever o prazo de trinta dias para a propositura da ação, contados da efetivação da providência preparatória, traduz dita característica. "A perda da eficácia é *ipso jure*, leciona PONTES. "À expiração do prazo, a medida cessa de pleno direito"(15). Seria perda de eficácia, consoante o art. 808, inc. I (16), evocando a provisoriedade relativamente à ação principal.

O mesmo quanto ao próprio processo cautelar. Se não executada igualmente em trinta dias, desaparece sua eficácia por força do inc. II(17) do mesmo art. 808.

Acrescente-se, ainda, a norma do art. 807 do Código de Processo, segundo a qual a qualquer tempo poderão ser modificadas ou revogadas as medidas, evidenciando-se como se torna inequívoca aquela disposição.

II — PECULIARIDADES PROCEDIMENTAIS NA PRETENSÃO À SEGURANÇA

A. Medida "inaudita altera parte" e princípio do contraditório

Depreende-se do art. 811, inc. II(18), do Código de Processo, dever-se proceder à citação do requerido no prazo de cinco dias.

Até então, este não terá integrado a relação processual e o demandante já estará na posse de meio contundente, pronto e idôneo que atingirá — irremediavelmente, talvez — seus interesses. Ter-se-á derogado o princípio do contraditório?

O que ocorre na verdade é que a questão em si e as circunstâncias que a acompanham são tão especiais que o legislador flexibilizou tal princípio de forma a tornar factível a medida. Compreenda-se que sendo ela sempre provisória, podendo ser reparada ou modificada "a posteriori" quando da intervenção do interessado, não há de se cogitar de supressão de contraditório.

(14) Art. 806: "Cabe à parte propor a ação no prazo de trinta (30) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em caráter preparatório.

(15) "In" Comentários, p. 81.

(16) Art. 808: "Cessa a eficácia da medida cautelar:

I — se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806";

(17) Id., inc. II — "se não for executada dentro de trinta (30) dias";

(18) Art. 811: "Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida.

(...) II — se obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias".

Neste sentido também LIEBMAN, com argumento do qual discordaríamos parcialmente.

Sustenta o ilustre processualista que o contraditório se mantém em provimento "*inaudita altera pars*" porque esta pode sucessivamente defender-se antes que o requerente ofenda "*concreta e definitivamente seus interesses*".

Sucedem que há casos em que a providência autorizada já não é mais passível de reversibilidade. São situações em que o adiantamento da prestação jurisdicional esgota todo seu conteúdo desde logo, no momento da concessão da liminar, prejudicando ou tornando supérfluo o contraditório.

Um exemplo seria a exibição de documento ordenado contra terceiro sem audiência do requerido. Produzida a prova, entendendo o juiz de acolher a contestação do réu, não há outro caminho senão a improcedência da ação cautelar.

O mesmo quanto à perícia "*ad perpetuam rei memoriam*" e a inquirição de testemunha, mostra o Prof. OVÍDIO BATISTA DA SILVA(19). Embora realizado o ato, mesmo face à emergência, revogar-se-á a liminar. Eis o que registra o mencionado autor:

Não há outra solução possível. Ou admite-se o contraditório ou o processo desaparece. (...) Não se pode supor que se oportunize ao réu o ensejo de contestar a demanda e depois não se leve a sério a defesa".

Por isso discordamos de LIEBMAN. A liminar mal concedida, em situação irretornável, pode irradiar efeitos que ofendam, "*concreta e definitivamente*", os interesses do requerido.

Convencendo-se o juiz, posteriormente, de que não deveria conceder a prevenção, temos que a solução seria apagar-se do mundo jurídico o ato concretizado, desconsiderando-o e recolhendo seus efeitos.

Suponhamos uma assembléia para eleição dos membros da presidência de uma empresa. Revogada a liminar que a possibilitou, realizar-se-á novamente a reunião, deliberando-se mais uma vez sobre o comando. Todavia, alterada a titularidade, o que poderá acontecer com uma compra e venda, por exemplo, efetuada pelo presidente anterior, enquanto investido no cargo? Quais os efeitos de seus atos em relação a terceiros?

(19) "In" Comentários, p. 199.

A alternativa seria resolverem-se as perdas e danos em ação própria quando reflexamente atingissem estranhos à relação processual. Quanto ao adversário direto, oportunizar-se-ia ação indenizatória, uma vez ultrapassado o valor caucionado.

O que se impõe, a nosso sentir, é a reconstituição do "*statu quo*". A busca é desconstituírem-se os atos, até mesmo os irreversíveis, por mais esdrúxulo que pareça, pela reposição da igualdade das partes.

B. Caução de ressarcir danos

O art. 804, "*in fine*", prevê a prestação de caução real ou fidejussória de ressarcimento de danos que o requerido possa vir a sofrer. Essa contracautela, contramedida ou contraprestação, aplaudida por uns e criticada por outros, quer dar amparo ao possível lesado que não teve oportunidade de se manifestar⁽²⁰⁾.

É faculdade do juiz determiná-la. Todos os doutrinadores, porque embasados no dispositivo, remarcam essa discricionariedade.

Todavia, há momentos em que não pode o juiz deixar de curvar-se às exigências do caso concreto, tornando-se compulsório o deferimento da liminar. Assim, em risco de desabamento iminente de um prédio, v.g.⁽²¹⁾.

A discricionariedade, então, dará lugar ao "*arbitrio vinculado*" do julgador, na expressão de GALENO, contanto presentes os requisitos do "*fumus boni juris*", "*periculum in mora*" e o especial do art. 804.

Ele fixará o montante da caução e, de acordo com o art. 811⁽²²⁾, antes mencionado, promoverá a citação da parte no prazo de cinco dias. Note-se que a contracautela é cabível não somente nas hipóteses "*in limine litis*", mas inclusive após a contestação, comenta-se, convencendo-se o juiz de sua necessidade

(20) PESTANA DE AGUIAR, no artigo antes mencionado, afasta o caráter substitutivo da caução — não confundi-la com as cauções do art. 799 e dos arts. 826 a 838, procedimento cautelar próprio de caução —, asseverando que ela "... visa equilibrar a posição dos litigantes na pendência do conflito de interesses". Assim a generalidade dos autores.

(21) O exemplo é trazido por GALENO LACERDA, "*in*" Comentários, p. 349.

(22) O art. 811 é mais específico na imposição do prejuízo decorrente da ausência de citação, ainda que mencione novamente o prazo (nota 15). Na verdade, é outro que a determina: "Art. 802: O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para no prazo de cinco (5) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretenda produzir. Parágrafo Único: Conta-se o prazo da juntada aos autos do mandado.

I — de citação devidamente cumprido;

II — de execução de medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia".

— não olvidando os casos em que tem cabimento intercorrente no processo principal.

Portanto, é perfeitamente possível que se defira a liminar nessas oportunidades, vindo-se a impor a caução como condição de execução da sentença cautelar. É nada mais congruente, pois o fim é ressarcir danos, que tanto podem advir da execução provisória como da definitiva, ulterior àquela decisão.

Há que se estabelecer, com essa contraprestação, o caro "equilíbrio entre os litigantes". E o requisito fundamental, efetivamente, é a possibilidade de resultar prejuízo do demandado.

LOPES DA COSTA ensina que não se exige "*dano em ato*". Basta que exista "*em potência*", ou seja, baja latente probabilidade de provir lesão para que já se faça viável o seguro.

Será real⁽²³⁾ ou fidejussória a caução. Comumente dá-se em dinheiro ou através de fiança.

No que respeita ao valor judicialmente fixado, é de todo importante lembrar a viabilidade de sua modificação, requerendo o autor, no prazo do art. 808, II — trinta dias —, a revisão do montante.

Neste particular, inclusive, há significativo dissenso na doutrina no que respeita ao postulante débil financeiramente.

Reside especialmente aqui a crítica de GALENO ao instituto, que logo após a edição do Código o teve por "infeliz"⁽²⁴⁾ diante da penalização que a não-obtenção causaria a autor que não pudesse caucionar e estivesse de boa-fé.

Ocorre que, como a contracautela é facultativa, esse temor resultaria infundado. De outra parte, não impondo o cuidado, ficaria o requerido no mais completo desamparo, para não dizer desespero.

PONTES ressalta o caráter não cogente da norma do art. 804. Retrata um caso em que A não tem meios de prestar contracautela e B, devedor sem domicílio certo, tenta alienar bens ou, tendo domicílio determinado, tenta alienar bens ou contrair dívidas extraordinárias⁽²⁵⁾. Fica flagrante a impertinência da negativa da medida, "*in casu*", fosse ela fundada na efetivação de caução.

(23) Novamente trazemos à colação os Comentários do Prof. OVÍDIO, onde ele observa que o simples oferecimento do bem na inicial não configura contracautela. Imprescindível "formalizá-la mediante uma escritura pública de hipoteca".

(24) Considerações no artigo "Processo Cautelar", publicado na Revista Forense, de nº 246, onde observa também que a caução só tem lugar nas ações de natureza ou reflexo patrimonial.

(25) Op. cit., p. 76.

Pela dispensa também é PESTANA DE AGUIAR. Salvo se a garantia for suscetível de ser prestada com o próprio bem, objeto do litígio, entende há de ser aliviado o hipossuficiente.

Não se nega a evidência do risco que fulmina o réu. Entretanto, absurdo seria vedar-se uma providência jurisdicional, muitas vezes requerida numa situação-limite, revelando um motivo de ordem econômica. Seria desprezar os mais caros princípios de processo. E estimular o carente ao retorno a uma medieval justiça privada, à qual ele já tem razão sobremaneira para querer recorrer, por imaginá-la melhor.

Impõe-se registrar, ainda, e já conclusivamente, que a contracautela não substitui o convencimento judicial sobre a legitimidade da liminar⁽²⁶⁾, ou ao menos assim não deveria. Tanto se a dispensa e defere o "*mandatum*" como se a considera insuficiente, por si só, para que se consiga o pleiteado. Vale dizer que sem caução poder-se-á ter provimento cautelar e com caução, não, por vezes, dependendo da deliberação do juiz.

Por fim, uma curiosidade que reputamos interessante. A redação do dispositivo em exame, segunda parte, à época da discussão do projeto, sofreu uma alteração expressiva. Onde se lê "poderá", originariamente constava "... *deverá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória...*".

Esta modificação teve lugar por sugestão levada diretamente ao então Ministro da Justiça, ALFREDO BUZUID, pelo Prof. GALENO LACERDA, ao considerar que essa obrigatoriedade não seria suportada pelo cidadão brasileiro, donde se invalidaria para ele o acesso às liminares. O relator do projeto enviou à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados dita sugestão. Lá, sendo bem recebida, converteu-se a obrigação em faculdade, modificando-se o projeto do Código de Processo.

CONCLUSÃO

O panorama atual do processo cautelar, entre nós, parece ter paralelo no direito comparado. Em países como Alemanha e França, o quadro tomou um tal rumo que resultou por degenerar sua feição inicial.

(26) OVÍDIO BATISTA, op. cit., p. 204.

FRITZ BAUR pondera que, na Alemanha, a realidade da tutela cautelar, contínua e progressivamente alterada⁽²⁷⁾, atingiu um nível de abrangência surpreendente. A linha clássica foi abandonada, sustenta. Nesse país, a regulação provisória vem substituindo a definitiva, desfigurando as garantias de proteção judiciária. No § 940 da ZPO⁽²⁸⁾, tem-se uma cláusula geral, de poder global do juiz, bem aos moldes do nosso poder cautelar geral.

O perfil francês não é muito diverso, porém mais problemático. A "*jurisdiction de référé*", em muito maior escala, está a receber cada vez mais matéria originariamente estranha a sua alçada⁽²⁹⁾, com o agravante de que não se indaga dos motivos⁽³⁰⁾ que movem o postulante: "*La Cour de Cassation se borne à décider qu'il y a lieu à référé dans tous les cas d'urgence (...)*", diz em acórdão M. WATINE.

O enfoque está em que o perigo da demora, desconsiderado, termine por ocasionar uma espécie de denegação de justiça.

No processo cautelar pátrio, pode-se reconhecer semelhanças, notadamente no que diz com a proliferação das medidas liminares. Fala-se em um "*interesse quase epidêmico*"⁽³¹⁾ no tocante à obtenção das medidas. E seguramente dentre apressadas concessões, é inequívoco que direitos estão sendo feridos. A tão almejada efetividade do processo, de que fala CAPPELETTI, não haverá de ser, certamente, por estes meios alcançada⁽³²⁾.

Não se quer aqui reduzir uma garantia, por óbvio. A "pretensão à segurança"⁽³³⁾, de RUDOLF POLLAK, é inafastável do sistema. Tanto que o juiz pode prover liminares de ofício. Imperiosa, entretanto, é sua melhor adequação.

(27) "...Ademais disso, a tutela jurídica provisória ganhou em extensão por efeito das leis processuais mais recentes. Sem pretensão a oferecer elenco completo, sejam mencionadas as seguintes: os provimentos provisionais — no processo concernente ao matrimônio, conforme os §§ 627a, 627b do ZPO e os §§ 19, 25 do Haurats VO — em controvérsias de direito constitucional (§ 32 do BVGG) — no processo administrativo (§ 123 do VwGO, também § 80 do VwGO) — no procedimento jurídico-social (§§ 130, 180, inc. 6, 198, inc. 2 do SGG)(5) — no processo dos tribunais financeiros (§ 114, também § 69 do FGO) e dos tribunais trabalhistas (§ 62, inc. 2 da ArbGG), no direito processual concernente aos cartéis (§§ 56, 63, 75, inc. 5 da GWB), finalmente ainda em assuntos da comunidade econômica e atômica da Europa". Estudos sobre Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares, p. 12, Fabris Editor, 1985.

(28) Naquele ordenamento, também a previsão de caução: § 936, ZIVILPROZESSORDNUNG.

(29) "L'Option entre la voie du référé et une procédure appointive au demandeur (...)" "In" *Référé Civil*, Rép. de Procéd. Civ. et Comm. Dalloz, 1956.

(30) PHILIPPE JESTAZ, com outra abordagem, chega a mesma conclusão. "Mais la Cour de Cassation contrôle moins les éléments de fait de l'urgence que les situations juridiques susceptibles d'être affectées par elle: son contrôle, qui est alors indirect, se déplace vers celui des droits en présence". *L'Urgence et les Principes Classiques du Droit Civil*, p. 313., L. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.

(31) OVÍDIO BATISTA DA SILVA.

(32) Veja-se a reação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a edição de sua Súmula 9, do seguinte teor: "Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares".

(33) PONTES alude à expressão como a mais precisa, hoje ainda, no atinente ao tema.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. *Medida Liminar. Hipóteses de Cabimento para sua Concessão. Eficácia da Medida Liminar*. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, n.º 14, 1985.
- ARMELIN, Donald. *Execução da Medida Cautelar liminarmente concedida e o Prazo para Resposta*. Revista de Processo, n.º 31, RT, 1983.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Medida Cautelar liminarmente concedida e Omissão do Requerente em propor a tempo a Ação Principal*. "In" Medidas Cautelares. Estados em Homenagem a Ovídio Batista da Silva, Fabris Editor, 1989.
- BARCA, CARLOS ANTÔNIO VARELA. *O novo Processo Civil Brasileiro*. Forense, 1989. *Medidas Cautelares*. Revista de Processo n.º 20, RT, 1980.
- BARCELLOS, Pedro dos Santos. *Medidas Liminares em Mandado de Segurança. Suspensão de Execução de Medida Liminar. Suspensão de Execução de Sentença. Medidas Cautelares*. Revistas dos Tribunais, n.º 663, RT, 1991.
- BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares*. Fabris Editor, 1985.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti*. CEDAM, 1936.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I, Tomo X, arts. 796 a 812, Revista dos Tribunais, 1984.
- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso. Derecho Procesal Civil y Penal*. E.J.E.A., 1971.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Saraiva, 1946.
- DEVIÈSE, Claude. *Référent Civil*. Répertoire de Procédure Civil, Dalloz, 1956.
- FORNACIARI Jr., Clito. *Dos Prejuízos decorrentes da Execução de Medida Liminar*. AJURIS, n.º 37, 1986.
- GUEDES, Renato. *Medida Cautelar concedida liminarmente — Possibilidade de Modificação — Alteração dos Fatos*. Revista de Processo, n.º 50, Revistas dos Tribunais, 1988.
- JESTAZ, Philippe. *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.
- LACERDA, Galeno. *Processo Cautelar*. Revista Forense, n.º 246, Forense, 1974.
- LOPES DA COSTA, A. *Medidas Preventivas*. Bernardo Tavares, 1958.
- MANCUSO, Rodolfo C. *A questão dos limites no Poder Cautelar Geral*. Revista dos Tribunais, n.º 569, RT, 1983.
- MORAES E BARROS, Hamilton de. *Breves anotações sobre o Processo Cautelar e sua Disciplina no Código de Processo Civil de 1973*. Revista Forense, n.º 246, Forense, 1974.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A Tutela Cautelar Antecipatória e os Alimentos "initio litis"*. Revista de Processo, n.º 49, RT, 1988.
- PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Síntese informativa do Processo Cautelar*. Revista Forense, n.º 247, Forense, 1974.

- PONTES DE MIRANDA, F. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XII, arts. 796 a 889, Forense, 1976.
- SANCHES, Sydney. *O Poder Cautelar Geral do Juiz*. Revista dos Tribunais, 1978.
- SILVA, Ovídio Araújo B. *Medidas e Ações Cautelares*. Revista Forense, n.º 254, Forense, 1977.
- . *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. Forense, 1980.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. LeJur, 1985.
- SOUZA, Sebastião Pereira de. *Medidas liminares*. Revista dos Tribunais, n.º 663, RT, 1991.
- THEODORO Jr., Humberto. *Tutela Jurisdicional Cautelar*. AJURIS, n.º 32, Diretoria da Revista de Jurisprudência e Outros Impressos, 1984.

PARECERES

AFETAÇÃO DE BEM A SERVENTIA PÚBLICA: IRREVERSIBILIDADE

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES

Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UFRGS e na Escola Superior de Advocacia do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 7370

- Desapropriação pelo Município de área de terras, com recursos federais, para posterior transferência à entidade privada.
- Edição, no curso da ação expropriatória, de Lei Municipal autorizando a doação do terreno ao Estado, para construção de Escola Estadual.
- Revogação da lei após a construção e funcionamento da unidade de ensino.
- Posterior doação da área, pelo Município, à Fundação Educacional de direito privado. Ineficácia da disposição por ter o bem se incorporado ao domínio público.
- Afetação de bem, por ato jurídico e fato jurígeno, a uma serventia pública: irreversibilidade.

Ao exame do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral submete-se expediente em que a Secretaria da Educação e Cultura consulta sobre proposta de comodato formulada ao Estado pela FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DA REGIÃO DOS VINHEDOS.

A situação que enseja a proposta pode ser assim resumida:

Em 1979, o Município de Bento Gonçalves editou a Lei Municipal nº 891, de 13 de março, pela qual foi o Poder Executivo

autorizado a doar ao Estado, para a Construção da Escola Estadual de 1.º Grau Dona Isabel, uma área de terra de 20.430m², localizada no Bairro São Roque.

Sobre essa área, descrita no expediente conforme documentação do respectivo Registro de Imóveis, em data não precisada, provavelmente entre 1979 e 1982, levantou o Estado nove pavilhões, nos quais funciona a unidade escolar nominada, pelo menos desde 7 de maio de 1982. (f. 17).

No período sinalado, várias diligências foram intentadas com o objetivo de efetivar a doação do terreno, vez que o encargo cometido ao Estado já fora cumprido.

Em 9 de setembro de 1982, o Exator de Bento Gonçalves informa (fl. 20) que o Município só tem posse provisória do terreno, havendo processo de desapropriação em juízo, pendente de decisão. Instado o servidor fazendário a melhor detalhar a informação, pronuncia-se a 12 de abril de 1983, esclarecendo que o processo aguarda apenas o pagamento da indenização da área à Fundação Educacional da Região dos Vinhedos e, que, segundo "informações verbais do Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal, após a indenização, a mesma fará nova lei doando a área em questão ao Estado do Rio Grande do Sul". (Sic — f. 22).

Observa-se que dita informação é duplamente equivocada. De um lado, por mencionar a Fundação como expropriada, quando esta era Madem S/A, sucessora de Tanoaria Bento Gonçalves Ltda.; de outro, por indicar a intenção da Administração local em efetivar a doação ao Estado através de nova lei, quando já fora revogada a Lei 891/79, através da Lei 1.119, de 26 de julho de 1982, autorizando a doação, não ao Estado, mas à FERVI.

Note-se, por oportuno, que o município permanece omissivo, mantendo longo silêncio a respeito do problema.

Provocado por ofício do Secretário da Educação, datado de 6 de agosto de 1983 (fl. 41), só um ano mais tarde vem o Prefeito daquela comuna esclarecer os fatos, afirmando que a desapropriação do imóvel iniciada em 1977, se dera com a finalidade específica de repassá-lo à Fundação, eis que a União havia transferido ao Município os recursos necessários ao pagamento da indenização, com aquele objetivo e que, por isso, não podia se consumir a doação ao Estado (of. de 6 de agosto de 1984-f.45).

Ajunta o Prefeito, ainda, que "com relação ao prédio que o Estado do Rio Grande do Sul construiu no imóvel, parece-nos

mais viável, como sugestão, um contrato de comodato com a FERVI".

Nesse passo, cabe ressaltar que a expropriação não se havia consumado, embora transitado em julgado o Acórdão da 2.ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento aos recursos voluntários e, em reexame necessário corrigiu a sentença, para fixar como data do início da correção monetária a da própria sentença, determinando, outrossim, a exclusão dessa correção relativamente à soma já recebida pela desapropriada, quando da imissão do expropriante, *initio litis*.

Como o expediente não informa a data em que se realizou o pagamento da indenização, o que se pode afirmar é que a área em discussão foi integrada ao domínio municipal, em cuja posse se encontrava, desde 23 de fevereiro de 1977, depois de 1984 e antes de janeiro de 1986.

Finalmente, dão conta os autos, que por escritura pública lavrada a 14 de agosto de 1986 e registrada no Registro de Imóveis da Comarca de Bento Gonçalves a 10 de outubro do mesmo ano, o imóvel objeto da expropriação, com área de 30.015m² (dentro do qual se localiza a fração de 20.430m², descrita na Lei n.º 891/79, sobre a qual o Estado construiu) foi doado à Fundação Educacional da Região dos Vinhedos (f. 110)

Até aqui o Relatório.

Consta dos autos, em numerosas passagens, a afirmação de que o Estado edificou sobre terreno de propriedade da Fundação. Tal assertiva é ilusória e representa inversão na cronologia dos fatos.

Em verdade, o Estado fez construção sobre área de propriedade de Madem S/A, área essa na qual o Município de Bento Gonçalves se encontrava imitado na posse, desde 23 de fevereiro de 1977 (fl. 12). A expropriada, Madem S/A, por alvará judicial de 3 de março do mesmo ano, levantou 80% do depósito inicial, limitando-se a discutir na contestação o valor oferecido a título de indenização.

É certo, pois, que o Estado construiu os pavilhões da Escola Estadual de 1.º Grau Dona Izabel, sobre parte da área expropriada, sujeita à posse do Município.

Cuide-se que dita área não foi escolhida aleatoriamente, mas definida em lei municipal que, identificando-a e autorizando a doação ao Estado, **afetou-a a uma serventia pública.**

O ato legislativo municipal, provavelmente editado, como é costume, após a obtenção da concordância do Estado em tratativas preliminares, restaria quiescente e até mesmo ineficaz, não tivesse o Estado, como lhe cabia, promovido a execução do encargo cometido e aceito, levantando os prédios, provendo o estabelecimento de professores e da infra-estrutura necessária ao seu funcionamento, para afinal, oferecer ao segmento da comunidade local o serviço público do Ensino de 1º Grau, que é direito da clientela e dever do Estado, por cláusula constitucional.

Certo que a Lei nº 891/1979 não investiu o Estado na titularidade dominial do imóvel. A observação, aparentemente óbvia, contudo se impõe, posto que, em numerosas peças do processo, se lê que através da lei fez o Município doação ao Estado ou que o fez à FERVI.

Não é demasia, pois, lembrar, que o provimento legislativo em causa faz cessar a inalienabilidade de bem público (ou que venha a sê-lo), providência indispensável que antecede os negócios jurídicos de disposição de bem daquela espécie.

Destarte, a Lei nº 891/1979 não doou, como não poderia aliás doar. Mas, e aqui o cerne da questão, consubstanciou ato jurídico de destinação do bem a uma finalidade de utilidade pública, cominando, ainda, ao Estado do Rio Grande do Sul o encargo respectivo, consistente na construção da Escola D. Isabel.

Em outras palavras, desvelou o texto legal predito, o clímax de todo um procedimento administrativo de cooperação entre a órbita de poder local e a regional, tendente a dotar a cidade de nova e melhor aparelhada unidade de ensino. Repartidos os ônus (o Município provendo a área física, o Estado construindo e respondendo pelos recursos humanos), possibilitou-se a prestação de serviço público indispensável, mais que isso, obrigatório, ao mando dos artigos 176, § 1º e § 3º, II, da Carta Federal, 183, § 1º e 185, II, da Constituição do Estado.

Se, como os autos demonstram, a municipalidade declarou o imóvel de utilidade pública para fins de desapropriação, com o intuito expresso de doá-lo à FERVI (Decreto nº 818, de 21 de janeiro de 1977 — f. 90), tendo inclusive recebido recursos federais para tanto, a realidade é que tais circunstâncias foram omitidas, delas não tendo conhecimento o Estado.

Este mais não fez que atender ao avençado. Recebendo a posse do terreno, nele edificou. A afetação ao domínio estadual assim operada é fato irreversível.

Se, posteriormente, em outubro de 1986, registrou-se em favor da Fundação a escritura de doação, é problema que ao Município e à Fundação toca resolver.

Atente-se que à construção levantada pelo Estado em terreno alheio não se aplica a regra do artigo 547 do Código Civil Brasileiro. Exatamente sobre esse tema, teve a relatora do presente ensejo de afirmar:

...“a construção em terreno alheio, espécie do gênero acessão, não se submete, quando se trata de obra pública, ao preceito do artigo 547 do Código Civil, cuja incidência fica afastada. A prevalência do interesse público exige solução diversa, uma vez que a aplicação da regra aludida importaria na perda da construção em benefício do proprietário do terreno.” (in “os fatos Naturais no Direito Administrativo”. Revista da Consultoria-Geral do Estado v. 9, nº 23, f. 54 — 1979).

Afasta-se, também, a norma do artigo 59 do Código Civil Brasileiro (na espécie, combinada com o artigo 61, III), que ao consagrar o princípio da gravitação jurídica, na expressão de Santiago Dantas, tem, no artigo 547 do CCB, mero corolário.

É que, *in casu*, a relação de administração (afetação do bem, por construção, a uma finalidade pública) domina a relação de direito subjetivo subjacente (propriedade), paralisando as virtuais faculdades inerentes ao domínio, tal como as sintetizou o artigo 524, do diploma civil nacional.

Esse, aliás, o magistério incontestável de RUY CIRNE LIMA, *in verbis*:

“No Direito Administrativo, a relação de administração domina e paralisa a de direito subjetivo.

.....
É indiferente quem seja o proprietário da coisa vinculada ao uso público. A relação de administração paralisará, em qualquer caso, a relação de Direito subjetivo” (in “Princípios de Direito Administrativo”. Sulina. 1964. ps. 53 e 54).

Desse entender não destoa DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, quando ensina:

“Afetação ao domínio público por fato jurígeno ocorrerá, por hipótese, com a construção de uma obra pública num terreno particular; observe-se que neste caso, por-

que a afetação não se deu através de uma desapropriação regular — que seria uma afetação por ato jurídico — há uma ilicitude que se resolve em perdas e danos.” (in “Curso de Direito Administrativo” — Forense. 3ª edição. 1976. f. 261).

Bem serve o exemplo mencionado pelo autor, para elucidar a matéria versada no expediente:

O terreno sobre o qual o Estado edificou encontrava-se sob posse provisória do Município, sendo a titularidade dominial incontroversa de Madem S/A. A instâncias do possuidor e com o óbvio consentimento deste, recebe o Estado a posse e realiza a destinação prevista em Lei Municipal, então em vigor.

— Quem poderia se opor?

Admite-se que, em princípio, pudesse o expropriado (Madem S/A) insurgir-se contra a alteração da destinação invocada no Decreto e na inicial da ação expropriatória, modificação essa operada no curso da lide. Todavia, a alegação de tredestinação não teria êxito, porque consistindo ela a não aplicação no bem à finalidade para a qual foi desapropriado, tem-se como não configurada “se o bem for aplicado a outra finalidade pública, que não aquela mencionada no ato expropriatório”. (MOREIRA NETO, op. cit., p. 296).

Vê-se, assim, que nem mesmo o proprietário da área, no curso da ação ou consumada a desapropriação, teria qualquer pretensão real ou pessoal contra o Estado.

Ora, na seqüência dos fatos descritos no expediente e resumidos no Relatório, houve-se o Estado com boa fé e correção. A outorga da escritura de doação à FERVI, quando a área ora reclamada, por dupla afetação (ato jurídico — consubstanciado na Lei 891/79 e fato jurígeno — concretizado pela edificação), já integrava irreversivelmente o domínio público estadual, foi, ao meu sentir, ineficaz. Na verdade, efeito outro não produz a não ser eventual pretensão do beneficiário contra o disponente. Pretensão real não há. Pessoal, talvez, mas não contra o Estado.

De todo o exposto, não merece ser acolhida a proposta da Fundação Educacional da Região dos Vinhedos. De comodato ou qualquer outro negócio jurídico não se há de cogitar, posto que importaria (ou poderia importar) em reconhecer pretensões da proponente contra o Estado, na verdade, pseudo-pretensões, eis que, como se procurou demonstrar, carecem de base legal. Pelas

mesmas razões, as exigências feitas pela Fundação para “empresatar” o terreno ao Estado (pavimentação das vias de circulação, ampliação do número de professores cedidos etc...) devem ser afastadas.

Em síntese, nenhuma providência há de ser diligenciada pelo Estado, que altere ou modifique a situação jurídica do imóvel. Afetado ao uso público, sem que o Estado tenha violado qualquer preceito de direito positivo e sem qualquer ofensa aos ditames da boa fé, não pode o bem reclamado ser distraído da serventia a que ato e fato o destinaram.

É o parecer.

DIREITO DE VISTA DOS AUTOS NA SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA

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

PARECER Nº 8794

SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. DIREITO DE VISTA DOS AUTOS. Na SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA CIVIL ou MILITAR AUTÔNOMA o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS deve ser sempre assegurado ao servidor ou ao seu mandatário legalmente constituído, como condição prévia de VALIDADE DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR A SER APLICADA. Inobrigatoriedade, contudo, na SINDICÂNCIA PREPARATÓRIA ou PRELIMINAR, dada a sua natureza INQUISITÓRIA.

I

1. Através deste expediente (Proc. Adm. nº...), a Secretaria de Segurança Pública solicita exame e pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado sobre questão que, em síntese, diz respeito com a **garantia e amplitude do DIREITO DE DEFESA e do DIREITO DE VISTA DOS AUTOS** no procedimento administrativo disciplinar e sumário da SINDICÂNCIA.
2. Na origem da consulta, está o pedido de providências formulado à Ouvidoria-Geral do Estado por advogado que — se-

gundo afirma — estaria sendo impedido do livre exercício de sua atividade profissional, quando, nas SINDICÂNCIAS realizadas pela Brigada Militar, lhe têm negado, na condição de procurador legalmente constituído pelas partes, o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS e DE ACOMPANHAMENTO de todos os atos DO PROCEDIMENTO. Sobre o assunto foram emitidos pronunciamentos aparentemente divergentes por órgãos diversos da Secretaria da Segurança.

3. A douta Assessoria Jurídica da BRIGADA MILITAR (pronunciamento a fls. 16 e 17 dos autos) entende que somente DEPOIS de aplicada a punição disciplinar é que poderá o prejudicado exercer o seu DIREITO DE DEFESA, interpondo os recursos cabíveis e obtendo, se para isso for necessária, cópia da sindicância realizada: “Antes da decisão (da sindicância), não cabe outra providência.” Afirma que tais conclusões decorrem do Regulamento Disciplinar da Corporação (embora não faça indicação de nenhum dispositivo regulamentar específico sobre a matéria) e também do caráter SIGILOSO E INQUISITÓRIO da SINDICÂNCIA, que tem a mesma NATUREZA e por isso deve seguir o mesmo procedimento que o do INQUÉRITO POLICIAL MILITAR, o qual se acha regulado no Código de Processo Penal Militar — CPPM (Dec. lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969).

4. A não menos douta Supervisão de Assessoramento Jurídico da SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA (pronunciamentos a fls. 19/23 e 27/39) sustenta entendimento aparentemente contrário, invocando em seu socorro o disposto no artigo 5.º, item LV da Constituição Federal, artigo 89, itens XVI e XVII do ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963), os ensinamentos de WALTER CENEVIVA (Direito Constitucional, 1989, p. 64/5 e 221, sem indicação da edição, editora e sede desta), ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (“Constituição de 1988 e Processo”, 1989, p. 60/71, também sem indicação da edição, editora e sede da mesma), HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”, 14. ed., 1989, agora sem indicação das páginas, editora e sua sede), a orientação desta Procuradoria-Geral do Estado (PARECER N.º 5.261, da eminente Procuradora do Estado ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH) e de precedentes judiciais (RT 592/311-2 e 603/302). Recomenda inicialmente (fls. 23 dos autos) que se oriente a Brigada Militar a dar vista das sindi-

câncias que levar a cabo, assim oportunizando-se a AMPLA DEFESA dos sindicatos, e, mais adiante (fls. 34), sugere à Brigada Militar uma de duas opções: a manutenção das sindicâncias como vêm sendo realizadas, sem contraditório, limitadas, porém, à simples condição de servir de “fonte de elementos” para a instauração de procedimento administrativo disciplinar obrigatório e subsequente, onde então se assegure ao acusado o contraditório e a ampla defesa, OU “levar a efeito ab initio (por uma questão de economia processual) um procedimento administrativo disciplinar no qual se garanta a ampla defesa como consequência da adoção do contraditório.”

5. Tão douras, eruditas e fundamentadas manifestações não poderiam estar equivocadas: ambas estão certas, apesar da aparente contradição. E, se aparente contradição existe, isso se deve ao fato de ter cada uma delas focalizado apenas e exclusivamente um único aspecto de realidade mais ampla e complexa, como se pretende demonstrar a seguir.

II

6. O REGULAMENTO DISCIPLINAR DA BRIGADA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (RDBM), aprovado pelo Decreto n.º 29.996, de 31 de dezembro de 1980, em verdade não nos chega a ser de grande valia, porque não contém um único dispositivo que trate, de forma expressa ou implícita, da SINDICÂNCIA.

7. Já o paralelo analógico entre SINDICÂNCIA E INQUÉRITO POLICIAL MILITAR (e o mesmo valeria se o termo de comparação fosse o INQUÉRITO POLICIAL) nos parece inspirado e preciso: ambos têm NATUREZA INQUISITÓRIA e, por essa razão, dada a sumariedade dos procedimentos, estão dispensados do PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: este, com todas as demais garantias inerentes ao amplo exercício do DIREITO DE DEFESA, estará presente, no entanto, no PROCESSO PENAL MILITAR ou no PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, a ser obrigatoriamente instaurado para ensejar a aplicação regular da pena ou da punição.

8. Pode-se dizer, portanto, que a SINDICÂNCIA, à semelhança do INQUÉRITO PENAL ou do INQUÉRITO POLICIAL MILITAR e dado o seu caráter SUMÁRIO e NÃO-CONTRADITÓRIO, não

assegura o DIREITO DE VISTA dos autos ao envolvido ou aos envolvidos, ficando o assunto submetido à prudente discricão da autoridade sindicante.

9. Essa afirmativa, contudo, só se aplica à SINDICÂNCIA PREPARATÓRIA ou PRELIMINAR.

III

10. É inegável, por outro lado, que o DIREITO DE VISTA dos autos se constitui em condição prévia indispensável ao perfeito exercício do DIREITO DE DEFESA em qualquer espécie de procedimento com base no qual se pretenda aplicar uma punição, seja ela de natureza penal, penal militar ou simplesmente administrativa.

11. Observe-se, no entanto, que o artigo 5º item LV da Constituição Federal, assim como o artigo 89, itens XVI e XVII do ESTATUTO DA OAB, referem-se expressamente apenas ao PROCESSO ADMINISTRATIVO CIVIL OU MILITAR, nada dizendo a respeito de SINDICÂNCIA.

12. Da mesma forma, os autores citados pela douta manifestação de SAJ/SSP (WALTER CENEVIVA e ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI), assim como os acórdãos ali referidos (RT 592/311-2 e 603/302), em nenhum momento aludem à SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA.

13. O que se tem dito a respeito de SINDICÂNCIA e as garantias constitucionais do CONTRADITÓRIO e da AMPLA DEFESA (CF, art. 5º LV) não difere do ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES já transcrito nestes autos, ou seja, as garantias do CONTRADITÓRIO e da AMPLA DEFESA (com o seu consectário lógico mas antecedente fático, o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS) devem estar presentes sempre que se pretenda punir o servidor público civil ou militar com base, única e exclusivamente, nos elementos coletados em SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA, isto é, quando se tratar de uma SINDICÂNCIA AUTÔNOMA.

14. Ver, neste sentido: J. B. DE MENEZES LIMA, "Sindicância & Verdade Sabida: teoria e prática", São Paulo: Saraiva, 1989, p. 115-9; JOSÉ ARMANDO DA COSTA, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", São Paulo, Saraiva, 1984, p. 45, e, especialmente sobre a interpretação do texto constitucional, CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do

Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988", CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, São Paulo: Saraiva, 1988-1989, 2 v., p. 269. Neste sentido, também, de forma explícita ou implícita, tem se orientado esta Procuradoria-Geral do Estado (ver, por exemplo, os PARECERES Nºs 6.894 e 7.077) e a jurisprudência de nossos tribunais (ver, dentre outros, o acórdão publicado na RJTJRGs n.º 79/378).

15. Harmonizadas, pois, as manifestações só aparentemente divergentes trazidas aos autos, nossas considerações não estariam completas se não fossem esclarecidos alguns dos conceitos anteriormente esgrimidos e se não fossem feitas certas observações de natureza complementar. Cabe esclarecer, portanto: (a) o que é SINDICÂNCIA PREPARATÓRIA ou PRELIMINAR; (b) o que é SINDICÂNCIA AUTÔNOMA; (c) como e quando se determina uma ou outra de tais naturezas da SINDICÂNCIA; (d) como e quando se deve assegurar o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS na SINDICÂNCIA AUTÔNOMA; (e) quando deve ser realizada uma SINDICÂNCIA; (f) quando pode e deve ser dispensada a realização de SINDICÂNCIA; (g) se existe diversidade de natureza entre SINDICÂNCIAS CIVIS E MILITARES.

IV

16. A SINDICÂNCIA, meio sumário e informal de apuração de irregularidades administrativas, pode ser (a) PREPARATÓRIA ou PRELIMINAR e (b) AUTÔNOMA.

17. SINDICÂNCIA PREPARATÓRIA ou PRELIMINAR é a que se realiza para possibilitar a posterior e obrigatória instauração de PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, obrigatoriedade dessa que decorre de exigência legal expressa (ver, por exemplo, o art. 226 da Lei n.º 1.751/52).

18. SINDICÂNCIA AUTÔNOMA é aquela que dispensa a instauração posterior de PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR cuja obrigatoriedade não se acha imposta em lei, podendo ela se constituir em base única e exclusiva para a aplicação da penalidade administrativa cabível.

19. É possível que, em certos casos, pelas provas já existentes da irregularidade a ser sindicada, no momento mesmo em que se determina a abertura de uma sindicância se possa desde logo antecipar o seu caráter AUTÔNOMO ou meramente PREPARATÓ-

RIO, é possível. Na maioria dos casos, no entanto, isso só se tornará viável depois que, através da sindicância, estiver perfeitamente configurada a irregularidade e definido o seu autor, com a indicação, no relatório final do sindicante, do provável enquadramento legal do servidor faltoso e da penalidade a ser aplicada. Só então, de posse de tais elementos, é que a autoridade responsável pela abertura da sindicância poderá determinar, pela gravidade da falta e extensão da pena a ser aplicada, se se está ou não diante de um caso que não pode prescindir da instauração de PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR para punição do culpado. Se se puder prescindir da instauração do PROCESSO, estaremos diante de SINDICÂNCIA AUTÔNOMA, capaz de ensejar, por si só, a responsabilização funcional; caso contrário, a SINDICÂNCIA terá tido caráter meramente PREPARATÓRIO ou PRELIMINAR do processo administrativo a ser necessariamente instaurado.

20. Na SINDICÂNCIA PREPARATÓRIA ou PRELIMINAR, inexistente obrigatoriedade de se assegurar o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS aos envolvidos, por si ou por seus representantes legais regularmente constituídos: concedê-lo ou não é uma faculdade atribuída à autoridade sindicante ou àquele que determinou a abertura da sindicância, a ser exercida com prudente cautela, tendo-se em vista sempre que se trata de um meio sumário e expedito de investigação cujas características não podem ser desvirtuadas, sob pena de desvirtuamento da própria investigação. Essa faculdade, que decorre do caráter INQUISITORIAL da SINDICÂNCIA PREPARATÓRIA ou preliminar, não implica de forma alguma em CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, porque este será depois exercido amplamente no PROCESSO ADMINISTRATIVO que necessariamente se seguirá, caso tenha sido constatada alguma irregularidade funcional, e no andamento do qual o indiciado terá ciência integral dos elementos coletados na sindicância prévia.

21. Na SINDICÂNCIA AUTÔNOMA, o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS deve ser não apenas consentido mas efetivamente assegurado, sob pena de invalidade do ato punitivo que com base nela venha a ser praticado pela autoridade administrativa. Esta, de posse dos autos da sindicância, se se decidir pela aplicação de alguma penalidade com fundamento no RELATÓRIO apresentado pelo sindicante, deve abrir VISTA DOS AUTOS ao servidor, por um prazo razoável, cuja estipulação deve levar em conta o volume dos elementos probatórios coletados e a maior ou menor

complexidade da matéria de que se trata, permitindo-lhe assim, por si ou por seu mandatário legalmente constituído, o PLENO E AMPLO exercício do DIREITO DE DEFESA, como condição prévia de validade do ato administrativo disciplinar a ser praticado.

22. Não parece demasia observar que, evidentemente, nem toda irregularidade funcional necessita ser investigada por meio de SINDICÂNCIA. A abertura da SINDICÂNCIA só se justifica quando não estiver perfeitamente configurada a existência da irregularidade administrativa ou, configurada esta, não tenha sido apurada a sua autoria, com a definição precisa do servidor faltoso. A *contrario sensu*, pode-se afirmar que a SINDICÂNCIA deve ser dispensada sempre que: (a) irregularidade e sua autoria estiverem documentalmente comprovadas; (b) tiverem sido confessadas; (c) forem manifestamente evidentes, por manifesta evidência devendo ser entendidas as hipóteses que a doutrina engloba no conceito genérico de VERDADE SABIDA. Na primeira hipótese, isto é, quando a irregularidade e a autoria estiverem DOCUMENTALMENTE COMPROVADAS, a dispensa de SINDICÂNCIA, por desnecessária, não dispensa, contudo, que se oportunize ao servidor faltoso a VISTA dos elementos probatórios existentes e o exercício do DIREITO DE DEFESA, sempre que a aplicação da penalidade administrativa não deva ser imposta necessariamente em PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR a ser instaurado.

23. Por derradeiro, uma observação sobre a SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA MILITAR. Nesta área, o exercício do poder disciplinar deve ser visto sempre com especial atenção aos princípios da rígida HIERARQUIA que se constitui em base de toda organização, sob o risco de se inviabilizar a sua própria existência. Tal atenção e obediência aos princípios da RÍGIDA HIERARQUIA e da RIGOROSA DISCIPLINA não são suficientes, todavia, para que essa área da atividade administrativa do Estado seja subtraída dos princípios gerais de direito e dos princípios fundamentais do Estado Democrático, como já foi reconhecido, embora com outras palavras, por C. CORRANDI (in "Primo Trattato Completo di Diritto Administrativo Italiano de Orlando", v. X, parte I, p. 8, *apud* THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCÂNTI, "Tratado de Direito Administrativo", 5. ed., Rio-São Paulo: Freitas Bastos, 1964, v. IV, p. 461).

V

24. Respondendo, pois, de forma sucinta e objetiva à consulta formulada, entendemos que:

(a) na SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA CIVIL ou MILITAR AUTÔNOMA o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS deve sempre ser assegurado ao servidor ou seu mandatário legalmente constituído, sob pena de invalidade, por CERCEAMENTO DE DEFESA, da penalidade disciplinar que venha a ser aplicada;

(b) na SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA CIVIL ou MILITAR PRELIMINAR ou PREPARATÓRIA o DIREITO DE VISTA DOS AUTOS aos envolvidos, por si ou por seus mandatários legalmente constituídos, pode ou não ser facultado pela autoridade administrativa, segundo sua prudente e judiciosa discricção.

É o parecer, s. m. j.
Porto Alegre, 23 de maio de 1991.

REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

MARIO BERNARDO SESTA,
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor na UFRGS e na Escola Superior de Ad-
vocacia de Estado do RGS. Diretor da ESAERS.

PARECER Nº 9467

- Supremacia da Constituição.
- Sacralização e dessacralização da Constituição enquanto texto.
- Hierarquização de conteúdo das normas constitucionais que tem mesma hierarquia formal.
- Importância da identidade hierárquica formal das normas constitucionais.
- Relativização da importância da mesma hierarquia formal das normas constitucionais.
- Normas constitucionais inconstitucionais.
- Incompatibilidade do disposto no Art. 45, parágrafo 1º e no Art. 4º, parágrafo 2º, do ADCT, ao fixarem limites para a representação das unidades federadas na Câmara dos Deputados, com os **princípios fundamentais** pertinentes à **cidadania** e à **federação** (art. 1º, bem como com os direitos fundamentais da **igualdade jurídica** art. 5º) e da **igualdade de voto** (art. 14).
- As garantias constitucionais em aberto (art. 5º, parágrafo 2º).

Parecer que acompanha a propositura da ADIN Nº 815

— Ação Direta de Inconstitucionalidade como meio apto à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais.

1. O GOVERNADOR DO ESTADO, inconformado com a distorção que constata na representação do eleitorado do Rio Grande do Sul na Câmara dos Deputados, quando comparada a de outras entidades federadas com população e colégio eleitoral significativamente menores, distorção esta que, ao fim e ao cabo, resulta numa desvalorização do eleitor gaúcho em face do colégio eleitoral brasileiro e, conseqüentemente, numa *capitis diminutio* política para o Estado no contexto federativo, com muito grave e imediato prejuízo aos legítimos interesses estaduais, consulta sobre a higidez das disposições constitucionais que fundamentam aquela distorção e sobre os remédios aptos a atacá-las, obedecido o devido processo legal, o eventual vício.

Sustentam a aludida distorção (1) a parte final, do parágrafo primeiro, do Artigo 45, da Constituição Federal (“... menos de oito ou mais de setenta...”), bem como (2) o parágrafo segundo, do Artigo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na sua integralidade.

É o relatório.

1. A visualização do ordenamento jurídico como um sistema, e mais, como um sistema hierarquizado de normas, ainda que não expressa formalmente, encontra referenciais remotos na História do Direito. Assim, no direito ateniense, a diferença hierárquica entre “nomos” e “psefisma”, reportada por MAURO CAPPELLETTI (in O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis do Direito Comparado, Fabris, Porto Alegre, 2ª ed., p. 49). Tal fato não espanta, na medida em que, e esse aspecto é de fundamental importância na presente questão, sendo o Direito um instrumento ordenador, as noções de hierarquia de normas e da conseqüente existência de uma norma superior, seja ela de caráter ético-religioso, seja de caráter sociológico, seja de caráter jurídico-positivo são decorrência lógica, que deflui necessariamente de sua natureza e de suas condições mínimas de funcionalidade.

O “ancien régime” também reconhecia a existência de uma hierarquia no sistema jurídico normativo, situando, porém, as san-

ções a seu eventual desrespeito unicamente no plano ético-religioso. Registre-se que uma das primeiras manifestações da racionalização dessa idéia foi a MAGNA CARTA, imposta, em 1215, a João Sem Terra, pelos barões ingleses que estavam convictos de reafirmar direitos que já titulavam e, não, como se pode enganadamente imaginar, conquistando direitos novos em face do poder real (cf. ANDRE MAUROIS, in “História da Inglaterra”, Irmãos Ponjetti Editores, RJ, 1959, p. 100, IV).

STIER—SOMLO registra que a idéia da supremacia constitucional já se faz presente na França, sob Henrique IV, no Século XV (apud PINTO FERREIRA, in Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, SP, Saraiva, 6ª, 1983, v. 1, p. 92).

DUGUIT, conquanto reconheça que a distinção entre lei constitucional e leis ordinárias tenha sido criação dos constituintes norte-americanos, observa que, desde o Século XIV, na França, distinguiram-se as “lois du royaume” das “lois du roi”, as primeiras conhecidas também por “leis fundamentais”, geralmente costumeiras, que o monarca, legislador ordinário, não poderia desconsiderar, a não ser com a aprovação dos Estados gerais (in “Traité de Droit Constitutionnel”, Béne ed., Paris, Ancienne Librairie Fontémong, 1930, p. 1084 — 1085. Ainda na França, em plena Revolução, coube a SIÈYES (S. Emmanuel, “Que es el Tercer Estado.”, B. Aires, 1943, Edit. Americale, p. 108), ser um dos precursores doutrinários do controle de constitucionalidade, embora a concepção rousseauiana da lei, como expressão da “vontade geral”, sempre tenha inibido aquela garantia na sistemática constitucional francesa, na qual, apesar da relevância de algumas decisões do “Conseil Constitutionnel”, é tratada com muita parcimônia.

Foram, sem dúvidas, as Revoluções Burguesas do Século XVIII que positivaram a idéia da existência de uma regra jurídica suprema: a Constituição. E foi a Constituição Norteamericana a primeira a afirmar a supremacia constitucional e instrumentalizar sua garantia: “This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every state shall be bound thereby (...)” (C/USA; Art. VI, cl. 2ª). Com base nesse texto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, pelo voto do Chief Justice JOHN MARSHALL, no caso MARBURY v MADISON, em 1803, inseriu, de forma definitiva, o controle da supremacia constitucional na competência inquestionada do Poder Judiciário.

No Brasil, o constitucionalismo imperial desconhecia aquele controle que, nos moldes rousseauianos, atribuía ao próprio Poder Legislativo. Deve-se à República, que adotou largamente o formulário constitucional norte-americano, a introdução do **controle judicial da supremacia constitucional**. Inicialmente aca-nhada, quer no que respeita ao âmbito, quer no que respeita ao modo, restrito à **via incidental**, a argüição inconstitucionalidade foi, entre nós, conquistando terreno, vindo a reconhecer-se-lhe a mais generosa amplitude, consolidada a garantia com a introdução da argüição de inconstitucionalidade **em tese** e, finalmente, a coroar-se a evolução do instituto, a trilha do modelo português, com a previsão expressa da argüição de inconstitucionalidade **por omissão**.

Ainda assim, não se podem presumir aprioristicamente esgotadas as virtualidades dessa garantia democrática, na medida em que o Artigo 5.º, da Constituição Federal, em seu parágrafo segundo, assegura que os direitos e **garantias** expressas naquele código "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios" constitucionalmente adotados (grifou-se).

2. De longa data, os publicistas vêm apontando, no afã de fundamentar as mais variadas conclusões, para a **progressiva heterogeneidade** das normas inseridas nos códigos constitucionais. Longe estamos da **singeleza formal** do modelo norte-americano, cujo texto básico, acrescido das primeiras emendas, continha estritamente o "PLAN OF GOVERNMENT" e o "BILL OF RIGHTS", expressos em regras cuja homogeneidade material facilitava a respectiva e **UNIFORME sacralização**.

Os textos constitucionais contemporâneos passaram, cada vez mais, a albergar matéria estranha ao só enunciado dos direitos inerentes à cidadania, estes já notavelmente ampliados, e da organização do Estado. Atualmente, os códigos constitucionais já não contêm **regras materialmente homogêneas**, isto é, já não se limitam a expressar normas que versem exclusivamente aquilo que, a partir do modelo **original** americano, se veio a denominar de "**matéria constitucional**".

A conseqüente distinção, num mesmo código constitucional, entre regras **materialmente constitucionais** e regras **apenas formalmente constitucionais**, de certo modo paralela, ainda que não propriamente coincidente, com a distinção entre **constituição material e constituição formal**, marca o início de uma

relevante evolução doutrinária e jurisprudencial, sintoma e conseqüência da dessacralização das constituições enquanto códigos, que tomou vulto especialmente após o advento da Constituição Italiana de 1947, quando se passou a examinar, com renovado interesse, a distinção entre **princípios constitucionais e normas constitucionais meramente dispositivas**.

A expressão, quantitativa das normas principiológicas nas constituições contemporâneas, combinada com os mais atualizados posicionamentos acerca do imediato efeito vinculativo dessa categoria normativa, obrigam-nos a afastar, da prática e da hermenêutica da constituição, a postura, derivada — e então coerente — do acervo **original** do constitucionalismo americano, que reconhecia, pura e simplesmente, **IGUAL HIERARQUIA a TODA E QUALQUER NORMA** inserta no código constitucional, com fundamento na identidade da sede formal de sua inclusão no universo jurídico.

3. O fundamentalismo iluminista que presidiu à elaboração dos primeiros códigos constitucionais burgueses, seja pela sacralização do texto escrito e da "vontade geral", seja pela transferência ao Povo, e ao legislador constituinte daquele delegado, do poder pretensamente absoluto que, até então, se haviam arrogado os monarcas, possibilitou, é verdade, configurar-se a noção, **que remanesce essencial, da supremacia constitucional**.

As revoluções Americanas (1787) e Francesa (1789), por caminhos distintos, a primeira na trilha judaico-cristã de comparação com a Bíblia, a segunda num contexto descristianizador mas não menos impregnado de valores transcendentais (cf. MICHEL VOVELLE, in "A Revolução Francesa Contra a Igreja/Da Razão ao Ser Supremo", Zahar Edit., RJ., 1989), atribuíram aos códigos constitucionais que editaram a **intangibilidade** inerente à noção de "**Sacer**" (cf. JACQUES ELLUL, in "Loi et Sacré, Droit et Droit Divin, De la loi sacrée au droit divin" in Revista Internazionale di Filosofia del Direito, Ginfré, Milano, Apule-Conigro, 1974, p. 195), precisamente para garantir-lhe a eficácia contra os efeitos inerciais da recém-derrubada supremacia dos monarcas, precariamente inibida, como já se disse, através de restrições de ordem puramente ética. Em suma, o **texto escrito e a palavra sacralizada** como defesa contra o absolutismo.

A consolidação dos valores democráticos terminou por sobrepor-se aos resíduos inerciais do absolutismo, num processo

lento e gradual, ensejando uma nova visão dos códigos constitucionais sem prejuízo de sua supremacia.

Ocorreu uma **dessacralização** dessa supremacia. Percebeu-se que as constituições podem, e até devem, ser reformadas, idéia a que inicialmente, e coerentemente, muito se resistiu; percebeu-se que os códigos constitucionais não esgotam a matéria constitucional; que as constituições não prevalecem contra a realidade; que somente conservam sua funcionalidade quando guardam ou quando se lhes restabeleça a necessária **coerência interna**. O código constitucional continua sendo a norma de **maior hierarquia** para o ordenamento jurídico correspondente, perdendo, porém, o **caráter absoluto**, do mesmo modo que os constituintes contemporâneos já sabem não estarem empalmando poderes ilimitados. A noção mesma de Direito não se compadece com poderes ilimitados. Mesmo no legislador constituinte.

A pretendida ilimitação jurídica do legislador constituinte hoje é mais uma das palavras-símbolo do legado liberal, ou, como diria KARL OLIVECRONA, uma "hollow word" (in "La Struttura dell'Ordinamento Giuridico", Milano, 1972, p. 274), do que uma realidade efetiva.

Tal constatação é de maior relevância do que a discussão sobre a natureza do poder constituinte, para negar-lhe limites no **plano jurídico**, reconhecendo-os, porém, no **plano político**. Irrelevante, ao menos sob o enfoque da presente abordagem, na medida em que a constituição é precisamente o ponto de interpenetração dos universos político e jurídico. É através do poder constituinte e na constituição que as opções políticas fundamentais penetram o mundo jurídico.

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).

E JORGE MIRANDA:

"Distinguímos entre um poder de autoconformação do Estado segundo certa idéia de direito e um poder de decretação de normas com a forma e força jurídicas próprias das normas constitucionais. São duas faces da mesma realidade ou dois momentos que se sucedem e complementam. Um primeiro em que o poder constituin-

te é só material e um segundo em que é simultaneamente material e formal. O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente porque a idéia de Direito precede a regra de direito. O valor comanda a norma, a opção política fundamental, a forma que elege para agir sobre os fatos. Precede-o também historicamente porque há sempre dois tempos no processo constituinte: o do triunfo de certa idéia de direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização destas idéias ou regime". (in O Poder Constituinte, RDP 80/16).

Assim, conclui CELSO RIBEIRO BASTOS, por acreditar "que o desdobramento entre estes dois momentos constituintes está fadado a desempenhar uma influência muito grande no processo de legitimidade constitucional" (id. ibid.)

BERNARD LACROIX demonstrou claramente que um código constitucional "ne joue pas le même rôle aux différents moments de son histoire, ne revêt pas la même signification à la promulgation puis ultérieurement lorsqu'elle devienne, comme on le dit, le support d'une tradition constitutionnelle" (in Le Constitutionnalisme Aujourd'hui, Economica, 1984, p. 198).

E DOMINIQUE ROUSSEAU, **analisando o papel da jurisprudência do "Conseil Constitutionnel", cada dia mais importante apesar da parcimônia com que o controle de constitucionalidade é tratado na França, fala em ressurreição da constituição como "carta jurisprudencial". A constituição-texto teria "morrido", para, sobre suas cinzas, nascer uma "charte jurisprudentielle des gouvernés, armature juridique d'un projet politique et espace vivant de création continue des droits"** (in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, jan/fev. 1990, p. 22).

4. "La Constitution est morte! Vive la Constitution! "assevera o sobredito publicista no mesmo artigo. Mas, o que teria morrido? Morreu, isto é, **passou para um segundo plano, a sacralização da constituição enquanto texto, apanágio do fundamentalismo iluminista.**

Atente-se bem: não é de supremacia constitucional que se está a falar; é do **modo** como essa mesma supremacia se há de fazer sentir. Hoje, sobressai a constituição material, o conteúdo, a substância que fundamenta e deve sobrepor-se à singela leitura

do texto. A leitura contemporânea dos códigos constitucionais, seja na doutrina, seja na jurisprudência, deve ser, antes de mais nada, uma leitura que priorize diretrizes principiológicas. E é nessa linha de leitura do texto constitucional, em que a forma cede passo à substância, que se impõe constatar a **hierarquia de conteúdos** ou de **valores** não mais subjacente, mas agora sobrepairando à homogeneidade hierárquica formal.

Com sua habitual precisão, DIOGO DÉ FIGUEIREDO MOREIRA NETO observa que as constituições, “como, de resto, todo o Direito contemporâneo, cada vez mais abandonam as fórmulas positivistas e impregnam a ordem jurídica dos sentidos de **valor** e de **finalidade**. Embora, filosoficamente, os valores não sejam hierarquizáveis, juridicamente podem sê-lo, o que nos leva a distinguir uma nítida hierarquia constitucional, já presente no texto de 1988” (in *Constituição e Revisão/Temas de Direito Político e Constitucional*, Forense, Rio, 1991, p. 469).

Mais uma vez, fique o alerta: não se está a **negar** que as disposições pertinentes a um mesmo código constitucional tenham a **mesma hierarquia formal**, muito menos a **importância da constitucionalidade enquanto forma**. O que se está a constatar é que, a par da mesma hierarquia formal, as normas de um mesmo código constitucional, muitas vezes não são **substancialmente** da mesma hierarquia, impondo o confronto interno como modalidade de **GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO**, pela mesma **RATIO** que nos conduz à supremacia constitucional, como necessidade lógica do Direito enquanto sistema.

Na mesma ressalva, não se pretende negar relevância à constitucionalidade enquanto forma, para desconhecer, ou ensejar o desconhecimento, das razões político-jurídicas que levam à constitucionalização de normas que não no sejam também materialmente. Cabe inquestionadamente ao alvedrio do legislador constituinte, especialmente aquele que exercer essa expressão normativa no nível da sede da “competência da competência”, (FISCHBACH, O.G.; “Teoría General del Estado”, Edit. Labor. B.A./Barcelona - 3ª ed. 1934), a irrecusável opção de elevar à **CATEGORIA** formal de norma constitucional a que não no seja materialmente, a fim de resguardá-la do legislador ordinário.

O que já está a exceder os limites da **RAZOABILIDADE** é priorizar os exercícios sobre e em torno da constitucionalidade formal para desconhecer que a constituição, enquanto código, con-

tém normas de diversa hierarquia substancial.

5. Ainda nos **anos vinte**, CARL SCHMITT propunha a existência de uma **graduação interna** ao próprio sistema constitucional, vislumbrando a distinção entre o que seria a constituição em sentido estrito e as “leis constitucionais”, para advogar o primado da primeira sobre as segundas (in “Teoría de la Constitución”, México, Ed. Nacional, 1966, p. 115).

HERMANN HELLER reconhece, **acima da vontade criadora do direito, princípios jurídicos gerais**, quer de conteúdo ético, quer de **conteúdo lógico construtivo** que geram e limitam todas as possibilidades de conteúdo do direito positivo. (in “Teoría Geral do Estado”, Ed. Mestre Jou, SP. 1968, p. 14).

Se nos detivermos numa análise mais aprofundada do processo de formalização constitucional, constataremos que se trata de uma construção na qual se podem perfeitamente distinguir **FUNDAMENTOS** e **COROLÁRIOS**: o legislador constituinte perfila uma série de **FUNDAMENTOS**, que insere no código constitucional como **PRINCÍPIOS**, expressos ou implícitos, e, a partir deles e em torno deles, articula um conjunto de **COROLÁRIOS**, que corresponderão às **NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE DISPOSITIVAS**, umas só formalmente constitucionais, outras também materialmente constitucionais.

Essa constatação, que encontra indicativos expressos no texto de 1988, onde se referem “princípios fundamentais” (Título I), “fundamentos” (art. 1.º), “direitos e garantias fundamentais” (Título II), é que vai ensejar o confronto **INTERNO** das normas constitucionais, umas em relação às outras, à luz do critério hierárquico.

Na mesma direção, aponta DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

“São inúmeros os exemplos, na Constituição de 1988, que demonstram a inequívoca intenção de hierarquizá-los, a começar pelo próprio Título I, que contém os “Princípios Fundamentais”. Qual seria o sentido de qualificá-los como **fundamentais** se não fora para orientar, limitar e condicionar a interpretação de toda ordem jurídica, inclusive, é claro, dos demais princípios, gerais e setoriais, do próprio texto constitucional? (in “Constituição e Revisão/Temas de Direito Público Constitucional”, Forense, RJ, 1991, p. 50)

6. Considerando-se que o CÓDIGO CONSTITUCIONAL é, em si mesmo, um sistema, e um sistema de auto-referência, impõe-se concluir que essa sistematicidade DEVE NECESSARIAMENTE presidir à construção de que resulta. Em outras palavras, as relações entre as normas constitucionais dispositivas, materialmente constitucionais ou só formalmente constitucionais, e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, devem reger-se pelo critério da COMPATIBILIDADE daquelas em relação a estes, isto é, da COMPATIBILIDADE HIERARQUIZADA, ou melhor ainda, se atentarmos para idêntica hierarquia FORMAL de todas as normas constitucionais, da COMPATIBILIDADE MATERIAL HIERARQUIZADA.

Em relação aos PRINCÍPIOS, as normas constitucionais preceptivas podem ser (a) complementares, (b) especializadoras, (c) autônomas e até (d) exceptivas. Todas elas, porém, ao expressar um complemento, uma especialização, uma disposição autônoma ou uma exceção, devem guardar **sintonia material** com a principiologia constitucional.

O exemplo mais esclarecedor será sempre o da norma constitucional dispositiva que expresse uma EXCEÇÃO MATERIAL à norma constitucional de nível principiológico. Tal é o caso da proibição ao anonimato que excepciona e restringe materialmente a garantia da LIBERDADE DE EXPRESSÃO, assegurada no artigo 5º, IV, da Constituição Federal de 1988. Porque se expressa no mesmo nível de hierarquia formal, no caso, no mesmo dispositivo, a norma preceptiva pode excepcionar o princípio constitucional, desde que expresse no máximo, uma ANTINOMIA APARENTE, isto é, materialmente compatível com a regra ou princípio excepcionado e, assim, restringido. Quando o complemento, a exceção, a especialização ou a disposição autônoma, NADIFICA algum princípio constitucional, ocorre uma ANTINOMIA REAL ou irresolúvel pelo critério da compatibilização material hierarquizada, e invalidante da norma substancialmente menor, agressiva da maior.

Fique claro e ressalvado não se está pretendendo elidir o efeito dos exercícios hermenêuticos, fundados na identidade de hierarquia formal das disposições de um mesmo código constitucional, que se constituem precisamente no meio hábil a distinguir as hipóteses de **antinomia material aparente** daquelas, invalidantes, em que ocorre **antinomia material irresolúvel**.

7. CELSO RIBEIRO BASTOS refere, nesse sentido, as opiniões de EDUARDO GARCIA ENTERRIA e REINHOLD ZIPPELIUS.

O primeiro, depois de identificar alguns preceitos constitucionais como "**decisiones políticas fundamentales**", usando da terminologia de SCHMITT, decisões que fundamentam todo o sistema constitucional em seu conjunto, como a decisão pela Democracia, a decisão pelo Estado de Direito, a **decisão pela igualdade**, afirma que o caráter dessas decisões permite se fale, "como ha hecho Bachof y a recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo Americano" (...) "**la primacia interpretativa absoluta de esos principios sobre lo demás de la Constitución...**" (in "La Constitución", p. 98-99; apud CELSO R. BASTOS, op. cit.; p. 340; grifou-se).

O segundo constata que os documentos constitucionais escritos "podem conter **preceitos secundários** ao lado das **normas fundamentais** do Estado e que, portanto, **não pertençam à Constituição** num sentido material ou histórico" (in "Teoria Geral do Estado", p. 36; apud CELSO R. BASTOS, op. cit., p. 340; grifou-se).

Sem dúvida, porém, é OTTO BACHOF o juspublicista paradigmático quando se trata do tema. Segundo BACHOF, "poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um **preceito material fundamental** da Constituição: ora, o fato é que por constitucionalistas tão ilustres como Krüger e Giese foi defendida a opinião de que, **no caso se semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida**". (in "Normas Constitucionais Institucionais", Coimbra, Atlântida editora, 1977, p. 55; grifou-se).

BACHOF aponta diversas espécies ou hipóteses ensejadoras da "norma constitucional inconstitucional", quais sejam: (1) **inconstitucionalidade decorrente de alteração da constituição**; (2) **inconstitucionalidade de normas constitucionais de hierarquia menor por contraditarem normas constitucionais de hierarquia mais alta**; (3) **inconstitucionalidade decorrente de mudança da natureza de normas constitucionais**; (4) **inconstitu-**

cionalidade por infração de norma supralegal positivada na constituição; (5) inconstitucionalidade por infração aos princípios fundamentais decorrentes do sentido da constituição; e (6) inconstitucionalidade por infração de norma supralegal não positivada. (cf. JOÃO AURINO MENDES BRITO, in "Considerações Acerca do Controle de Constitucionalidade na Nova Constituição Federal"; RF (315):33/40, 1991).

Analisando a jurisprudência alemã BACHOF examina diversas decisões, umas favoráveis, outras contrárias, à declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, concluindo que é "... o Verf EH da Baviera que de modo mais decidido se afasta de um conceito de Constituição puramente formal ao incluir o próprio direito suprapositivo na "Constituição" como padrão de controle". (op. cit., p. 23).

VERDU admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais embora a partir de um posicionamento juspositivista, ao dizer que "la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales depende de um juicio estimativo que examina la concordancia o no concordancia de las normas fundamentales con los principios del derecho natural. Si no existe tal concordancia entonces la norma constitucional es inconstitucional." (in "Curso de Derecho Político", Madrid, Edit. Tecnos, 1974, v. II, p. 698).

Aliás, não é demais observar que, no âmbito do próprio constitucionalismo norte-americano, edificado em torno do paradigma das constituições rígidas, já no Século XIX, a identificação de **conteúdos constitucionais não escritos**, apontava inequivocamente para a idéia de hierarquia substancial das normas constitucionais. (TIEDMAN, in "The Unwritten Constitution of the United States", NY, 1890, p. 45).

Na mesma linha KARL LOEWENSTEIN (in "Teoria de la Constitution", Barcelona, Edit. Ariel, 1979, p. 192).

8. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, lastreados no "princípio da unidade constitucional", contraditam a possibilidade da identificação de "normas constitucionais inconstitucionais" por "contradição positiva entre as normas da própria Constituição".

Para que a hipótese em exame fosse possível, sustentam os publicistas portugueses, "seria necessário admitir a existência, no seio da própria Constituição, de normas de **hierarquia diferente**, contraditórias entre si, com a conseqüência de retirar a algumas delas (as normas julgadas inferiores) a força normativa que

lhes deverá ser assinalada no contexto da Constituição. No caso de aparente contradição, e dada a rejeição de qualquer hierarquia dos preceitos constitucionais originários, a unidade da Constituição pressuporá sim uma tarefa de **concordância prática** que assinala a cada norma uma **função**, tendo em consideração as conexões de sentido e o contexto global da Constituição". (in Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 1978, p. 17).

A tese dos publicistas lusos, a par de excessivamente conservadora, reveladora de um ultraísmo positivista tardio, baseia-se numa premissa incorreta, qual seja, a negação da existência de normas de diversa hierarquia substancial no seio de um mesmo código constitucional.

O que se está a sustentar é que, a par da mesma hierarquia FORMAL — e aqui fica ressaltado o princípio da unidade constitucional — as normas insertas num mesmo código constitucional podem ser de diversa hierarquia SUBSTANCIAL.

É da diferente relevância substancial que se retira a conclusão da necessidade do confronto ou crivo intraconstitucional com fundamento num princípio mais relevante que o da "unidade constitucional" que é o da SEGURANÇA JURÍDICA. As normas constitucionais, tanto quanto as demais normas jurídicas, e mais do que elas, pela natureza mesma da constituição, devem ser reciprocamente coerentes, a fim de instrumentalizar eficazmente a segurança jurídica.

A identidade formal enseja a superação das ANTINOMIAS APARENTES; é o fundamento mesmo dessa técnica hermenêutica, cuja importância nem se pensa em desmerecer.

O que se pretende atacar são as ANTINOMIAS REAIS, isto é, aquelas que o esforço hermenêutico, lastreado na identidade hierárquica formal, não é capaz de resolver.

9. Vale registrar que, **exatamente com fundamento no mesmo princípio da unidade da constituição**, desvinculado, porém, do aludido ultraísmo positivista, a Corte Constitucional da Alemanha, já decidiu relevante matéria constitucional com base na hierarquia substancial interna à própria constituição enquanto código.

Trata-se de decisão da Segunda Câmara daquele tribunal, prolatada, em 23 de outubro de 1951, no chamado "caso Sudoeste":

“D. (...)”

2. (...)”

Uma norma constitucional não pode ser analisada isoladamente e interpretada como se fosse única. Ela está em relação lógica, de significado, com as demais normas da Constituição, a qual apresenta uma unidade interna (“Einheit”). Desta totalidade interna da Constituição derivam alguns princípios (“Grundsätze”) e decisões fundamentais. A Lei Fundamental Alemã pressupõe claramente essa posição como se deduz especialmente do artigo 79, alínea 3. A Corte Constitucional concorda portanto, para essa interpretação, com a posição adotada pela Corte Constitucional da Baviera, que assim decidiu:

“Que uma norma constitucional ela própria seja inconstitucional (nula), não se exclui pela simples definição dela mesma, pelo fato de fazer parte da Constituição. Há princípios que existem de forma elementar e tão densos na Constituição, que vinculam o constituinte, do que decorre o reconhecimento de outras normas constitucionais que não possuem aquela hierarquia, podendo ser declaradas nulas, no confronto entre estas e aqueles” (Decisão de 10 de junho de 1949 — Vf52-VII-47 e Decisão de 14 de abril de 1950 — Vf42, 54,80,88-VII — 48:9,118-VII-49).

Disso se conclui que cada norma constitucional deve ser interpretada de maneira que se harmonize com os princípios constitucionais e decisões fundamentais da Constituição. Isto vale também para o artigo 118, alínea 2, da Lei Fundamental.” (in ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGS GERISCHTS, 1. Band, 1952 (Editor J.C.B. MOHR, Tübingen, 1952/citado BVerfGE 1,14; tradução livre).

GILMAR FERREIRA MENDES sustenta, com toda propriedade, que a decisão do Tribunal Constitucional da Bavária “evidencia a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais, desde que se configure lesão a princípio supremo do Direito Constitucional. Essa mesma orientação foi reiterada pelo Bundesverfassungsrecht — BVerfGE, 3:225 (232), 23:99(106) — ficando assente que “a concepção segundo a qual o constituinte tudo pode, significaria um retorno à postura intelectual de um positivismo jurídico despido de valores (...)” (in Controle da Constitucionalidade,

Aspectos Jurídicos e Políticos, SP, Saraiva, 1990, p. 108; os grifos no texto alemão são do autor; os demais são nossos).

Discorrendo sobre os precedentes jurisprudenciais alemães, o mesmo GILMAR F. MENDES aponta corretamente que eles “contêm expressa recusa a um conceito de Constituição meramente formal. O Texto Magno não se limita a estatuir as bases formais da ordem jurídica. Ele contempla um sistema de valor ou uma ordem de valor (Wertsystem; Wertordnung) que impede a transformação do juízo de constitucionalidade em simples episódio de conhecimento (ein blosser Erkenntnisvorgang)”. “A Constituição traduz assim “uma unidade material” (materielle Einheit), cujo conteúdo indica como fundamentais os valores subjacentes à ordem jurídica positiva que, com a incorporação das tradições da democracia liberal e representativa, do Estado de Direito liberal, do federalismo, bem como a adoção de novos princípios, nomeadamente do Estado Social, passaram a ser vinculados, nas decisões do Bundesverfassungsgericht, a uma “ordem de valor” (Wertordnung), consubstanciando, assim, a essência do Estado, que, embora seja neutro do ponto de vista ideológico, não é axiologicamente neutro.” (op. cit., p. 109; os grifos no texto alemão são do autor; os demais são nossos).

Isto posto, inexistente, por exemplo, exercício hermenêutico capaz de harmonizar a afirmação da CIDADANIA e da IGUALDADE PERANTE A LEI, com a instituição do VOTO DESIGUAL na implementação do sistema representativo. Aqui a ANTINOMIA é REAL. Só a identificação da diferente hierarquia entre o PRINCÍPIO da CIDADANIA, assim expressamente qualificado pelo texto constitucional de 1988, e as normas constitucionais de que decorre a NULIFICAÇÃO desse princípio, possibilitará restabelecer a necessária coerência do sistema constitucional.

10. De outra parte, não são apenas precursores como SCHMITT ou vanguardistas como BACHOF, ZIPPELIUS e outros a reconhecer a existência de hierarquia substancial entre as normas de um mesmo código constitucional.

Se examinarmos a técnica pertinente à reforma constitucional, mais particularmente, aos limites de competência reformista, constataremos que, embora não avancem até as últimas conseqüências, os mais ortodoxos publicistas têm afirmado regularmente a existência da hierarquia de que ora se trata.

Obviamente não estamos a falar só das limitações expressas, as “cláusulas pétreas” como se denominam em nosso léxico constitucional. Estamos a referir, em especial, as **restrições implícitas** que os melhores publicistas reconhecem à competência reformista.

Embora, como registra JOSÉ AFONSO DA SILVA não se tenham exemplos de controle de constitucionalidade “em relação às emendas que desrespeitam 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, MORGENSTIERNE, 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).

MAURICE HAURIOU refere a existência de uma SUPRALEGALIDADE CONSTITUCIONAL, que engloba a principiologia constitucional explícita e **implícita**.

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, Editorial Reus, 1927, p. 327; grifou-se).

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 re-

forma: Knight V. Sheldon (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 no 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).

Ainda nos Estados Unidos, HARLAN FISKE STONE lançou a idéia das “liberdades preferenciais”, mencionadas, nessa mesma linha, por WALTER F. MURPHY, que a elas se refere como “o esforço mais notável das últimas décadas para a classificação dos valores constitucionais” (in Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos, Forense-Universitária, Rio, “A Arte da Interpretação Constitucional — Uma Exposição Preliminar”, p. 251).

11. A matéria, no Brasil, também se presta, e muito bem, a demonstrar o reconhecimento da existência de matérias de diverso nível hierárquico sob a homogeneidade formal dos códigos constitucionais, bem como, e isso é o que mais nos interessa, de que, dessa diferença hierárquica material, decorrem conseqüências no que respeita à **validade** dos textos reformados.

A Constituição Imperial consagrava expressamente (art. 176) a existência, em seu bojo, de normas de hierarquia diversa, prevendo-lhes procedimentos diversos para a reforma. Se essa menção não tem maior relevo, na medida em que a Constituição Imperial não pode ser enquadrada, com propriedade, na categoria dos códigos constitucionais rígidos, a que veio a filiar-se o constitucionalismo republicano, serve, no entanto, para ressaltar a existência declarada de matérias substancialmente hierarquizáveis num mesmo código constitucional. Até porque a rigidez constitucional diz mais precisamente com o aspecto formal do código considerado, questão essa cuja relevância ou cujo **caráter absoluto** se visa relativizar.

Em matéria de reforma constitucional, a Constituição Federal de 1934, esta sim, filiada inequivocamente ao modelo rígido, estabelecia **procedimentos hierarquicamente distintos** para a eventual modificação de disposições, conseqüentemente, também hierarquizadas e, nitidamente, hierarquizadas sob o aspecto material (CF/34, art. 78).

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", 2.^a ed., Bahia, 1961, p. 94).

Note-se que, à época só a federação e república estavam protegidas pela "cláusula pétrea".

E não se contra-argumente que aqui se está a falar tão só de simples emenda ou reforma constitucional. Não se pretenda estabelecer diferenças tão significativas entre "poder" constituinte" e "competência reformista". Essa distinção, enquanto pretenda afirmar hierarquia diversa entre ambas as expressões legiferantes, revela-se pertinente ao acervo mitológico do juspublicismo liberal. Na realidade sempre se soube que a **soberania** tem um só titular, que é o **Povo** ou **Nação**, que conserva essa titularidade mesmo quando delega seu exercício a um colegiado eletivo ou quando consente ou suporta, à falta de melhor opção, seu exercício de fato por lideranças carismáticas ou minorias.

Se o apelo à sobredita diferença faz sentido em relação às limitações expressas (cláusulas pétreas) da normação reformista, forçoso é reconhecer se esfuma diante das limitações implícitas, **que não há como negar**.

É que, se as cláusulas pétreas radicam sua imutabilidade precisamente na respectiva hierarquia FORMAL, as limitações implícitas recebem-na de sua **hierarquia material**. Nem ao legislador constituinte originário se reconhece legitimidade para institucionalizar normas agressivas à consciência da sociedade, tais como a restauração das diferenças de estado, do unitarismo anterior a 1889, do estatuto colonial e outras do gênero.

O que o reconhecimento da existência de **limitações implícitas** ao poder reformista revela é exatamente a existência de

uma hierarquia substancial entre as normas inseridas no código constitucional, reconhecimento esse que conduz linearmente à conclusão da necessidade do restabelecimento da **coerência interna**, necessária à eficácia da Constituição como tal, com base na inquinação das de menor hierarquia agressivas das de grau mais alto.

12. Considerando, assim, a reforma ou emenda constitucional como fato consumado, constataremos que a norma reformada é elevada à mesma hierarquia formal das demais do código modificado. Tendo sido hígido o procedimento formal da reforma, a aceitação de que ela possa ser invalidada por agressiva à principiologia do código emendado, a seu espírito ou a alguma outra disposição desse mesmo código, expressiva de valor substancialmente maior, impõe-nos a conclusão de que essa hipótese **não difere substancialmente da de que ora se trata**.

Desde que o legislador reformista tenha obedecido rigorosamente o procedimento específico, sua expressão legiferante se alça à mesma hierarquia formal das demais normas do código reformado, com fundamento, em última análise, no próprio poder constituinte (originário) residualmente delegado ao legislador ordinário futuro, com vistas a compatibilizar a rigidez constitucional com a evolução dos fatos. Examinada **ex post facto** a hipótese de emenda ou reforma constitucional formalmente inatacável, esfuma-se a pretendida distinção substancial entre constituinte originário e revisor.

O que se pretende enfatizar, com essa repetição, é que os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários relativos à reforma constitucional, no em que respeitem ao confronto substancial do texto posto com o reformado, aplicam-se igualmente ao confronto entre regras coetâneas de um mesmo código constitucional, todas da mesma hierarquia formal, que expressem conteúdos conflitivos e de diversa hierarquia substancial.

É de se registrar que a tese, ora perfilada, dispensa o apelo, sempre problemático no nosso entender, especialmente no terreno do direito público, a uma supralegalidade posta no plano do direito natural. O que aqui se sustenta é a existência de uma **principiologia constitucional positivada**, no caso em tese, até correspondente ao conteúdo da chamada "cláusula pétrea", dotada, por sua **própria natureza** ou, dizendo melhor, pela nature-

za de seu conteúdo, de hierarquia substancial maior da de outras normas constitucionais, possibilitando, como base na dessacralização da constituição enquanto texto, a invalidação destas últimas quando disponham em contradição materialmente irresolúvel com aquela.

Entendemos, sem dúvida, que a existência de princípios constitucionais implícitos ou o chamado “espírito da constituição”, cujo apelo, no caso, se faz desnecessário, embora ensejam exercícios mais difíceis, também pertinem à categoria da **supraconstitucionalidade positiva**, ainda que se lhes possa atribuir, ou neles reconhecer a presença de valores radicados no direito natural.

A mais avançada linha de interpretação das constituições considera, como um dos critérios basilares, a existência de uma **supralegalidade intraconstitucional, expressa ou sistematicamente emergente do próprio contexto da constituição, des-sacralizada enquanto código escrito**.

13. Partindo dessas premissas, cumpre observar que a Constituição Federal de 1988, ao tratar **explicitamente** dos “princípios fundamentais”, que a ninguém ocorreria não fossem pertinentes ao rol dos “preceitos materiais fundamentais” de BACHOF, às “normas fundamentais de Estado” de ZIPPELIUS ou às “decisões políticas fundamentais” de SCHMITT e ENTERRIA, inclui a CIDADANIA (Art. 1º, II). Ao enunciar os “direitos e garantias fundamentais”, o Artigo 5º abre o respectivo rol anunciando que “**todos são iguais** perante a lei” e, coerentemente, ao versar os **direitos políticos**, proclama que a soberania popular “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com **valor igual para todos**” (Art. 14).

Por outro lado, é ainda o parágrafo único do Artigo 1º, sede enunciativa de “princípios fundamentais” que dispõe que todo o “**poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos**” (...) (grifou-se). É a consagração, em nível de decisão política fundamental, do Estado Democrático e do sistema representativo como instrumento básico, ainda que não exclusivo, de sua realização.

Pertine, pois, inquestionavelmente, às normas fundamentais do Estado Brasileiro, a Democracia Representativa, fulcrada na

e instrumentadora da cidadania, que se exerce pelo sufrágio IGUAL, direto, secreto e universal, através do COLÉGIO ELEITORAL.

Ociosos discorrer sobre as restrições e limitações que a própria constituição estabelece ao exercício do direito de voto, no seu Artigo 14, a não ser para (a) ressaltar que a democracia representativa, adotada como fundamento do Estado Brasileiro, pressupõe uma distinção entre POPULAÇÃO e COLÉGIO ELEITORAL, com prelácia desta em relação àquela, bem como para (b) apontar nessas restrições mais um exemplo, e dos mais esclarecedores, de normas constitucionais dispositivas que limitam princípios fundamentais, sem, no entanto comprometer-lhes a RATIO, o que, como se verá, ocorre com outras normas do mesmo código constitucional.

Exceptuadas, com base na melhor e mais inquestionada RATIO, as sobreditas restrições ao direito de voto, cumpre ressaltar que A CIDADANIA é noção essencialmente IGUALITÁRIA: INEXISTEM CIDADÃOS DE PRIMEIRA E DE SEGUNDA OU OUTRAS CLASSES. A cidadania é incompatível com a existência dos “MAIS IGUAIS” da sátira de ORWELL. “(ALL ANIMALS ARE EQUAL BUT SOME ANIMALS ARE MORE EQUAL THAN OTHERS” — G. ORWELL, in “ANIMAL FARM”, NEW AMERICAN LIBRARY; s/data, CHICAGO, p. 123).

E o que se vê na própria Constituição Brasileira, justamente no que tange ao cerne da CIDADANIA, AO EXERCÍCIO DO VOTO, é a consagração da DESIGUALDADE ENTRE CIDADÃOS QUE PREENCHEM OS REQUISITOS GERAIS E ESPECIAIS CONSTITUCIONALMENTE FIXADOS, PARA O EXERCÍCIO DAQUELE DIREITO.

Em outras palavras, o que se vê é a NEGAÇÃO DA CIDADANIA!

14. A CIDADANIA, enquanto “princípio fundamental”, como a define **expressamente** a Constituição Federal de 1988 (art. 1º, II), é o denominador comum na equação da autoridade política numa sociedade democrática; é a medida da participação do Povo no processo de administração do Estado, medida essa cujo conceito nuclear é a IGUALDADE. É precisamente através da CIDADANIA que as desigualdades fácticas cedem passo à igualdade política instrumentalizada na igualdade jurídica. No período revo-

licionário, os franceses apodavam-se reciprocamente de CIDADÃOS justamente para acentuar aquela igualdade, em contraposição às desigualdades de estado do antigo regime.

Um dos institutos elementares da democracia, coetâneo dos primórdios liberais, é o sistema representativo no qual a cidadania aparece basicamente como o direito ao voto e à igualdade que lhe é inerente se afirma através do conhecido aforisma— UM HOMEM UM VOTO.

Desnecessário se faz qualquer esforço lógico para evidenciar que entre a CIDADANIA, enquanto “princípio fundamental”, e o sistema representativo (“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos...” (CF/88, art. 4º, parágrafo único), enquanto instrumento da cidadania, há uma **relação substancialmente hierarquizada**, com prelácia para a primeira.

Essa hierarquização substancial fica ainda mais evidente quando se examinam os critérios constitucionalmente fixados para o **exercício do voto** enquanto instrumento da CIDADANIA.

E, assim, chegamos ao fulcro da questão.

A Constituição Federal de 1988, no Artigo 45, depois de afirmar que a Câmara dos Deputados “compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”, delega à lei complementar a fixação do número total dos Deputados Federais, repetindo que tal fixação far-se-á “proporcionalmente à população”, mas estabelece limites MÍNIMO e MÁXIMO para cada bancada. Por outro lado, no parágrafo segundo, do Artigo 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegura “a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados”.

Ora, a **fixação de limites** (CF/88, art. 45, parágrafo 1º), bem como a segurança da **irredutibilidade da atual representação** (ADCT/88, art. 4º, parágrafo 2º) dos Estados e do Distrito Federal simplesmente ANULAM a **proporcionalidade** da representação popular; agredindo frontalmente o **princípio fundamental** da CIDADANIA.

Efetivamente, a igualdade entre os Estados enquanto entidades políticas na federação está assegurada no Senado, onde os SENADORES, em igual número para cada Estado e para o Distrito Federal, são eleitos pelo voto majoritário (CF/88, Art. 46).

No que respeita à composição da Câmara dos Deputados, a representação não é das unidades federadas, e, sim, do Povo. Estados, Territórios e Distrito Federal fazem as vezes de **circunscrições eleitorais**. Assim, a mencionada fixação de limites para as bancadas, subverte o próprio critério de composição daquela Casa do Congresso, que, segundo definição constitucional expressa, deve ser **proporcional à população** (CF/88, art. 45).

15. O Exame comparativo entre a população dos diversos Estados, e a respectiva representação na Câmara dos Deputados possibilita diversos exercícios demonstrativos de que a sistemática de limites mínimo e máximo, ora invectivada, redundava em que os CIDADÃOS de alguns Estados VALEM MENOS do que os de outros!

Por não ter sido editada a lei complementar a que alude o sobredito dispositivo constitucional, o processo eleitoral de que resulta a atual composição da Câmara dos Deputados se fez, **precariedade** para o efeito de que ora se trata, com base na já referida Resolução nº 16336, do TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, que, no seu Artigo 1º, mantém a representação eleita de 1986 (!), apenas adequada aos limites máximo e mínimo acima mencionados, determinando que um Deputado Federal por São Paulo represente mais de 500.000 brasileiros; um Deputado Federal por Minas Gerais, pela Bahia, **pelo Rio Grande do Sul** ou pelo Paraná represente mais de 300.000 brasileiros, ao passo que um Deputado Federal por Rondônia, Tocantins, Acre, Amapá ou Roraima, represente menos do que 150.000 brasileiros, sendo que, no último caso, representa apenas 16.624 brasileiros! Dizendo de outro modo, o brasileiro de Roraima vale 34 vezes mais do que o brasileiro de São Paulo e 20 vezes mais do que o brasileiro do Rio Grande do Sul!

Tal distorção é absolutamente incompatível com o voto de igual valor assegurado no Artigo 14 da Constituição Federal, que, como um dos **direitos políticos**, pertence ao rol dos **direitos e garantias fundamentais**, de que trata o Título II da mesma Constituição, com ênfase para a igualdade de todos perante a lei (Art. 5º, caput)! Mesmo considerando as dificuldades no sentido de alcançar uma **distribuição ideal** do número de Deputados Federais por unidade representada, forçoso é reconhecer que a distribuição atual é completamente incompatível com parâmetros mínimos de **razoabilidade**!

Se por um lado, essa distorção agride a CIDADANIA, por outro, compromete gravemente o equilíbrio dos Estados no contexto federativo, na medida em que elimina a razoabilidade da proporção da importância política dos Estados sub-representados.

Ora, essa desarrazoada subversão da importância política dos Estados sub-representados adquire contorno e conteúdo dramático **quando se analisa a destinação de verbas orçamentárias e o tratamento de projetos essenciais.**

16. De tudo quanto foi dito, decorre-nos indubitavelmente a convicção de que a mesma RATIO embasadora do princípio da **supremacia constitucional**, combinada com a incluível constatação da existência, na Constituição enquanto código, de disposições que, embora guardando a **mesma hierarquia formal** e superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, revelam **gradação hierárquica substancial** entre si; combinada ainda com a inarredável necessidade de **coerência interna**, que deve oferecer o código constitucional como condição de sua funcionalidade, autoriza, no caso das **antinomias reais**, insolúveis através dos exercícios hermenêuticos fundados na identidade hierárquico-formal das normas interpretadas e compatibilizadas, o **confronto material** entre elas, com a conseqüente invalidação das de menor hierarquia material, que sejam incompatíveis com as de maior hierarquia material.

Assim sendo, os **limites constitucionais** fixados para a representação das unidades federadas na Câmara dos Deputados são **inconstitucionais**, na medida em que agridem os **princípios fundamentais da cidadania** (Art. 1º, II) e da **federação** (Art. 1º, caput), bem como os **direitos e garantias fundamentais de igualdade perante a lei** (art. 5º, caput) e da **igualdade do valor do voto** (Art. 14), bem como o núcleo constitucional defendido pela **cláusula pétrea** e, assim, nitidamente hierarquizado em termos substanciais, relativo à forma federativa, ao voto universal e aos direitos e garantias individuais (Art. 60, parágrafo 4º, I, II e IV).

Tais limites estão fixados no Artigo 45, parágrafo 1º, onde se estabelece que nenhuma das unidades federadas deve ter "...menos de oito ou mais de setenta Deputados", e no Artigo 4º, parágrafo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde se assegura a "irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados".

O **limite máximo, por si só**, à primeira vista não padece do vício acima apontado; seu efeito isolado seria tão-só de estabelecer indiretamente um limite para o número total dos membros da Câmara dos Deputados.

Já o **limite mínimo**, este tanto isolado quanto combinado com o limite máximo, cristaliza desde logo as inconstitucionalidades acima apontadas, na medida em que subverte a proporcionalidade, como, aliás, ficou demonstrado com os exercícios numéricos a respeito indicados.

Observe-se, de outra parte, que o **limite máximo**, "petrificado" pela constitucionalização formal, agride o princípio implícito, inerente ao regime democrático, dedutível seja do disposto no artigo 1º, parágrafo único ("representantes eleitos"), seja do disposto no artigo 14 ("sufrágio universal"), ambos da Constituição Federal, da **valorização do voto**. Como o número de habitantes é uma variante de alta mobilidade, quer em razão do crescimento demográfico, quer em razão das correntes migratórias, a "petrificação" do limite máximo de representantes por circunscrição eleitoral, isto é, por unidade federada, terminará por banalizar ou pulverizar a relação habitantes-representantes, chegando, celeremente, aos limites do irracional. Assim, se hoje um Deputado Federal por São Paulo representa mais de 500.000 brasileiros, amanhã poderá representar 5.000.000 de brasileiros, quebrando a RATIO da representação e comprometendo o VALOR do voto.

Por outro lado, o vício apontado invalida, precipuamente, os limites, fixados no Artigo 45, parágrafo 1º, pois o disposto no Artigo 4º, do ADCT, segundo o melhor entendimento, já esgotou sua eficácia. No caso de entender-se ainda dotado de virtual eficácia, padece do mesmo defeito apontado no Artigo 45, parágrafo 1º da Constituição Federal.

A Doutrina comparada e a jurisprudência indicadas confortam esse entendimento.

A questão subsequente é saber qual a medida cabível — se existe alguma — apta a ensejar a que o Poder Judiciário reconheça e proclame a invalidade dos dispositivos constitucionais indicados.

17. A matéria já foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal; não pela via do enfrentamento direto da incoerência interna da Constituição, contrapondo normas dispositivas a

princípios constitucionais. Duas Ações de Inconstitucionalidade por Omissão e dois Mandados de Injunção buscaram, no entanto, elidir a distorção representativa de que se trata, todas relativas à bancada do Estado de São Paulo.

A ADIN n.º 267/8, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, fundada no **limite máximo** estabelecido e na referência à quantificação das bancadas mediante **lei complementar** (CF/88, art. 45, parágrafo 1.º), insurgia-se contra a já mencionada Resolução n.º 16.336, de 22 de março de 1990, do Tribunal Superior Eleitoral, sustentando a autoaplicabilidade daquele limite maior com vistas à diplomação de 70 Deputados Federais para aquele Estado. Houve pedido liminar denegado, não tendo sido a questão decidida quanto ao mérito.

A ADIN n.º 382/8, proposta pelo Partido Social Trabalhista, com fundamento semelhante, também não obteve decisão até esta data.

Ja em relação aos Mandados de Injunção, o Supremo Tribunal Federal, avançou, embora com máxima cautela. Embora no Mandado n.º 233/9 a decisão tenha sido pela ilegitimidade ativa dos requerentes, no Mandado n.º 219/3, houve **recomendação** ao Congresso Nacional com vistas à pronta regulamentação do dispositivo constitucional em questão.

Dir-se-á que a arguição direta de inconstitucionalidade por confronto de disposições constitucionais não encontra precedente na jurisprudência brasileira.

Essa afirmação, por si só, não basta; nem chega a constituir-se num argumento. Quantas interpretações, e sobre temas de maior relevância, nasceram de decisões famosas da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, a cada época foram inovadoras, e só contribuíram para fortalecer a principiologia republicana e o prestígio do Poder Judiciário naquele País.

O que importa, antes de mais nada, é registrar que a pretensão, de que ora se trata, não é incompatível seja com o teor da Constituição e das Leis, seja com o espírito da Constituição, seja com a sistemática pertinente ao publicismo brasileiro. Inusitado, seja. Incompatível, certamente não.

Não se diga, por outro lado, que a matéria não comporta apreciação judicial por envolver questão ou decisão política; no caso, decisão política (do legislador constituinte) de adotar a redação dos textos ora impugnados.

Desde os primórdios da institucionalização do princípio da legalidade (o "due process of law") veio travando-se essa luta entre a ampla apreciação judicial e sua restrição estrincheirada em torno da **matéria política**. Esta, refletindo a discricção e o exercício nuclear de competências próprias, no campo do direito público, impediria a apreciação judicial por interventiva ou subversiva da "independência dos poderes".

No seio do Estado de Direito contemporâneo, respeitada a discricção no campo das competências privativas, a "matéria política" tem sido vigorosamente reduzida, resultando imprestável sempre que o ato ou omissão questionada desborde os limites da RAZOABILIDADE, como no caso ocorre, ou ainda agrida frontalmente DIREITO FUNDAMENTAL, como aqui igualmente ocorre.

Registre-se também que já existe **jurisprudência brasileira** sobre confronto de normas constitucionais. Efetivamente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já enfrentou a incompatibilidade entre o disposto no artigo 33, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e o artigo 5.º, da Constituição Federal, decidindo que a disposição transitória "... não pode preponderar sobre princípios maiores..." (no caso a **isonomia!**) (RT 654; 99/102).

Mero circunlóquio a ênfase que, em diversas passagens do sobre-referido **decisum**, se atribui ao cotejo entre a constituição propriamente dita e as disposições constitucionais transitórias. Igualmente sem razão ALFREDO BUZAID ao perseguir o mesmo objetivo — a declaração de inconstitucionalidade do artigo 33 do ADCT — com base nesse argumento (in "É Constitucional o artigo 33 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988?", RT 669, 1991, p. 7 e segs.).

Ora, pelo fato de serem **transitórias**, as disposições do ADCT não deixam de ter a mesma hierarquia formal da Constituição; o confronto foi precisamente de conteúdos, entre normas constitucionais de mesma hierarquia formal!

18. A sistemática constitucional brasileira, ao enumerar os **direitos e garantias fundamentais**, principia por afirmar que TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI (Art. 5.º) e, sendo a CIDADANIA a medida dessa igualdade nas relações com o Estado, assegura VOTO DE VALOR IGUAL PARA TODOS (Art. 14), e prossegue garantindo a inexcludibilidade da apreciação judicial de toda le-

são ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV).

Por outro lado, o parágrafo segundo, do artigo 5º, da Constituição Federal, completa o rol dos já mencionados **direitos e garantias fundamentais**, declarando-o **aberto**, na medida em que não exclui "outros decorrentes do regime e dos princípios" constitucionalmente adotados.

Ora, o que seria a argüição direta de inconstitucionalidade contra a parte apontada do parágrafo primeiro, do artigo 45, da Constituição e, eventualmente, contra o artigo 4º, parágrafo 2º do ADCT, senão **outra garantia, constitucionalmente compatível**, de um valor maior, qual seja a **IGUALDADE NA CIDADANIA?**

O texto constitucional demonstra, à saciedade, que o legislador constituinte hierarquizou **substancialmente** os dispositivos que, em sendo igualmente pertinentes ao código constitucional, gozam da **mesma hierarquia formal**. A denominação da CIDADANIA como **princípio fundamental** (Art. 1º, II), a designação da IGUALDADE como integrante dos direitos e garantias fundamentais (Art. 5º), mais a afirmação da **aplicação imediata** dos direitos e garantias individuais (Art. 5º, parágrafo 1º), demonstram essa hierarquia.

Observe-se ainda que, se o Artigo 102 da Constituição Federal, ao enunciar a competência originária do Supremo Tribunal Federal, refere a ação direta de inconstitucionalidade de **lei ou ato normativo federal ou estadual** (art. 102, I, a), o parágrafo único, do mesmo artigo, diz com todas as letras, que a "argüição **do descumprimento de preceito fundamental** decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Em razão do disposto, e já mencionado no parágrafo primeiro do artigo 5º, relativo a **aplicação imediata** dos direitos e garantias fundamentais, a inexistência da lei mencionada na parte final do texto transcrito, tratando-se de direito ou garantia fundamental o que se está a examinar, não impede que dito dispositivo possibilite o ajuizamento do pedido, tendente a restaurar a coerência interna do código constitucional e corrigir as distorções que nadificam a IGUALDADE e a CIDADANIA.

Seria ocioso negar que a hipótese, a par da novidade, não encontra enquadramento preciso nas normas ensejadoras da prestação jurisdicional sobre constitucionalidade.

Por outro lado, seria igualmente falacioso ignorar que o direito de acesso à prestação jurisdicional mormente em defesa de princípios e direitos fundamentais, resultaria frustrado por adinículos formais, que assim aparecerão os impedimentos resultantes da leitura simplista das normas pertinentes, quando cotejadas com a magnitude dos valores que se querem preservar ou restaurar.

Não se pode nunca esquecer que a **primeira regra** processual no ordenamento jurídico brasileiro é a consignada no Artigo 5º, XXXV, da Constituição.

Mais ainda: o enquadramento de hipóteses fácticas à instrumentação jurídica faz-se; segundo a melhor técnica, por aproximação, quando a riqueza do fato não permite a subsunção rigorosamente exata.

O meio processual constitucionalmente previsto para buscar a prestação jurisdicional em tese, em matéria de constitucionalidade, é a ação direta de inconstitucionalidade, que pode, expressamente, ser proposta pelo Governador do Estado (art. 103, V), sendo a hipótese, de que ora se trata, uma espécie, posto que incomum, daquele gênero.

Não se pode, sob pena de leitura deficiente do texto constitucional, ignorar que a **função precípua** do Supremo Tribunal Federal, assim enunciada expressamente e de modo **amplo e genérico**, no caput do artigo 102, é a **guarda da constituição**.

De outra parte, a ação direta de inconstitucionalidade, proposta com o objetivo de sanar os vícios apontados no próprio texto constitucional, corresponde **literalmente** a "argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição" a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo comando explícito do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal.

O emprego da ação direta de inconstitucionalidade, na hipótese de que ora se trata, se alinha na mesma tradição que muito honrou nosso Poder Judiciário, dando ao "habeas corpus" amplitude para abranger a proteção que posteriormente foi própria do mandado de segurança.

A propósito, CARLOS MAXIMILIANO fala no "alargamento razoável do campo do habeas corpus" (in "Comentários à Constituição Brasileira", Ed. Livraria do Globo, P.A., 1929, 3ª ed., "Apêndice", p. 894).

CASTRO NUNES transcreve pronunciamento de ALCÂNTARA MACHADO, então Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, da Câmara dos Deputados, por ocasião dos trabalhos que antecederam a reforma constitucional de 1929, registrando que o Supremo Tribunal Federal interpretou "com largueza e generosidade o art. 72, parágrafo 22, da Constituição de 1891", para arrematar que não há o que estranhar quando "na ausência de providência mais adequada, os nossos tribunais se tenham valido do **habeas corpus**, para acudir as situações que exigem socorro imediato. **Nada mais conforme com a tradição jurídica.** ASTOLFO REZENDE lembra com razão que já os romanos admitiam as **utiles actiones**, criadas por analogia, a par das **actiones directae**; as Ordenações Filipinas mandavam proceder e **julgar de semelhante a semelhante, onde houvesse identidade de razão.**" (in "Do Mandado de Segurança", Ed. Rev. Forense, RJ, 1951, 3ª ed. at.; p. 17/18; grifo em parte original, em parte nosso).

JORGE TAPIA VALDES, ao fazer um exame comparado da hermenêutica constitucional sul-americana, quando escreve sobre o Brasil, enfatiza largamente a "creación doctrinário-jurisprudencial del recurso de amparo", destacando "la doctrina brasileña del **habeas corpus**" e referindo a **influência do "recurso de amparo", previsto na Constituição Mexicana de 1917, na referida construção**, devida especialmente a RUI BARBOSA e PEDRO LESSA. (in "Hermeneutica Constitucional/Na Interpretación de la Constitución en Sulamerica", Edit. Jurídico del Chile, 1973, p. 72).

Entendemos, assim, que o **remédio cabível**, para escoimar o texto constitucional das disposições que lhe comprometem os **princípios fundamentais** e que agridem direitos fundamentais por ele próprio assegurados, comprometendo a **cidadania** e a **federação**, é a **ação direta de inconstitucionalidade**.

É o parecer.

Porto Alegre, 26 de novembro de 1992.

PERÍCIA MÉDICA E JUSTIÇA GRATUITA

SILVIA LA PORTA

Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9558

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA — Distinção.

Constituição Estadual, artigo 121.

Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990, artigos 20 e 27.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Perícia Médica. Benefício da justiça gratuita. Direito subjetivo público oponível ao Poder Judiciário.

1. O Senhor Procurador-Geral Adjunto encaminha expediente a esta Procuradoria do Domínio Público solicitando manifestação sobre a requisição judicial de depósito, em quantia equivalente a dólares, nas ações de investigação de paternidade, com assistência judiciária gratuita, para pagamento de perícia médica.

A consulta origina-se de Ofício dirigido ao Senhor Procurador-Geral, emitido por Juiz de Direito Substituto da Comarca de Arvorezinha, com vistas a instruir processo judicial de investigação de paternidade, onde a autora goza de assistência judiciária gratuita. A Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por seu Departamento de Genética exige o pagamento do equivalente a US\$ 201,00 à taxa do dia, para a cobertura dos gastos com os reagentes, importados (cfe. documento de fl. 05).

O Departamento Médico Judiciário, por seu Diretor, Dr. PAULO ROBERTO BUTTELLI, informa que "desde meados de janeiro de 1992 estão suspensas as perícias em ações de Investigação de Paternidade, visto não dispormos mais de técnico responsável para a efetivação dos exames necessários ao presente feito, não havendo condições de prever a contratação de novo profissional." (fl. 06)

A Exatoria Estadual de Soledade, a seu turno, informa ao MMJ que não existe dotação orçamentária própria para esta despesa, sugerindo encaminhamento à Procuradoria-Geral do Estado.

Nesta PGE, a Assistente Judiciária CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO, Coordenadora da UAJ/PGE informa que os processos referidos no expediente não foram patrocinados pela Assistência Judiciária do Estado.

É o relatório.

2. Parece-nos que o deslinde da questão posta no expediente encontra solução em nível constitucional e em dispositivos infraconstitucionais que vieram normatizar preceitos da Lei Maior.

Inicialmente, o artigo 5º da Carta Política de 1988 que, entre os direitos e garantias fundamentais individuais, confere que:

"LXXIV — O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

O conceito técnico-jurídico de justiça gratuita e assistência judiciária são inconfundíveis.

PONTES DE MIRANDA ocupou-se de desfazer o possível equívoco, registrando:

"Assistência Judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, **exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional**. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal ou para-estatal que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo". (cfe. Comentários ao Código de Processo Civil, t. I, p. 460). Grifos nossos. (Apud Assistência Judiciária, Sua Gênese, Sua His-

tória e a Função Protetiva do Estado, de HUMBERTO PENA DE MORAES e JOSÉ FONTENELLE T. DA SILVA, Ed. Siber Juris, p. 93).

3. Vê-se, assim, que o **benefício da justiça gratuita** é direito subjetivo público oponível contra o Estado, na sua manifestação de Poder Judiciário. E isto com vistas a assegurar o contraditório e a ampla defesa, direitos fundamentais, também de previsão constitucional (artigo 5º, inciso LV).

Diz-se que ampla defesa não é aquela satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela **que satisfaz a exigência do Juízo**. A este direito é inerente o caráter dialético do processo, que caminha através de contradições a serem superadas pela atividade sintetizadora do juiz. Para tal, é preciso que o juiz disponha de elementos essenciais para a formação do seu convencimento.

No processo de investigação de paternidade o exame para coleta de sangue é essencial à prestação jurisdicional. Vê-se pelo contido no expediente que, ao menos temporariamente, o Departamento Médico Judiciário do Tribunal de Justiça não dispõe de meios para realizar tal perícia, havendo encaminhamento expresso ao Departamento de Genética do Instituto de Biociências da UFRGS (fl. 06)

4. Veja-se, por outro lado, a função do Executivo, que é paralela neste tema.

Por disposição constitucional expressa, artigo 134 da Carta de 1988, a Defensoria Pública é instituto essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV. O parágrafo único do mesmo artigo 134, determina que Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados.

No Estado do Rio Grande do Sul foi editada a Lei Complementar nº 9230, de 16 de janeiro de 1991, que cria a Defensoria Pública, na forma do artigo 121 da Constituição Estadual e dispõe sobre sua competência, estrutura e funcionamento. O artigo 2º da mencionada lei confere à Defensoria Pública a atribuição, entre outras, de:

(...)

“II — atuar na defesa dos interesses do necessitado promovendo, contestando, reconvindo e recorrendo em ações cíveis.”

Por sua estrutura básica, vê-se nitidamente tratar-se de órgãos do Poder Executivo e que, como tal, já é tratado pela Lei n.º 7061, de 31 de dezembro de 1976, que dispõe sobre a assistência judiciária aos necessitados.

Registre-se, por necessário, que não tendo sido implementada a Defensoria Pública até presentemente, as atribuições constitucionais a ela conferidas são exercidas pela Unidade de Assistência Judiciária desta P.G.E.

Como dito acima, a assistência judiciária, como instituto de direito administrativo, é organização estatal ínsita ao Poder Executivo que indica o advogado para acompanhar e atender aos necessitados na solução de conflitos, amigavelmente ou junto ao Poder Judiciário.

5. O **benefício da justiça gratuita** é direito subjetivo público do necessitado, exercível na relação jurídico-processual, perante o juiz que confere a prestação jurisdicional. É, pois, direito oponível perante o Poder Judiciário, como instituto de direito processual ou “pré-processual”, como prefere PONTES DE MIRANDA.

O caráter processual deste tema, emerge de previsão constante no próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 19, que diz:

“Art. 19 — **Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita**, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo antecipadamente o pagamento desde o início até a sentença final...”

As disposições concernentes à justiça gratuita, em nível federal estão contidas na Lei n.º 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

6. Equivoca-se, portanto, o MMJ ao requisitar numerário para pagamento de perícia em ação de investigação de paternidade, com o benefício da justiça gratuita, ao Executivo. Esta requisição deve ser buscada junto ao próprio Poder Judiciário que, aliás, por seu Departamento Médico, vinha patrocinando tais exames.

7. Outra ordem de idéias, fundadas em preceitos legais, conduzem à mesma conclusão.

Veja-se que pelo, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069, de 13 de julho de 1990, artigo 20, fica assegurado que:

“Art. 20 — Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Este dispositivo é transcrição literal de preceito constitucional contido no artigo 237, parágrafo 6.º da Lei Maior.

E o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

“Art. 27 — O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de Justiça.”

Constata-se que em mais de um comando inconstitucional e infraconstitucional é assegurado a criança ser sujeito de direitos civis, humanos e sociais, sendo o reconhecimento da paternidade inerente a tais direitos. Conferido o direito, resta apenas apontar, na estrutura do Estado, a que Poder é o mesmo oponível, em toda a sua extensão.

Sendo a autora da ação necessitada e buscando assistência judiciária, cabe ao Executivo indicar-lhe advogado para propor e acompanhar o feito. A perícia médica, essencial ao deslinde da controvérsia, é da alçada do Poder Judiciário, inerente ao benefício da justiça gratuita.

É o parecer.

Porto Alegre, 22 de janeiro de 1993.

CONTAGEM DO PRAZO ADMINISTRATIVO

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul
Professora na UFRGS

PARECER N° 9684

PRAZO ADMINISTRATIVO: CONTAGEM.

A regra geral é a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia do vencimento. Incidência do artigo 125 do Código Civil.

As exceções ao princípio geral devem ser expressas já que importam em encurtamento do prazo fixado em dias.

Consulta a Unidade de Administração desta Procuradoria-Geral do Estado a respeito da contagem dos prazos administrativos estabelecidos no Estatuto Geral do Funcionário Público Civil do Estado e na legislação complementar. Exemplifica com a disposição contida no artigo 32 da Lei n° 1.751/52, que estabelece que a posse verificar-se-á dentro do **prazo de quinze (15) dias, contados da data da publicação** do ato de nomeação no órgão Oficial e indaga se nesta hipótese, o prazo geral não começaria a contar do dia da publicação do ato, afastando, assim, a regra contida no art. 125 do Código Civil.

É o relatório.

A regra geral para a contagem dos prazos em Direito, no sistema positivo brasileiro, é estabelecida no Código Civil, 'verbis':

'Art. 125 — Salvo disposição em contrário, computam-se os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.'

A norma do Código Civil, por se achar inserida em sua Parte Geral, tem aplicação genérica para todos os ramos do Direito. Só será afastada quando houver disposição específica em sentido contrário. Omissas as respectivas legislações, os prazos serão contados na forma estabelecida no art. 125 do Código Civil.

O Código de Processo Civil, em seu art. 184, o Código de Processo Penal, em seu art. 798, parágrafo 1º, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 775, o Código Tributário Nacional, em seu art. 210, parágrafo único, o anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, em seu art. 243, e o atual, em seu art. 238, dentre outras legislações específicas, recepcionaram expressamente aquela regra geral sobre prazos: 'dies a quo non computator in termino'.

O Estatuto Geral do Funcionalismo Civil do Estado também repete a mesma regra no art. 234, em disposição inserida no Capítulo referente ao "Processo Administrativo".

Comentando disposição da legislação processual civil, EGAS MONIZ DE ARAGÃO evidencia a sua razão de ser, em fundamento que transcende ao âmbito apenas do C.P.C.

... "Antes, porém, de ser princípio jurídico, trata-se de elementar regra aritmética, cuja infração ocasiona o encurtamento dos prazos. Tomando, para exemplificar, um prazo de cinco dias, cujo início se dê num dia sete, ter-se-á o seu final a 12, pois este é produto indisputável da adição ($7 + 5 = 12$). Qualquer outra forma de computar o prazo investiria contra a aritmética, contraindo o bom senso. Com efeito, se incluído o próprio dia inicial, ter-se-ia esta soma originalíssima $7 + 5 = 11$ (7, 8, 9, 10, 11).

Além do respeito à aritmética, ciência exata, que não comporta devaneios, outra razão, de igual valor, justifica a forma tradicional de se computarem os prazos. É que — exceto nas capitais, onde se faz pela publicação no órgão oficial — as intimações, das quais fluem os prazos, se dão na hora do expediente e até que possa o seu destinatário comparecer ao cartório, a fim de inteirar-se do assunto ou retirar os autos e regressar ao local de trabalho, a bem de se desincumbir do ato que deva praticar no prazo, o dia em que se fez a intimação pode já estar perdido.

O ponto inicial do prazo, portanto, é aquele em que foi feita a intimação. A contagem, que é outra coisa, obedecerá à norma estatuída no texto.

O ponto final do prazo coincidirá com o último minuto da hora final do expediente forense do dia de seu término.'

(grifei)

Como se vê, não fosse a regra geral, sempre haveria a diminuição dos prazos, já que o primeiro ou último dias dos mesmos, conforme o ângulo em que a questão é vista, não seria completo. Algum destes dias sempre possuiria menos de vinte e quatro horas, considerando-se que a intimação é feita sempre em horário em que o expediente já começou e que o último dia para o cumprimento do prazo termina no horário em que se dá o fechamento do cartório ou repartição.

Considerando, aliás, este fator de encurtamento do prazo, o Código Penal, sempre preocupado com a proteção do réu, tem regra diversa sobre a contagem dos prazos para o cumprimento das penas, afastando-se, assim, do comando geral. No seu art. 10, diz que: "O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo". Assim, qualquer fração do primeiro dia, o dia do começo, é computada como dia inteiro. Se o réu, por exemplo, começa cumprir pena privativa de liberdade às 16: horas, esse dia é contado por inteiro, não se considerando que durante ele, o réu ficou preso, realmente, por apenas 8 horas.

Colocada a regra geral sobre a contagem dos prazos, aplicável, inclusive, no campo do Direito Administrativo, quanto as regras sobre servidores públicos, resta perquirir se o artigo 32 da Lei nº 1.751/52, ao determinar que o prazo para a posse do funcionário nomeado seja contada da data da publicação, constitui-se em norma que dispõe contrariamente aquele princípio geral do Código Civil. Em outras palavras, na hipótese regulada, o artigo em questão estaria a determinar que o dia inicial da contagem do prazo fosse o mesmo em que a publicação foi efetuada?

Entendo que a resposta que se impõe é negativa. Conforme a lição de EGAS, a norma geral que afasta o dia do início é norma sobre contagem de prazo. Desta forma, tem-se que o dia em que a intimação foi efetuada ou o dia em que se deu a publicação do ato constituem-se apenas em referência inicial do prazo, mas não no primeiro dia (inteiro) de sua contagem.

Para que a disposição especial pudesse ser considerada contrária à regra geral, é necessário que fique evidente a intenção do encurtamento do prazo. Sempre que houver a opção pela diminuição, é imprescindível não só que esta opção do legislador conste clara e manifesta na norma como que, igualmente, possibilite ao seu intérprete, visualizar alguma razão no tratamento diferenciado. Na hipótese em exame, nem a Administração, tampouco o funcionário, teriam benefício com a diminuição do prazo por quase um dia: tanto este pode ser empossado antes do término da quinzena como o interesse daquela é contar, sempre que possível, com o servidor nomeado que obtiver melhor classificação.

Respondendo, pois, objetivamente, a questão colocada, a CONCLUSÃO é no sentido da incidência do art. 125 do Código Civil em relação aos prazos fixados nas normas estatutárias sobre servidores públicos, inclusive na precisa hipótese colocada na consulta (art. 32 da Lei n.º 1.751), só ficando afastada aquela regra geral quando a norma administrativa contiver clara e justificável disposição em contrário, optando, face à natureza do interesse tutelado, pelo encurtamento do prazo.

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de maio de 1993.

FALTA GRAVE DE SERVIDOR BANCÁRIO

JOSÉ HERMÍLIO RIBEIRO SERPA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Filosofia do Direito na UNISC e da
Escola Superior de Advocacia de Estado do RGS

PARECER N.º 9689

Processo Administrativo
Disciplinar.

Servidor de instituição bancária estadual que acolhe cheque sabidamente falso e sem provimento de fundos pratica falta grave suscetível de pena de expulsão. Recurso de Reconsideração improvido.

Vem a exame e parecer consultivo da equipe de revisão da Procuradoria de Processo Disciplinar da Procuradoria-Geral do Estado o processo oriundo da Caixa Econômica Estadual, provocado pelo servidor daquela autarquia (...), que; tendo sido submetido a Processo Administrativo Disciplinar naquela instituição, foi-lhe decretada pelo Conselho Administrativo a pena de demissão, em desacordo com a sugestão de comissão processante que recomenda a pena de suspensão das funções pelo prazo de 30 dias. Irresignado o servidor, hábil e tempestivamente, interpõe pedido de reconsideração, postulando a reforma da decisão, através de pena mais lenitiva.

O colendo Conselho Administrativo da Caixa Econômica Estadual, em sessão realizada no dia 14-12-92, decidiu indeferir o

pedido de reconsideração e, objetivando preservar o direito de defesa do servidor, encaminhou o feito para esta Procuradoria-Geral do Estado para exame e parecer.

Os fatos, que deflagram o presente processo, têm sua nascente nas ocorrências narradas na peça vestibular, onde se lê que o banco Meridional apresentou uma cópia micrográfica do cheque n.º (...) de CIC (...) sacado contra a agência de Cachoeirinha daquele banco no valor de CR\$ (...). Informou o referido banco que, embora no verso daquele cheque constasse um carimbo de compensação do Banco Bradesco, sinalizando que a cártula fora apresentada por aquele banco, existiam fortes indícios de que aquele cheque fora remetido pela Caixa Estadual, posto Assembléia Legislativa. As declarações do Banco Meridional estavam baseadas na fita da soma que acompanhara os cheques do Meridional e apresentados pelo posto de serviço da Caixa já aludido, no dia 11-03-91.

O Banco Bradesco, a seu turno, negava que tivesse sido apresentado à Câmara de Compensação aquele cheque, buscando uma explicação sobre o carimbo, pretensamente pertencente àquele Banco, aposto no verso da cártula malsinada. Informava, ainda, o Meridional que o cheque pertencia a uma conta desativada há muito tempo e estava sem provisão de fundos e apresentava falsidade em relação à assinatura, quando confrontada com registros nos cartões-autógrafos existentes naquele Banco.

De posse destas informações, instruídas de documentos, a Caixa começou a investigar a denúncia. O Meridional encaminhou uma fita com um somatório de 1.848.468,98, com a parte do carimbo de compensação, que identifica o Banco apresentante, cortada. O somatório da fita era composto de três parcelas nos valores de (...), (...) e (...). Estas três parcelas indicavam três cheques de igual valor, o que apontava no sentido de que o cheque de Cr\$ 1.700.000,00 já referido, objeto da denúncia, não integrava a soma. Todavia, juntamente com a fita, aquele Banco forneceu cópia micrográfica de dois cheques compensados pelo posto da Assembléia em 11-03-91, sendo um no valor de (...) e outro no valor de (...). Este valor se somado ao cheque de (...), não referido na fita, daria o valor de Cr\$ (...), compensados contra o Meridional daquele dia. Para afastar essas suspeitas seria necessário que aparecessem dois cheques no valor de Cr\$ (...) e Cr\$ (...). Como

estes cheques não existiam, a inspeção da Caixa teve fortes indícios da ocorrência de fraude, através da realização de registros indevidos de valores irreais no posto de serviço da Assembléia. Feito o levantamento, constatou-se que no dia 11-03-91, foram compensados contra o Banco Meridional três cheques no montante de Cr\$ 1.848.468,98, existindo a origem somente de dois cheques no montante de Cr\$ (...), restando um valor de Cr\$ (...), que representava o cheque de uma conta desativada e sem fundo, com assinatura falsificada, como se aludiu acima. Por outro lado, a pesquisa indicava que o cheque prefalado não fora contabilizado no movimento financeiro da caixa naquele dia 11-03-91. Isso levou a crer que o Cheque falso fora substituído por cheques "quentes". De fato, a pesquisa indicou que houve operações de depósitos com cheques no valor de Cr\$ (...) e Cr\$ (...), na conta de (...), num total de Cr\$ (...) e Cr\$ (...), Cr\$ (...) e mais Cr\$ (...) na conta de (...), o que fechava com o valor de Cr\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil cruzeiros), quantia correspondente ao cheque sem fundo e falsificado, que misteriosamente circulou no posto Assembléia da Caixa Estadual.

Feita a perícia documentoscópica, constatou-se que o carimbo cuja parte estava cortada na fita de soma que fora remetido ao Meridional estava em uso no posto Assembléia, bem como a máquina de que foi tirada a fita da soma. Esses instrumentos de trabalho eram manipulados pelo indiciado, ora recorrente. Este, ao ser ouvido, atribuiu à "armação", pois algum colega podia ter manipulado a máquina e o carimbo para incriminá-lo. Contudo, admitiu manter um forte vínculo de amizade com os correntistas (...) e (...). Mais tarde, admitiu ter praticado fraude e o fez em consórcio com seu amigo (...), em cuja residência foram acertados os detalhes e definidas as tarefas que cada um deveria cumprir para um bom êxito da operação. Noutro depoimento, o recorrente informou que seu amigo (...) já havia feito dois depósitos em sua conta, utilizando-se do mesmo talonário de cheques do qual foi extraído o cheque de Cr\$ (...), que originou o presente processo. De fato, as pesquisas localizaram dois depósitos feitos por (...) nos valores de Cr\$ (...) e (...) com utilização do talonário já referido.

O recorrente informa que tomou essa providência de arquitetar e executar a fraude, porque era devedor de Cr\$ 150.000,00

(cento e cinquenta mil cruzeiros) a cada um dos amigos e não conseguia recursos para pagá-los. Informa, ainda, que o cheque de Cr\$ 1.700.000,00 (hum milhão e setecentos mil cruzeiros) foi extornado e debitados os encargos de juros nas contas de seus cúmplices na operação, de sorte que a instituição não teve prejuízo material, visto que a operação fraudulenta foi abortada pela inspeção da caixa. Este relatório inicial do inspetor (...) de fls. 03 "usque" 11, está consubstanciado nos termos da declaração do recorrente de fl. 17 a 22.

Louvada neste relatório, fortemente instruído de documentos e perícias documentoscópicas, além das declarações do próprio envolvido, a direção da Caixa Econômica Estadual deliberou a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, consoante resolução de fl. 68 e Portaria Instauradora de nº (...) fl. 73, revogada pela Portaria nº (...) fl. 74, posteriormente ratificada pela Portaria (...), fl. 78 e apostila de fl. 79. Realizada a citação e conseqüente audiência de qualificação e interrogatório, o recorrente confirmou as declarações prestadas, na fase pré-processual à Inspetoria-Geral, retificando apenas que o cheque de Cr\$ (...) lhe fora entregue por um funcionário da Caixa, de nome (...) a fim de cobrir temporariamente as contas dos amigos, que estavam em dificuldades financeiras. O propósito da ação do indiciado era ganhar tempo, ciente de que os cheques retornariam, conseguiriam os amigos moedas ou valores efetivos para cobrir as dívidas e as despesas decorrentes dessa operação artificial, fls. 103. Foram ouvidas 8 testemunhas, sendo 3 da comissão e 5 da defesa. O recorrente, durante a instrução do processo, sempre esteve acompanhado de defensor constituído, que participou de todos os atos processuais (interrogatório, produziu defesa prévia, fl. 105 a 106, participou da prova oral e apresentou alegações finais, fl. 132 usque 148).

A tese de defesa, basicamente, é que houve tentativa, inoperante, pela ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, postulando, destarte, a improcedência do Processo Administrativo Disciplinar. A douta comissão processante, em alentado relatório, reconheceu a ocorrência da ilicitude e propôs a aplicação de pena suspensiva de 90 dias.

Não obstante, o Conselho Administrativo, da instituição acolheu a proposição do Diretor Administrativo, desconsiderou a sugestão da Comissão Processante e aplicou a pena de demissão. Como se aduziu no pórtico do presente parecer.

É o relatório.

No mérito, não há nulidade a sanar. Foi obedecido o devido processo legal.

A autoridade, que determinou a instauração do PAD é legítima e o recorrente teve acesso à ampla defesa, em obediência aos ditames constitucionais. No tocante à decisão de fundo, tampouco há reparos a fazer; pois ficou comprovado à sociedade que o recorrente praticou vários delitos capitulados no Código Penal Pátrio, como v.g., art. 297 — falsificação de documentos, art. 312 — peculato e, sobretudo, criou uma situação de comprometimento do bom nome da Caixa Econômica Estadual em relação às instituições bancárias congêneres, ao acolher cheques sem provisão de fundos de outro banco, envolvendo um terceiro, sabendo da origem fraudulenta da cártula.

Não merece, de outra parte, qualquer guarida a tese levantada pela esforçada defesa de que, na espécie, teria ocorrido o chamado crime impossível, visto que o fato foi inteiramente consumado e só não se perfectibilizou, atingindo seu danoso escopo, em razão da eficiência do sistema de controle dos bancos de nossa praça. Ora, se malogro do resultado criminoso tivesse o condão de transformar o crime frustrado em crime impossível, todos os delinqüentes que a polícia descobre estariam impunes, pois seus meios de ação teriam sido inidôneos, segundo essa exegese arquitetada pela defesa.

De outra parte, em sede de processo administrativo-disciplinar, não vigora com absoluteidade o princípio da reserva legal, podendo a punição ser escudada em razões de ordem ética e de conveniência da necessidade e utilidade públicas.

Em face do exposto, sugere-se o improvimento do recurso e conseqüente manutenção da decisão atacada.

É o parecer.

Porto Alegre, 07 de abril de 1993.

NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO

MARISA SOARES GRASSI

Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9734

Fundações Estaduais de Direito Privado. Natureza jurídica.

Orientação da PGE pelos Pareceres 8728 e 8912, de 1991.

Possibilidade de redefinição, mediante lei específica, de natureza jurídica de fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público Estadual, que possibilite a aplicação de normas pertinentes ao regime de direito público.

Consulta o Senhor Secretário de Estado do Planejamento e da Administração sobre a "conceituação jurídica das fundações públicas estaduais, sob a égide da vigente Constituição da República do Brasil". Refere, no ofício dirigido ao Senhor Procurador-Geral do Estado, a matéria divulgada em jornal local, de junho de 1992, onde é afirmada "a tese da não mais propriedade jurídica na diferenciação dos entes fundacionais do Estado, em fundações públicas, dotadas de personalidade jurídica de direito público e em fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sendo admissível, segundo o texto em questão, apenas a conceituação das primeiras citadas, categoria em que se enquadram, desde então, todas as fundações integrantes da administração pública indireta".

Anexo ao expediente, minuta de projeto de lei que no artigo 1º dispõe que “as fundações instituídas e mantidas pelo Estado são classificadas como fundações públicas, equiparadas às autarquias, regendo-se por todas as normas a estas aplicáveis”.

2. A Procuradoria-Geral do Estado, pelo Parecer nº 8728, de autoria da Procuradora do Estado Rosa Maria de Campos Aronovich abordou a matéria relativa à consulta formulada no processo, posteriormente ratificado pelo Parecer nº 8912, da Procuradora do Estado Eunice Rotta Bergesch. A primeira manifestação, após breves comentários sobre a divergência doutrinária, mesmo antes da vigência da atual Constituição, afirma que essa admitiu dois tipos de fundações no âmbito da Administração Pública. Assim, nessa perspectiva, não é correto concluir que, necessariamente e em caráter geral qualquer fundação governamental tem a natureza de direito público, do gênero autarquia.

A propósito, discorre a parecerista:

“Com efeito, a Constituição Federal, ao tratar das fundações oficiais, menciona em mais de um artigo, ora um conceito genérico e amplo — fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público” (art. 37, XVII, art. 71, II, 150, parág. 2º 169, parágrafo único e 18 do ADCT), ora um conceito restrito — “fundações públicas” (art. 39, “caput” e 19 do ADCT).

E conclui:

“Respondendo, pois, conclusivamente a primeira das indagações formuladas no pedido de informações, podemos afirmar que as fundações que integram a administração indireta do Estado terão natureza de direito público quando se constituírem em Autarquias fundacionais (ou fundações públicas, como nomina a Constituição Federal) e natureza de direito privado todas as demais que forem instituídas e mantidas pelo Estado.”

Também o professor Carlos Ari Sunfeld, em artigo publicado na Revista de Direito Público discorre sobre a existência da dicotomia no direito brasileiro e, assim, da possibilidade de as fundações governamentais revestirem-se sob o modelo privado ou público. Interpretando dispositivo constitucional e referindo-se à posição doutrinária que adota a categoria apartada de “administração fundacional”, diz o autor:

“A nós parece que — uma vez demonstrado que a expressão “administração fundacional” não pode referir-se apenas às fundações públicas — a discussão a respeito perde todo o interesse prático, na exegese do art. 37. É pouco importante saber se as fundações governamentais privadas incluem-se na “administração indireta” ou na “fundacional”. O fato é que os princípios e regras do art. 37 são aplicáveis a ambas. Portanto, quer estejam as fundações privadas incluídas numa ou noutra, de qualquer modo haverão de submeter-se às normas do art. 37. (SUNDFELD, Carlos Ari, “Fundações Governamentais”, RDP 97/88-89 Ed. Revista dos Tribunais, 1991).

Por outro lado, não cabe classificar em caráter geral as entidades como de direito privado ou defini-las como autarquias, sem um percuente exame da legislação que as criou. Trata-se, pois, no caso deste expediente, se assim se entender conveniente, analisando a estrutura de cada uma, seu funcionamento, etc., redefini-las, alterando a lei de criação para, a partir daí, aplicar o conjunto de normas pertinentes ao novo regime jurídico.

3. Em conclusão:

I. Permanece atual a orientação traçada pela Procuradoria-Geral do Estado, pelo Parecer nº 8728, de autoria da Procuradora Rosa Maria de Campos Aronovich, posteriormente ratificado pelo Parecer nº 8912, firmado pela Procuradora do Estado Eunice Rotta Bergesch, em anexo.

II. Se assim entender conveniente, poderá a autoridade competente para desencadear o processo legislativo encaminhar projeto de lei que redefina a natureza jurídica de fundações estaduais instituídas e mantidas pelo Poder Público Estadual e consideradas de direito privado para, a partir do regramento, possibilitar a aplicação do conjunto de normas pertinentes ao novo regime jurídico.

Porto Alegre, 13 de julho de 1993.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

TETO REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor na UFRGS e na Escola Superior de Ad-
vocacia de Estado do RGS

PARECER Nº 9271

**SERVIDOR MUNICIPAL — LIMITE DE
REMUNERAÇÃO.**

Interpretação do art. 37, inciso XI, da
Constituição Federal de 1988.

Do conceito de remuneração do servi-
dor serão incluídas todas as parcelas re-
ferentes ao cargo e excluídas as vanta-
gens pessoais e os pagamentos de cu-
nho indenizatório.

O Senhor Procurador-Chefe da Prefeitura Municipal de Rio Grande encaminha consulta a esta Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, no sentido de dirimir dúvidas quanto à interpretação e aplicação do disposto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que trata, entre outros aspectos, dos limites remuneratórios dos servidores públicos, estabelecendo “tetos” aplicáveis a diferentes esferas da Administração Pública.

Centra-se a indagação do consulente na extensão do conceito de “remuneração”, perquirindo, especificamente, se nele incluem-se as vantagens de natureza pessoal e a “verba de representação”, percebida pelo exercício de algumas funções.

É o relatório.

O dispositivo constitucional mencionado determina:

“Art. 37, XI — a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração

dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por Membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito.”

Claro e indiscutível, portanto, como já referido pelo requerente, que o limite superior, ou teto, dos servidores municipais é a remuneração do Prefeito, compreendendo tanto o subsídio quanto a verba de representação deste.

Resta esclarecer a extensão do conceito “remuneração” aplicável em relação aos servidores públicos.

Em princípio, o conceito de remuneração é abrangente, incluindo todos os ganhos percebidos em função do exercício de cargo público.

No caso do inciso XI do artigo 37 da Carta Magna há de se ter em conta, todavia, que configura regra disciplinadora da contraprestação pelo trabalho público, estabelecendo seu limite superior, no intuito de evitar os abusos insistentemente denunciados à opinião pública.

O trabalho público, ou a prestação de serviço público, ao contrário do que ocorre nas relações de emprego privadas, é definido pela lei que cria os cargos, dá-lhes padrão, fixa-lhes a remuneração e atribuições, estabelece os requisitos de ingresso e prevê todos os passos da carreira funcional.

Nesse sentido, a remuneração que interessa ao Direito Administrativo é aquela estipulada pela lei para os diferentes cargos públicos.

Não caberia cogitar-se da situação de A ou de B mas da posição legal dos cargos e carreiras.

Não quis o constituinte que nenhum cargo, de nenhuma carreira, percebesse mais do que seu paradigma máximo, representado pelos condutores políticos dos três poderes.

O termo de comparação com esse paradigma é o servidor público vale dizer aquele, legalmente, investido em cargo público.

Deste modo, a remuneração a ser considerada é toda aquela intrínseca ao cargo, compreendendo o básico, gratificação de re-

presentação e toda e qualquer parcela ligada à natureza do mesmo, tais como gratificações de insalubridade, periculosidade, produtividade, etc...

Por outro lado, estariam excluídas as vantagens pessoais, para o fim exclusivo da fixação de teto, visto tratarem-se de concessões legais que só se operacionalizam em função das condições personalíssimas de cada servidor, e, conseqüentemente, não poderiam, ser universalizadas para os cargos congêneres, de vez que não decorrem do cargo e sim da trajetória funcional de cada servidor.

Não poderiam ser incluídos, igualmente, pagamentos de caráter claramente indenizatório, quais sejam diárias e ajuda de custo entre outros.

Neste sentido manifestou-se o Procurador do Estado MÁRIO BERNARDO SESTA, em seu brilhante trabalho doutrinário “Critérios Constitucionais Sobre Remuneração Pública” publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, nº 47, 1989, páginas 29-43.

Lá encontramos a distinção básica, assim fundamentada:

“Tendo em vista o alcance desses critérios, o universo de singularidades formais, representado pelas parcelas pertinentes à remuneração pública, pode ser agrupado em duas grandes categorias.

Na primeira delas, reuniríamos todas as modalidades remuneratórias que respondam a uma causa genérica de pagar e perceber. Aqui se incluem as parcelas igualmente percebidas por todos os funcionários servidores ou agentes do poder público pertinentes a um mesmo quadro, carreira ou sistema de atividade.

Nessa categoria há dois grupos. Um deles reúne as parcelas de cunho nitidamente contraprestacional que, fora as peculiaridades decorrentes do interesse público, dir-se-iam correspondentes ao “salário” do glossário jur-trabalhista: são os “vencimentos” da maior parte dos funcionários e agentes do poder público; os “subsídios” de alguns dos condutores políticos; as “custas” dos titulares e agentes de determinadas serventias. Outro reúne parcelas que, sem perder o cunho contraprestacional, tem-no circunstanciado por fatores diversos de caráter indenizatório, compensatório ou de estímulo; são as “verbas de representação”, os auxílios, transporte, moradia, a gratificação de incentivo à arrecadação — GIA.

Sempre, porém, pagas em dinheiro (art. 37, XI) e percebidas igualmente por todos os membros do mesmo quadro, carreira, etc.

Na **segunda categoria**, reuniríamos todas as modalidades remuneratórias que respondam a uma **causa singular** ou **específica** de pagar e perceber.

Aqui se incluem parcelas aparentemente muito díspares, tais como as "funções gratificadas" em todas as suas espécies, a "estabilidade financeira", os adicionais por tempo de serviço, os triênios, quinquênios, etc...: o denominador comum é a singularidade da causa de pagar, seja ela objetiva, como no caso das "funções gratificadas, seja subjetiva, como no caso de todos os adicionais" "pro tempore". " (pág. 36).

E, mais adiante:

"Isto posto, e tendo em vista que a nova Constituição quis reordenar a matéria, deve-se presumir que os critérios que adotou sejam estritamente objetivos e, principalmente, valorizadores da atividade pública.

Assim, quando adota o termo "remuneração" como parâmetro de teto, deve-se atribuir-lhe conteúdo estritamente objetivo, subsumindo-lhes as parcelas antes referidas na **primeira categoria, excluídas as da segunda**. Isso porque o teto deve ter o alcance necessário e suficiente; deve limitar, em termos estritamente objetivos as quantias visadas, segundo critérios escolhidos sem avançar sobre aquilo que é singular, subjetivo, específico peculiar a cada agente ou servidor em decorrência de sua história funcional, sob pena de ultrapassar o desiderato isonômico, subjacente em toda a sistemática constitucional, e adentrar num igualitarismo contrário à justiça e à boa política.

E ao intérprete compete sempre, dentre as leituras possíveis, buscar a que propicie, mais corretamente, a consecução do objetivo do texto como um todo."

Alguns intérpretes questionam, também, a inclusão nos parâmetros remuneratórios, de parcelas que não chegam a ser, efetivamente recebidas pelo servidor, tais como contribuições previdenciárias e impostos.

Por esta razão, o Senhor Governador do Estado editou a Ordem de Serviço nº 03/91-95, que dispõe sobre o teto remuneratório a ser observado pelos órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado.

Fixou como teto a remuneração, percebida a qualquer título, pelos Secretários de Estado.

No artigo 2º excluiu da remuneração do servidor, a ser considerada para fins de teto, as gratificações adicionais de tempo de serviço, os avanços trienais, os quinquênios, os descontos previdenciários obrigatórios, o imposto de renda retido na fonte e os pagamentos indenizatórios (diárias, ajuda de custo, etc...)

Conquanto a Ordem de Serviço mencionada, cuja cópia segue em anexo, não seja extensiva, com caráter de obrigatoriedade aos municípios, poderia ser tomada como modelo para decisão equivalente do Chefe do Executivo Municipal.

Deve-se a recomendação ao fato de configurar esta interpretação a linha mais correta e equânime.

O texto do art. 37, item XI, parece corroborá-la, considerando que, quando menciona a remuneração superior paradigmática, usa a expressão "valores recebidos..., em espécie, a qualquer título", enquanto menciona apenas "a relação de valores entre a menor e a maior remuneração dos servidores públicos" sem qualquer qualificação, deixando ao legislador a tarefa de estabelecer inclusões e exclusões.

Este último ponto nos recorda que a Constituição de 1988 determinou: "a lei fixará o limite máximo...", deixando a regulamentação por conta do legislador comum.

Em conclusão, e respondendo objetivamente as questões formuladas à luz da interpretação proposta, entendemos que:

1) A gratificação de representação, parcela integrante do vencimento, é computável para calcular a remuneração com vistas à fixação do teto.

2) A chamada "verba de representação", sobre a qual indaga o consulente, é atribuída aos dirigentes máximos das unidades da administração direta, bem como ao colegiado diretivo dos entes da administração indireta; em parte possui caráter indenizatório e, por outro lado, assemelha-se à função gratificada — FG (plus pela responsabilidade da direção, horário integral, etc...);

não constitui, portanto, parte integrante do vencimento como a gratificação de representação antes mencionada; não deve integrar, por estas razões, o valor considerado para fins de comparação ao teto.

3) Os adicionais por tempo de serviço, triênios, quinquênios e assemelhados também não se computam, dada sua natureza de vantagens, exclusivamente, pessoais.

Este é, s.m.j., o parecer.

Porto Alegre, 20 de março de 1992.

GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO E O CÔMPUTO DAS VANTAGENS PESSOAIS

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 9331

Garantia constitucional do salário mínimo a servidores. Para cumprir a determinação constitucional que assegura o salário mínimo nacionalmente unificado a administração do Município de Jaguari não pode computar os valores de vantagens pessoais de seus servidores, para com isso, atingir o mínimo ou piso legal.

Da Prefeitura Municipal de Jaguari, subscrita pelo Prefeito em exercício, Senhor **Antônio Marcondes Rizato Ruffo**, vem a esta Procuradoria de Assistência Jurídica aos municípios — PAJM, da Procuradoria-Geral do Estado, consulta sobre a garantia constitucional de salário mínimo aos servidores municipais, vazada aos seguintes termos:

“Como deve proceder a Administração Municipal para pagar a remuneração de seus servidores, celetistas ou estatutários, quando o aumento concedido, incidente sobre as respectivas Tabelas de Vencimentos não é o suficiente para que algumas categorias percebam valores iguais ou superiores ao salário mínimo?”

A obrigação constitucional de complementar até o salário mínimo deve ocorrer após o cálculo de vantagens pessoais do servidor ou estas deverão ser calculadas sobre o salário mínimo?

Anexadas à consulta, textos da Lei Orgânica do Município, e das Leis de Regime Jurídico Único e Plano de Carreira do Magistério e dos Servidores Municipais.

A Lei Orgânica do Município de Jaguari estabeleceu no parágrafo único do art. 108 que aos servidores da administração direta aplicam-se as disposições do artigo 7.º e vários de seus incisos da Constituição Federal. O dispositivo, na verdade, nada mais faz que acolher expressamente a regra posta no artigo 39, parágrafo 2.º da Lei Maior, aplicável, de modo cogente, aos servidores públicos civis, da administração direta, autárquica e fundacional, nos níveis federal, estadual e municipal.

É o inciso IV do artigo 7.º retromencionado, que importa analisar para o deslinde da questão proposta. Ele explicita entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visam à melhoria de sua condição social, o "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família..."

Como se verifica, a Constituição garante a todos os trabalhadores, — e inclui na regra também os que prestam serviços ao Poder Público, — a percepção de retribuição pecuniária que, pelo menos, seja aquela fixada como "salário mínimo". Isso significa dizer, que a nenhum trabalhador que cumpra jornada normal de trabalho, — do setor público ou privado — poderá ser atribuída ou estipulada remuneração salarial em valor inferior ao mínimo legal. Em outras palavras, o menor salário fixado para a prestação laboral em regime de emprego, público ou privado ou em regime funcional no âmbito da administração pública direta ou indireta, é o correspondente ao valor que a lei nacional determinar como "salário mínimo".

Chega-se a tal conclusão, valendo-nos de definição consagrada doutrinariamente, segundo a qual "vencimento, em sentido estrito, é a retribuição pecuniária devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei" (apud HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 6.ª edição, p. 432).

A conceituação é igualmente adequada para caracterizar o salário, denominação apropriada para a retribuição laboral em regime de emprego.

A caracterização é, portanto, objetiva. As tabelas salariais ou de vencimento das empresas e do Poder Público hão de consignar, no padrão mais baixo de remuneração um valor que, pelo menos, equivalha ao valor fixado como salário mínimo legal. Esse é o conteúdo da garantia constitucional, quando se determina que a Constituição assegura a todos os trabalhadores "o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado" (artigo 7.º, IV C.F.). Com clareza, diz isso a Constituição Estadual ao determinar entre os direitos dos servidores públicos civis do Estado o "vencimento básico ou salário básico nunca inferior ao salário mínimo fixado pela União para os trabalhadores urbanos e rurais" (C.E., art. 29, I).

Se, em virtude de reajuste do salário mínimo legal, o padrão inicial ou alguns padrões das tabelas remuneratórias ficarem abaixo do mínimo, cumpre proceder ao ajustamento, completando-se aqueles com o valor necessário para atingir o "quantum" do piso nacional. Poderá ocorrer, nessa hipótese, que vários níveis fiquem, transitoriamente, igualados no piso salarial mínimo, até que a empresa ou o Poder Público promovam a revisão de sua política salarial.

Não atende à determinação nem à garantia constitucional o critério de somar vencimento ou salário básico às vantagens pessoais do servidor para atingir o mínimo legal.

Isso porque, as vantagens pessoais, auferidas que são em razão de condição específica e individualizada aderem à relação do servidor com a administração e não à objetiva especificação do cargo ou emprego. Além disso, as vantagens pessoais constituem-se em direito que determinada disposição de lei atribui ao servidor, independentemente do direito básico ao "salário mínimo" que lhe garante o artigo 37 da Constituição.

O direito à percepção das vantagens pessoais incorpora-se ao patrimônio funcional, atendidas as condições da lei, e como tal não pode ser anulado pela absorção pura e simples na dimensão de outro direito que é o de ter como retribuição mínima do cargo ou emprego, o salário mínimo unificado. O contrário significa retirar o adicional ou vantagem pessoal, afrontando a irredutibilidade assegurada no inciso XV do artigo 37 da Lei Magna,

já que a expressão ali utilizada "vencimentos" no plural é recebida em sentido amplo, que inclui o padrão mais as vantagens pecuniárias auferidas pelo servidor a título de adicional ou gratificação" (cfe. HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., p. 432).

É cabível, também, que se utilize, como linha de argumentação, a mesma que se elabora para analisar a questão situada ao outro extremo, mas de idêntica natureza, qual seja a do teto de remuneração. Aqui, pode valer-nos o esclarecimento de CELSO BANDEIRA DE MELLO:

"Sem embargo, repita-se: o critério para determinar a retribuição que não pode exceder o teto há de ser idêntico ao que foi referido para qualificar o que se tem de entender como retribuição a "qualquer título" dos cargos que servem como referencial-limite. Ou seja, os valores percebidos por um servidor em conta de adicional por tempo de serviço ou pela prestação de trabalho em locais insalubres ou em circunstâncias penosas ou, de qualquer modo, relativas a situações particulares que não sejam específicas do cargo em si, mas decorrentes quer de uma situação pessoal do servidor, quer das peculiares condições molestas em que tenham de desempenhar sua atividade, não serão detidos pelo teto retributivo a que alude a Constituição". (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, RT, 2.^a edição, 1991, p. 98).

Aplicando-se o raciocínio à questão do mínimo legal, afirma-se que os valores relativos a vantagens pessoais não são computados para o fim de atingimento do piso.

Em conclusão, e respondendo à consulta formulada, opinamos no sentido de que para cumprir a garantia constitucional do salário mínimo, a administração do município de Jaguari não pode computar os valores de vantagens pessoais de seus servidores para com isso atingir o mínimo ou o piso legal de alguma ou algumas categorias.

É o parecer.

Porto Alegre, 1.^o de junho de 1992.

TRABALHOS FORENSES

REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do RGS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

OBJETO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, abaixo assinado juntamente com o Chefe da Casa Civil do Governo do Estado e os Procuradores do Estado nominados, que, esses últimos, ficam desde já designados para, em conjunto ou separadamente, e independentemente da ordem de nomeação, representarem-no em todos os termos da ação, vem perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos termos facultados pelo artigo 103, V, da Constituição Federal, propor ação direta de inconstitucionalidade da oração “para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” do parágrafo 1º e do vocábulo “quatro” do parágrafo 2º do artigo 45 da Constituição Federal, fazendo-o em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

I. O artigo em que se contêm as normas impugnadas está assim redigido, “*verbis*”:

“Art. 45 — A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. Parágrafo 1º — O número total de Deputados, bem

como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. Parágrafo 2.º — Cada Território elegerá quatro Deputados”.

Desta forma, conforme se pode verificar, por força dos textos transcritos e impugnados, seja qual for a população ou o número de eleitores inscritos na unidade federativa ou Território, terão eles assegurados sempre, absolutamente sempre, pelo menos oito (no caso de unidade federativa) ou quatro (no caso de Território) representantes na Câmara dos Deputados. São cinco, oito, vinte, dez mil, vinte milhões, trinta milhões seus eleitores ou habitantes? Nada importa! Segundo o texto, os “representantes” hão de ser, sempre, no mínimo, ... oito ou quatro e, no máximo, ... setenta! Oito “representantes”, talvez, de... cinco “representados” e setenta, talvez, de... cinquenta milhões! Exigem-se em São Paulo, no Rio de Janeiro, em Minas Gerais, na Bahia, no Rio Grande do Sul, etc., em razão do número de habitantes e eleitores, cem mil, duzentos mil, trezentos mil votos para eleger um deputado? O cidadão paulista, carioca, mineiro, baiano, rio-grandense vale o mesmo que o das demais regiões do País? Para o texto impugnado... nada importa! Poucos, pouquíssimos, quase nenhum, ou muitos, muitíssimos, milhões, que sejam os habitantes ou eleitores da unidade federativa e terão eles, sempre, no mínimo, ... oito “representantes” e, no máximo, ... setenta! Em outras palavras: o voto do cidadão paulista, carioca, mineiro, baiano, rio-grandense, etc., e, portanto, a sua cidadania, que se expressa através daquele, há de valer vinte, trinta, quarenta vezes menos do que o voto e a cidadania dos eleitores das unidades federativas de escassa população. Portanto, através de um critério puramente geográfico — o de habitar-se um Estado de maior ou menor densidade demográfica — marca-se, absurdamente (e, como se demonstrará, inconstitucionalmente), a medida, a extensão e o valor da cidadania de brasileiros... absolutamente iguais.

Ora, tendo em vista que (a) é princípio básico da Constituição, consagrado inclusive em cláusula pétrea, e expressivo de direito supralegal positivado, o da igualdade de todos perante

a lei (CF/88, art. 5.º comb. c/art. 60, parágrafo 4.º, IV), do que deriva, por sua vez, como corolário absolutamente necessário, e por isso mesmo também expressamente consagrado na Carta Política, (a.a.) o princípio do voto “com valor igual para todos” (CF/88, art. 14), e considerando ainda que (b) entre os “fundamentos” da República se colocam (b.a.) a “cidadania”, que supõe obviamente a participação de modo pelo menos razoavelmente igualitário dos “cidadãos” na formação da vontade estatal, e (b.b.) a regra segundo a qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (CF/88, art. 1.º, II, e parágrafo único), e sendo certo, por outro lado, que, segundo a mais moderna doutrina, os (c) preceitos constitucionais se distribuem hierarquicamente de modo a não poderem os inferiores colidir com os superiores sob pena de inconstitucionalidade, afigura-se manifesta a inconstitucionalidade das normas impugnadas, que, conduzindo a uma absolutamente irrazoável e antiisonômica valoração do voto, e, pois, da cidadania, de brasileiros absolutamente iguais, ofendem às escâncaras aqueles princípios superiores — “fundamentos”, repita-se, da ordem constitucional vigente e regras de direito supralegal nela positivadas — e impõe-se sejam como tais declaradas.

Na verdade, ao propor a presente demanda, o Autor tem consciência da gravidade do tema que submete ao Supremo Tribunal Federal. Tem-na também, no entanto, e principalmente, de que a inconstitucionalidade argüida, discriminando desarrazoadamente brasileiros iguais no exercício de uma de suas prerrogativas mais fundamentais em função exclusivamente das regiões a que pertencem, constitui a semente da cizânia e da quebra da unidade nacionais que apenas o Supremo Tribunal Federal, exclusivamente ele, porque isento das paixões políticas e dos interesses corporativos, e no exercício de suas elevadas funções de guardião da Constituição (CF/88, art. 102), tem condições de extirpar. A esta grave responsabilidade, pois, menos de defesa das prerrogativas dos brasileiros discriminados, que, aliás, só ela já a justificaria, do que de salvaguarda da paz, da concórdia e da integridade nacionais, é que atende o Autor na propositura desta ação.

Analise-se, no entanto, particularmente, o seu cabimento e a sua procedência.

2. Não é de hoje, como se sabe, que, confrontada com a existência na Constituição de princípios que se impõem de modo tão absolutamente necessário, seja por constituírem os fundamentos mesmos em que assenta a ordem constitucional, seja por expressarem, superado um positivismo radical, a concreção nela de um direito supralegal limitador do próprio legislador constituinte, a doutrina tem admitido a possibilidade de conflito entre aqueles princípios e normas outras que, embora formalmente integrantes da Carta Política, não têm nela a mesma hierarquia, resolvendo-se então a colisão pela inconstitucionalidade dessas últimas.

3. OTTO BACHOF, na sua conhecida monografia de 1951, referindo outros ilustres constitucionalistas alemães, esclarece bem a questão, “*verbis*”:

“Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional./ Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: ora, o fato é que por constitucionalistas tão ilustres como KRÜGER e GIESE foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida (...) Assim delimitada, cifra-se a questão em saber se uma norma do documento constitucional pode ser inconstitucional — ou, em todo caso, se se quiser evitar aqui esta expressão, não vinculativa — em virtude da infração de uma norma de maior valor do mesmo documento, mas estabelecida autonomamente pelo legislador constituinte.” (“Normas Constitucionais Inconstitu-

cionais?”), tradução de JOSÉ MANUEL M. CARDOSO do original alemão “*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*” em 1951, Atlântida Editora, Coimbra, 1927, p. 55-6).

E, embora para discordar de KRÜGER na extensão com que admite (mas, frise-se bem:... **admite-a!**) a “inconstitucionalidade” de normas constitucionais, limitando-a, **ao contrário daquele**, às hipóteses de não ter havido uma declaração “autônoma” do legislador constituinte restritiva do “princípio” e de ofensa a direito “supralegal” (em que, note-se, **inclui o princípio da “igualdade”**), prossegue, “*verbis*”:

“A uma resposta afirmativa acabam por conduzir, de fato, as considerações de KRÜGER, já que ele pretende negar obrigatoriedade do art. 131, 3º período, da Lei Fundamental não apenas em virtude da infração do princípio da igualdade do art. 3º da mesma Lei — **um princípio que é simultaneamente supralegal** (grifo nosso) —, mas especialmente em virtude da violação do art. 19, nº 4 (garantia de recurso judicial): ora, se este último preceito pode, na verdade, destinar-se a servir de garantia de direitos fundamentais — direitos que em parte são de natureza supralegal — não é ainda ele próprio, por esse facto, direito supralegal. (...)/ Enquanto o legislador constituinte actua autonomamente, estabelecendo normas jurídicas que não representam simples transformação positivante de direito supralegal, mas expressão da livre decisão de vontade do ‘*pouvoir constituant*’, pode ele, justamente por força desta autonomia, consentir também exceções ao direito assim estabelecido.” (op. cit., p. 56-7).

Mas, asseverando a possibilidade do conflito se e quando se cuide de infração a “norma de direito supralegal” positivada na Constituição ou de “contradição insolúvel” ou “manifesto equívoco” do legislador constituinte, conclui:

“É certo que o legislador constituinte **não pode**, ao admitir tais exceções, **infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal**, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica

(que, segundo refere o Autor, 'a doutrina dominante' **identificaria** com o '**princípio da igualdade**' positivado no art. 3.º da Lei Fundamental, cf. nota de rodapé n.º 76)! Se o fizer, a norma excepcional será sem dúvida não vinculativa — não, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do caráter arbitrário da exceção. (...)/ Conceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel, de uma contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-exceção, assim como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo" (op. cit., p. 57 e 59) (grifos e parênteses nossos).

E, logo adiante, explicitando o seu pensamento acerca da "inconstitucionalidade" decorrente da ofensa à regra "supralegal" positivada na Constituição, é peremptório o ilustre jurista:

"À "Constituição", e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito **supralegal**, na medida em que tenha sido positivado pelo documento constitucional. Uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será, portanto, simultaneamente "**contrária ao direito natural**" e **inconstitucional**./ Se a norma **constitucional** infringir uma outra norma da Constituição positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, **contrária ao direito natural** e, de harmonia com o exposto supra, III, 2, carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho nenhuma dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como "inconstitucional", se bem que o fundamento último de sua obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal: a "incorporação material" (IPSEN) dos valores supremos da Constituição faz, porém, com que toda a infracção de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição. Não posso, pois, manter a minha anterior afirmação de que uma norma constitu-

cional que infrinja direito supralegal é, de facto, juridicamente não vinculativa, mas não pode ser qualificada como "inconstitucional" (op. cit., p. 62-3) (grifos do original).

E remata:

"O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude de seu caráter incondicional, o direito constitucional que é **apenas** direito positivo, razão por que aqui — mas só aqui — a ponderação da importância de normas constitucionais diferentes, em confronto umas com as outras, preconizada por KRÜGER e GIESE, se mostra justificada. Falta a autonomia da criação de direito, que permite ao poder constituinte abrir brechas, através de exceções à regra, mas normas autonomamente estabelecidas, onde a positivação significa, não a **criação** de normas jurídicas, mas apenas um **reconhecimento** de direito **pré-constitucional**" (op. e loc. cit.) (grifos do original).

4. Também GILMAR FERREIRA MENDES, em sua recente tese de mestrado, recenseando as modernas doutrina e jurisprudência alemãs a partir inclusive da célebre decisão do Tribunal Constitucional da Baviera, de 24 de abril de 1950, que deu pela possibilidade de normas constitucionais "inconstitucionais" (decisão, note-se, igualmente invocada e **aplaudida** por OTTO BACHOF, op. cit., p. 23-4 e 86), examina exaustivamente a questão:

"Ao revés, a jurisprudência constitucional alemã do pós-guerra admite o controle da reforma constitucional e **reconhece a existência de princípios suprapositivos, cuja observância se afigura obrigatória para o próprio constituinte** (grifo nosso)./ Em decisão proferida no segundo semestre de 1951, o "Bundesverfassungsgericht" consagrou, expressamente, que os princípios de direito suprapositivo vinculavam o constituinte:/ "Uma assembléia constituinte é hierarquicamente superior à representação parlamentar eleita com base na Constituição. Ela detém o "pouvoir constituant"./ Ela restaura uma nova ordem constitucional, dotada de especial eficácia, para o Estado em formação./ Esse "status" peculiar torna a Assembléia Constituinte imune a limita-

ções de ordem externa. Ela está vinculada, tão-somente, ao Direito anterior de índole suprapositiva (...).” (grifo nosso)./ O Tribunal Constitucional admitiu, portanto, a existência de postulados de direito suprapositivo, cuja observância se afigura imperativa, inclusive para o legislador constituinte. O “Bundesverfassungsgericht” reconheceu, outrossim, a sua competência para aferir a compatibilidade do direito positivo com os postulados do direito suprapositivo (“Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen”) (“Controle da Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos”, São Paulo, Editora Saraiva, 1990, p. 107-8).

E, transcrevendo o julgado bávaro, prossegue:

“Anteriormente, o Tribunal Constitucional da Baviera havia declarado que/ “a nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está “a priori” e por definição excluída pelo facto de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas... Se o art. 184 da Constituição tivesse o sentido de colocar o legislador, no tocante às medidas a tomar por este relativamente aos grupos de pessoas aí designados, duradouramente fora da Constituição e do direito, seria nulo, por infracção da própria idéia de direito, do princípio do Estado de direito, do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana”./ A decisão do Tribunal Constitucional bávaro evidencia a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais, desde que se configure lesão a princípio supremo do Direito Constitucional. Essa mesma orientação foi reiterada pelo “Bundesverfassungsgericht” — BVerGE, 3:225 (232), 23:99 (106) — ficam-

do assente que “a concepção segundo a qual o constituinte tudo pode, significaria um retorno à postura intelectual de um positivismo jurídico despido de valores” (...).” (op. cit. loc. cit.).

“Esses precedentes contêm expressa recusa a um conceito de Constituição meramente formal. O Texto Magno não se limita a estatuir as bases formais da ordem jurídica. Ele contempla um sistema de valor ou uma ordem de valor (“Wertsystem”; “Wertordnung”) que impede a transformação do juízo de constitucionalidade em simples episódio de conhecimento (“ein blosser Erkenntnisvorgang”). A Constituição traduz, assim, uma “unidade material” (“materielle Einheit”), cujo conteúdo indica como fundamentais os valores subjacentes à ordem jurídica positiva, que, com a incorporação das tradições da democracia liberal e representativa, do Estado de Direito liberal, do federalismo, bem como a adoção de novos princípios, nomeadamente do Estado Social, passaram a ser vinculados, nas decisões do “Bundesverfassungsgericht”, “a uma ordem de valor” (“Wertordnung”), consubstanciando, assim, a essência do Estado, que, embora neutro do ponto de vista ideológico, não é axiologicamente neutro./ Essa concepção parece abrangente do direito supralegal positivado e daqueles postulados que formam os princípios constitutivos no sentido da Constituição (“Konstitutionsprinzipien des Verfassungsinnes”), ou, segundo Nawiasky, daquelas idéias pré-jurídicas subjacentes ao direito positivo.” (op. cit. p. 109).

5. Embora reconhecendo que, ao afirmar a dificuldade de configurar-se hipótese em que o constituinte viesse a “ultrapassar” os limites consubstanciados em postulados “ínatos”, o Tribunal Constitucional alemão teria praticamente inviabilizado o controle da validade das normas constitucionais com base em determinada “concepção jurídico-filosófica”, GILMAR FERREIRA MENDES deixa bem claro, invocando a lição de NAWIASKY e, principalmente, decisão do próprio “Bundesverfassungsgericht” de 1970, que isso não significa a impossibilidade de vir a concretizar-se a inconstitucionalidade de certas normas inseridas

Constituição frente à “superioridade dos postulados cobertos pelo manto da **intangibilidade** (proteção da dignidade humana, estado republicano, federal, democrático e social, divisão de poderes, regime representativo, princípio da legalidade)” (grifo nosso). Transcreva-se integralmente, a propósito, sua lição:

“Destarte, o Tribunal Constitucional afastou, praticamente, a possibilidade de infirmar a validade de norma constitucional com fulcro em determinada concepção jurídico-filosófica, o que levaria, na opinião de Nawiasky, à perda de toda a segurança jurídica. Tal entendimento não desautoriza, segundo Nawiasky, a distinção entre normas constitucionais, em diferentes categorias, tendo em vista a sua natureza substancial (“materielle Rechtssätze”), o seu caráter revisional (“Revisionsnorm”) ou organizatório (“organisatorische Vorschrift”). As normas de revisão e as **cláusulas pétreas constituíam princípios fundamentais do Estado** (“Staatsfundamentalnormen”), e, por isso, **superiores às demais disposições constitucionais** (grifo nosso). Diversamente do modelo kelseniano, anota Nawiasky que aqui “não se trata apenas de norma fundamental pressuposta, mas de norma positivada (...)” Nawiasky supõe ter logrado compatibilizar, assim, a distinção entre normas constitucionais (“Zweistufigkeit”), sem recorrer à antinomia entre direito positivo e direito suprapositivo: “a diferenciação entre normas constitucionais (“die Doppelstufigkeit”), enquanto tal, não constitui, em hipótese alguma, um argumento, para suposição de um direito suprapositivo”. E, mesmo quando as normas fundamentais não estejam expressamente contidas no direito positivo, deve-se proceder à derivação contemplando as idéias pré-jurídicas subjacentes (“die zugrundeliegende vorrechtlichen Ideen”). “E o conteúdo integral do Direito torna-se conhecido através da interpretação, sem que se tenha de recorrer aos postulados suprapositivos” (Der volle Inhalt des Rechts wird bekanntlich durch Auslegung ermittelt (...), ohne das man auf überpositive Grundsätze rekurreren müsste)” (op. cit. p. 112).

E conclui:

“Vê-se, assim, que, sem abdicar de um conceito material da Constituição, que supõe a existência de princípios constitucionais imutáveis pelo processo de revisão, o modelo teórico proposto por Nawiasky logra dispensar a invocação de princípios inatos ou naturais. Essa parece, também, a orientação dominante no “Bundesverfassungsgericht”, conforme se depreende da leitura de acórdão proferido em 1970, no qual se afirmou que a cláusula de garantia consagrada no art. 79, § 3º, da Lei Fundamental, visa a obstar a modificação radical da ordem vigente em seus próprios fundamentos. Reconheceu-se, assim, a superioridade dos postulados cobertos pelo manto da intangibilidade (proteção da dignidade humana; estado republicano, federal, democrático e social, divisão de poderes, regime representativo, princípio da legalidade), sem invocar qualquer referencial inato ou suprapositivo. E, sob este fundamento, procedeu-se à interpretação da norma revisional em conformidade com a Constituição” (op. cit. p. 113)/

6. Desta forma, parece indiscutível que, seja por constituírem os fundamentos mesmos em que assenta a ordem constitucional, seja por configurarem a positivação nela de regras de direito suprapositivo ao qual estava submetido o próprio legislador constituinte se e enquanto imerso no quadro cultural em que se punha, princípios e normas existem na Constituição que se **sobrepõem** hierarquicamente a outros de modo a fazer com que se possa imputar a esses, no caso de colisão com aqueles, inconstitucionalidade suscetível de ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal na sua função de “guarda” da Constituição (CF/88, art. 102).

7. De outro lado, afigura-se também inquestionável que, em nossa ordem constitucional, entre os mencionados “princípios” **superiores**, colocam-se não só (a) o da **igualdade de todos perante a lei** (CF/88, art. 5º) como, e principalmente para o que aqui interessa, o que dele deriva, e exatamente porque dele deriva e, mais, porque diz como a função **básica** do regime, fundamento de **todo o poder**, do exercício, pelo povo, de sua soberania (CF/88, art. 1º, parágrafo único), (b) da **igualdade do voto** insculpido no art. 14 da Carta da República (“A soberania popular será exercida... pelo voto... com valor **igual para todos**”). É que, sobre constantes de **cláusulas pétreas**, insuscetíveis como tais de serem suprimidos pelo próprio poder revisional (CF/88,

art. 60, parágrafo 4º, II e IV), o que, como se viu, ainda segundo o rigorismo de NAWIASKY, é o bastante para conferir-lhes dignidade superior na ordem constitucional, constituem eles a consagração positiva de um direito supralegal a que, no quadro cultural em que se punha, o próprio legislador constituinte estava submetido.

Na verdade, se se proíbe — e se proíbe — reforma constitucional tendente a suprimir os “direitos e garantias individuais” (CF/88, art. 60, parágrafo 4º, IV), e se entre esses se coloca — e se coloca — o da “igualdade de todos perante a lei” (CF/88, art. 5º), é evidente que tal garantia, e as conseqüências que dela derivam como corolários necessários, máxime quando também expressamente consagradas na Carta Política, como acontece com a igualdade de voto (CF/88, art. 14), há de posicionar-se de modo hierarquicamente superior no ordenamento constitucional. Não é possível que, afirmando a “igualdade” como regra absolutamente intocável ainda pelo poder de reforma, venha o legislador constituinte a estabelecer, em outra passagem, não submetida à intangibilidade daquela, norma que constitua a sua mais absoluta negação. Da mesma forma como seria absolutamente inadmissível que, por exemplo, repudiando o racismo (CF/88, arts. 4º, VIII, (e 5º XLII) ou proibindo a tortura (CF/88, art. 5º, III), viesse, em outras regras, ou vedar o acesso aos cargos públicos aos judeus ou consagrar o “choque elétrico” como forma de “estimular” depoimentos “verazes”.

Com efeito, as cláusulas pétreas não constituem apenas um limite negativo ao poder de reforma constitucional, mas, sim, e principalmente, uma marca exuberantemente significativa das estruturas básicas em que se funda o regime e das opções mais fundamentais do legislador constituinte, de modo que, sob pena de se lhe reconhecer incoerência absolutamente inadmissível, não admitem serem contraditadas por normas outras, ainda que formalmente colocadas na própria Constituição. E, exatamente por isso, mas, como se verá, não só por isso, não o admitem a regra da “igualdade” (CF/88, art. 5º) e a dela derivada da “igualdade do voto” (CF/88, art. 14).

8. Mas, não só. Consagrado em cláusula pétrea, o princípio da “igualdade”, e, obviamente, os que dele decorrem (como o da igualdade do voto consagrado no art. 14 da CF/88), constitui na verdade a positivação na Constituição de regra de direito supralegal a que, como se disse, nas coordenadas culturais em

que punha, estava submetido o próprio legislador constituinte. Também disso decorre, portanto, a sua superioridade hierárquica em relação às demais normas constitucionais despidas de tal atributo.

9. Com efeito, sobre o conceito de “direito supralegal”, cabe ainda invocar a lição de OTTO BACHOF:

“A validade (“Geltung”) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a positividade, no sentido de sua “existência como plano e expressão de um poder efectivo”, e a obrigatoriedade, no sentido de vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado. / Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os “princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica (grifo nosso), e nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias (grifo nosso). Mas, além disso, só existirá ainda — e nesta medida vou além do limite antes mencionado traçado por E v. HIPPEL — se o legislador atender aos mandamentos cardiais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou pelo menos, não os renegar conscientemente. Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de GEORG JELLINEK, um “mínimo ético”, a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outra forma também não será direito (...) / O direito supralegal assim delimitado é uma ordem objectiva(...). Dentro dos limites assim definidos fica ainda o legislador constitucional um largo espaço para a edificação autónoma de um sistema de valores próprio. Sublinhe-se, porém, que só justamente dentro desses limites! A restrição da legitimidade de uma Constituição à sua positividade redundaria ao fim e ao cabo, como E v. HIPPEL convincentemente mostrou, na igualdade poder = direito, e corresponderia assim transposta para o terreno teológico, a uma argumentação “que extraísse do poder do Diabo a obrigatoriedade religiosa das leis infernais” (op. cit. p. 42-3 e 44-5).

E prossegue:

“Ora (...) tal admissão é vedada na Lei Fundamental, pois a incorporação de direito supralegal na Constituição tem apenas — doutro modo já esse direito não seria supralegal — significado **declaratório** e não **constitutivo**: tal incorporação não cria direito, mas antes o reconhece (...)./ Resulta do que fica dito que o **conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal** (grifos do original). (...)/ Constituição vigente em sentido material serão apenas, por conseguinte, os elementos componentes da tentativa jurídico-positiva de realização do ordenamento integrador que **não ultrapassem** esses limites preexistentes (grifo nosso) (“op. cit., p. 45-6)

Ora, parece inquestionável que, no atual estágio da civilização e da cultura, a regra da “**igualdade**” se impõe de modo **absolutamente incoercível** como “princípio constitutivo de toda e qualquer ordem jurídica”, pois, considerados aqueles parâmetros do processo civilizatório e cultural, é hoje **impensável** uma ordem jurídica (obviamente “civilizada”) que não a contemple. Aliás, exatamente por isso é que OTTO BACHOF, manifestando-se sobre o art. 3.º da Lei Fundamental alemã (“Todos os homens são iguais perante a lei”), que consagra a regra em termos **idênticos** aos da nossa ordem constitucional (“Todos são iguais perante a lei”, CF/88, art. 5.º), afirma peremptoriamente constituir ela “um princípio que é **simultaneamente supralegal** (grifo nosso) (op. cit. p. 56).

Demais, demonstrando radicar o indigitado princípio “na própria idéia de Direito”, leciona CLAUS-WILHELM CANARIS:

“A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, **na própria idéia de Direito**. Assim, a exigência de “ordem” resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, **de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente**, de acordo com a medida de sua deferência: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar “conseqüentemente” os valores encontrados, “pensando-os, até o fim”, em todas as conseqüências singulares e afastando-

os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, ou, em outras palavras: estão adstritos a **proceder com adequação**. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da “ordem” no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, **retirada do princípio da igualdade**, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático da Ciência do Direito — o que, por exemplo, FLUME, seguindo SAVIGNY, certamente exprime quando caracteriza o sistema como “a conseqüência do Direito, interiormente pressuposta” (“Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, trad. de A. MENEZES CORDEIRO, Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 18-9).

E, ligando o princípio à idéia de **unidade** da ordem jurídica, prossegue:

“De modo semelhante, também a característica da unidade tem sua correspondência no Direito, embora a “unidade da ordem jurídica” pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Também esta não é, de modo algum, apenas (mas, então, **também é**) um “postulado lógico-jurídico”, antes se reconduzindo, da mesma forma, ao **princípio da igualdade**. Por um lado, ela (unidade) constitui — nos seus, por assim dizer, componentes negativos — apenas de novo uma emanação do **princípio da igualdade**, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica (o que já está abrangido pela idéia de adequação) e por outro no seu componente positivo — ela não representa mais do que a realização da “tendência generalizadora” da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios, abstractos e gerais” (op. cit. p. 19-20) (parênteses e grifos nossos).

MIGUEL REALE, por sua vez, pondera:

“Na base da convivência humana, como condição da **reciprocidade** (grifo do original) entre os indivíduos e os grupos sociais (e a reciprocidade é a igualdade possível, em função das conjunturas que se desdobram no tempo), está o valor justiça, que é sempre **expressão**

da **igualdade** (grifo nosso), não absoluta e abstrata, como é próprio da utopia, mas segundo a regra ou a medida estabelecida por Aristóteles e que Lacordaire tão bem soube interpretar, advertido-nos que a suprema regra da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, e os desiguais na medida em que se desigualem. E eu acrescento: “desde que tudo se faça para que as desigualdades progressivamente diminuam”, uma vez que o “ser” do homem é o seu “dever ser”, consoante tenho sustentado em minhas obras fundamentais” (“Teoria da Justiça”, “in” “Nova Fase do Direito Moderno”, Editora Saraiva, 1990, p. 38).

E, adiante:

“Compreende-se, por conseguinte, por qual motivo, nesta altura de nosso desenvolvimento histórico, tenha sido estabelecida por pensadores tão díspares, como Welzel e Rawls, uma correlação entre **Justiça e Democracia**, por ver-se nesta a única solução política compatível com a realização da igualdade social possível e necessária, visto ser a **igualdade, quaisquer que sejam suas variáveis, o cerne da idéia de justiça**” (op. cit., p. 40-1).

De outra parte, sendo o princípio da “**igualdade**” regra de direito supralegal positivada na Constituição (CF/88, art. 5º), parece também certo que o mesmo atributo não se pode negar ao da “**igualdade de voto**” consagrado no art. 14 da Carta Política, seja porque derivado daquele, seja porque ligado à **cidadania e ao exercício, pelo povo, do poder**, no qual se funda toda a ordem constitucional do “Estado Democrático de Direito” por ela constituído (CF/88, art. 1º, “caput” II e parágrafo único). Não é admissível, na verdade, que, reconhecendo-se a “igualdade” como pedra de toque da estrutura jurídica supralegal vinculativa do legislador constituinte, se permita a desigualação desarrazoada num ponto tão fundamental como o da participação do cidadão na formação da vontade estatal através do instrumento básico do voto, ou, em, outras palavras, não é possível se admita hajam, na mesma Carta, “**cidadanias**” mais “**cidadanias**” que outras relativamente a “**cidadãos**”... **absolutamente iguais**. Desigualar desarrazoadamente aqui é, na verdade, na medida em que se desigual a **cidadania**, “princípio fundamental” (CF/88,

art. 1º, I), e, pois, a **participação do povo no exercício do poder** (CF/88, art. 1º, parágrafo único), atingir o sistema mesmo no que ele tem de **essencial**.

E, sobre a igualdade de voto” leciona J.J. GOMES CANOTILHO:

“O **princípio de igualdade de voto** exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo **valor de resultado** (contribuição igual para a distribuição de mandatos). Este princípio não é e hoje, e, geral, perturbado pelas formas históricas de discriminação, mas pode sê-lo pela manipulação de círculos eleitorais. Daí a insistência dos autores na caracterização do voto igual: igual peso numérico (“Zahlwert”) e igual valor quanto ao resultado (“Erflogswert”). No sistema maioritário, o valor de resultado de votos é tendencialmente desigualitário, pois o candidato menos votado não tem qualquer “resultado”. Mesmo assim, o princípio do voto igual é aqui importante para evitar a falsificação dos resultados através da delimitação arbitrária de círculos ou através da grandeza desigual dos círculos eleitorais (geometria de círculos eleitorais). Da existência de igual valor quanto ao resultado deriva também a exigência (para além da proporcionalidade) de não condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas — proibição de “cláusulas-barreira” (cf. arts. 116 e 115/2). O princípio do voto igual, na sua dimensão de igual valor quanto ao resultado, tem sido estendido à própria luta eleitoral” (“Direito Constitucional”, Livraria Almedina, Coimbra, 5ª edição, 1991, p. 439).

10. Ora, colocadas tais premissas, afigura-se indiscutível a inconstitucionalidade das normas impugnadas na medida em que, gerando tratamento **desarrazoadamente desigual** em relação ao peso efetivo e ao “valor do resultado” do voto de cidadãos **absolutamente iguais**, ofendem, a um tempo, os princípios constitucionais — **superiores**, como se viu, porque consagrados em cláusulas pétreas e porque concreções positivas de direito supralegal — (a) da “**igualdade**” (CF/88, art. 5º), (b) da “**igualdade do voto**” (CF/88, art. 14), (c) **do exercício, pelo povo, do poder** (CF/88, art. 1º parágrafo único) e (d) da **cida-**

dania (CF/88, art. 1.º II), que se manifestam através do **sufrágio**, e, conseqüentemente, (e) da **Democracia** mesma instituída pela Constituição (CF/88, art. 1.º). E, mais, na medida em que, discriminando desarrazoadamente o valor político de brasileiros **absolutamente iguais em razão exclusivamente das regiões a que pertencem, lançam a semente da discórdia e da desigualdade desarrazoada** entre essas, atingindo também, e fundamentalmente, a própria **Federação**, que, como se sabe, se contrói a partir da idéia da união (“foedus”) e constitui, ela também, “Princípio Fundamental” da ordem constitucional consagrado em cláusula pétrea (CF/88, art. 1.º art. 60, parágrafo 4.º I).

II. Na verdade, não é de hoje que, por distorções cujo exame não cabe aqui realizar, vem sendo atingida a “igualdade de voto”. É de hoje, no entanto, sim, e por isso é aqui impugnada, a manifesta, absoluta, estonteante e quase explosiva **desarrazoabilidade da desigualação**. É exatamente ela — uma **desarrazoabilidade** acachapante, que ultrapassa de muito qualquer limite de normalidade e inverte absurdamente a ordem natural das coisas, fazendo com que a **maioria** do povo brasileiro passe a ser “representada” por uma ... **minoría esmagadora** — que marca e configura, de modo manifesto, a inconstitucionalidade argüida.

Com efeito, caracterizadas que têm sido as unidades federativas como autênticas **circunscrições eleitorais** para a composição da Câmara dos Deputados, o que não deixa de ser uma **distorção** na medida em que, ao contrário do Senado Federal, composto de “representantes do Estados” (CF/88, art. 46), **integrase aquela Casa de “representantes do povo** (= de todo o povo brasileiro)” (CF/88 art. 45, “caput”), têm-se-lhes atribuído “**mínimos**” e “**máximos**” de “representantes” que, a rigor, e de alguma forma, já desvirtuam o princípio da igualdade. Parece óbvio, no entanto, que, se e enquanto se mantinham eles nos limites da **razoabilidade**, e exatamente porque **razoáveis**, não se lhes podia imputar qualquer vício. A inconstitucionalidade se configura, sim, e aqui chega-se ao cerne da questão, na **desproporção**, no **absurdo**, na **irrazoabilidade** da desigualação. Não ofende a “igualdade”, porque não é irrazoável, exigir-se cem mil votos para a eleição de um deputado em determinada região e cinquenta mil em outra. Como também não a ofende prever-se, por exemplo, “representante” para aquelas unidades federativas cuja densidade demográfica não atinja a média do quociente eleito-

ral do País. **Irrazoável**, no entanto, há de ser, sim, e, por isso mesmo, **manifestamente inconstitucional**, atribuir-se a determinada região **quatro ou oito deputados federais** cujo somatório individual de votos não seja capaz, por exemplo, de eleger, em outra região, um... **suplente de vereador!** Parece evidente que o “valor de resultado” do sufrágio do eleitor dessa última, que não tem força para indicar quem aprove uma postura municipal, há de ser **infinitamente inferior**, quase **nulo**, em relação ao da primeira, com poder bastante para escolher quem decida as mais altas questões nacionais. Daí, pois, pela **desproporção** e pelo **absurdo**, a inconstitucionalidade.

Ora, no caso, o que ocorreu? Os “mínimos” e “máximos” de “representantes” das unidades federativas na Câmara dos Deputados, que eram razoáveis — embora, note-se já não sem o protesto veemente de parcelas ponderáveis da Nação — e, pois, sem vício de inconstitucionalidade, tornaram-se absurdos, desproporcionais e **absolutamente irrazoáveis** quando ou por fracionamento dos Estados então existentes ou por transformação de Territórios, criaram-se **novos Estados com escassa população** no norte, nordeste e centro-oeste do País. O legislador constituinte, na verdade, ao fazê-lo, e fê-lo, reconheça-se, por razões políticas e administrativas das mais ponderáveis, que não estão aqui em questão, e ao manter os “mínimos” e “máximos” anteriores, não se apercebeu de que estava **desequilibrando desarrazoadamente** a equação da **igualdade política** e, assim, atingindo princípios **básicos** da ordem constitucional, que, como se viu, por ele expressamente adotados como marcas **fundamentais** do regime, nem ele, a rigor, tinha poderes para modificar.

Aliás, não é estranho no Direito Constitucional que mudanças de condições fáticas venham a tornar inconstitucional um dispositivo que antes não era. Na Alemanha, e exatamente em virtude da alteração da estrutura populacional de determinados distritos em relação à “igualdade eleitoral”, é significativo o julgado do “Bundesverfassungsgericht” referido por GILMAR FERREIRA MENDES em sua obra já citada, “*verbis*”:

“Ao apreciar os critérios legais vigentes na organização de distritos eleitorais, em face do princípio da **igualdade eleitoral**, o “Bundesverfassungsgericht” reconheceu que a profunda alteração na estrutura populacional provocara significativas mudanças na eficácia dos

votos, com reflexos na distribuição dos mandatos excedentes ("Überhangsmandate"). Não obstante considerou o Tribunal Constitucional que a disposição na lei ordinária ainda não era incompatível com o princípio de igualdade eleitoral. E, por isso, conclamou o legislador a empreender as correções necessárias. "(op. cit, p. 23).

Exatamente como na espécie. Com a só deferência de que lá, cuidando-se de lei ordinária, a inconstitucionalidade ainda não se consumara. Aqui, ao contrário, a ofensa, agressiva, frontal, ostensiva, à regra da "igualdade" decorre dos próprios textos impugnados e, pois, **já está concretizada**. Assim, enquanto, pelo sistema anterior, embora a já existência de "mínimos" e "máximos" por unidade federativa, mas exatamente em razão da densidade demográfica dos Estados de então, havia uma plausível (diga-se melhor: sofrível) representatividade na escolha dos deputados federais, o que pode ser constatado pelo quadros anexos, atualmente, com a vigência e por força dos textos impugnados, o princípio da "igualdade do voto" praticamente... **desapareceu**. Assim, por exemplo, num dos últimos pleitos, enquanto à eleição de um deputado federal por **São Paulo** e pelo **Rio Grande do Sul** foram necessários **308.350** e **183.886** votos, respectivamente, no **Amapá** e **Roraima** necessitaram-se simplesmente... **14.768** e **9.125** votos (cf. quadros anexos)! Sufrágios, esses últimos, que, note-se não elegeriam um vereador em cidades de médio porte daqueles primeiros Estados. De outro lado, segundo a Resolução n.º 16.336, de 22 de março de 1990, do Tribunal Superior Eleitoral, que, à falta da "lei complementar" a que alude o parágrafo 1.º do art. 45 da Constituição Federal (nem essa, note-se, por elevar o "máximo" da representação por Estado, consegue ser exarada!), manteve a representação eleita em 1986 (Res. 16.636/90, art. 1.º), enquanto à população e ao eleitorado de Roraima, de apenas **132.980** pessoas (equivalente, portanto, ao de uma **pequena** cidade do Estado de São Paulo) e **73.001** eleitores, se atribui uma representação de **oito** deputados federais, os **33.096.435** habitantes e **18.500.980** eleitores do Estado de São Paulo são "representados" (... será isto "representação"?) por não mais do que... **sessenta** (cf. libreto "A Federação Mutilada", p. 7, anexo)! Em outras palavras: o "valor de resultado" do voto do "cidadão" (será, mesmo, à vista dos textos impugnados,... "cidadão"?) paulista e rio-grandense é **vinte, trin-**

ta vezes **inferior** ao do amapaense ou roraimense. Enquanto aqueles não conseguem eleger um vereador, esses, **com o mesmo número de votos**, escolhem um... **deputado federal**. Não pode haver, na verdade, e não há, forma mais gritante e desarrazoada de discriminação e, pois, de inconstitucionalidade.

Certo, em relação ao também impugnado limite "máximo" de representantes por Estado ("para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha... **mais de setenta Deputados**"), poder-se-ia argumentar constituir ele simples **limite** ao tamanho da Casa Legislativa (a qual, assim, não poderia ter número de integrantes **superior** ao resultante da soma dos "máximos") e, como tal, por razoável, não inconstitucional. Ocorre, no entanto, que, em face da densidade demográfica de alguns Estados, incrementada mais e mais pelas correntes migratórias do norte e nordeste, tal é a **desproporção** entre a população de uma determinada região e o "máximo" permitido à sua "representação" em comparação à atribuída a outra região menos povoada que, aqui também, a **desigualação desarrazoada**, e, pois, a inconstitucionalidade, se configura. Não é possível, com efeito, sem gravíssima lesão à igualdade, que, por exemplo, pelo "crime" de habitarem uma região mais densamente povoada, trinta, quarenta, cinquenta milhões de brasileiros do Estado de São Paulo sejam condenados a terem sempre... setenta representantes, o mesmo, ou pouquíssimo mais (o "teto" tende a igualar os desiguais), que os de outras regiões de muito menor população. A única forma, pois, de eliminar a desigualdade, a qual, repita-se sempre, por **desarrazoada**, contamina o texto de inconstitucionalidade, é declarar o vício também em relação ao "máximo", transferindo para a "lei complementar" a fixação **razoável — e, por isso, constitucional —**, em função da população de cada unidade federativa, do indigitado limite.

12. Aliás, não foi outra a conclusão a que chegou a Procuradoria-Geral do Estado no Parecer n.º 9.467 da lavra do Procurador do Estado e Professor MARIO BERNARDO SESTA, cujas passagens o Autor permite-se transcrever:

"Exceptuadas, com base na melhor e mais inquestionada **RATIO**, as sobreditas restrições ao direito de voto, cumpre ressaltar que **A CIDADANIA** é noção essencialmente **IGUALITÁRIA: INEXISTEM CIDADÃOS DE PRIMEIRA E DE SEGUNDA OU OUTRAS CLASSES**. A ci-

dadania é incompatível com a existência dos “MAIS IGUAIS” da sátira de ORWELL (ALL ANIMALS ARE EQUAL BUT SOME ANIMALS ARE MORE EQUAL THAN OTHERS” — G. ORWELL, in “ANIMAL FARM”, NEW AMERICAN LIBRARY, s/ data, CHICAGO, p. 123). E o que se vê na própria Constituição Brasileira, justamente no que tange ao cerne da CIDADANIA, AO EXERCÍCIO DO VOTO, é a consagração da DESIGUALDADE ENTRE CIDADÃOS QUE PREENCHEM OS REQUISITOS GERAIS E ESPECIAIS CONSTITUCIONALMENTE FIXADOS, PARA O EXERCÍCIO DAQUELE DIREITO. / Em outras palavras, o que se vê é a NEGAÇÃO DA CIDADANIA!” (cf. Parecer 9.467, anexo).

E, discorrendo sobre a “cidadania”, sua ligação com a “igualdade do voto”, o “sistema representativo” e a inviabilidade de compatibilizá-la com os limites “mínimos” e “máximos” impugnados na presente ação, prossegue:

“14. A CIDADANIA, enquanto “princípio fundamental”, como a define expressamente a Constituição Federal de 1988 (art. 1º, II), é o denominador comum na equação da autoridade política numa sociedade democrática; é a medida da participação do Povo no processo de administração do Estado, medida essa cujo conceito nuclear é a IGUALDADE. É precisamente através da CIDADANIA que as desigualdades fácticas cedem passo à igualdade instrumentalizada na igualdade jurídica. No período revolucionário, os franceses apodavam-se reciprocamente de CIDADÃOS justamente para acentuar aquela igualdade, em contraposição às desigualdades de estado do antigo regime. Um dos institutos elementares da democracia, coetâneo dos primórdios liberais, é o sistema representativo no qual a cidadania aparece basicamente como o direito ao voto e a igualdade que lhe é inerente se afirma através do conhecido aforisma — UM HOMEM UM VOTO. / Desnecessário se faz qualquer esforço lógico para evidenciar que entre CIDADANIA, enquanto “princípio fundamental”, e o sistema representativo (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos...” (CF/88, art. 1º, parágrafo único), enquanto instrumento da cidadania, há uma

relação substancialmente hierarquizada, com prelácia para a primeira. / Essa hierarquização substancial fica ainda mais evidente quando se examinam os critérios fixados para o exercício do voto enquanto instrumento da CIDADANIA” (cf. Parecer 9.467, anexo).

“No que respeita à composição da Câmara dos Deputados, a representação não é das unidades federadas, e, sim, do Povo. Estados, Territórios e Distrito Federal fazem as vezes de circunscrições eleitorais. Assim, a mencionada fixação subverte o próprio critério de composição daquela Casa do Congresso, que, segundo definição constitucional expressa, deve ser proporcional à população (CF/88, art. 45). /15. O exame comparativo entre a população dos diversos Estados, e a respectiva representação na Câmara dos Deputados possibilita diversos exercícios demonstrativos de que a sistemática de limites mínimo e máximo, ora invectivada, redundava em que os CIDADÃOS de alguns Estados VALEM MENOS do que os de outros! Por não ter sido editada a lei complementar a que alude o sobredito dispositivo constitucional, o processo eleitoral de que resulta a atual composição da Câmara dos Deputados se fez, precariamente para o efeito de que ora se trata, com base na Resolução 16.336, do TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, que, no seu Artigo 1º, mantém a representação eleita de 1986 (!), apenas adequada aos limites máximo e mínimo acima mencionados, determinando que um Deputado Federal por São Paulo represente mais de 500.000 brasileiros; um Deputado Federal por Minas Gerais, pela Bahia, pelo Rio Grande do Sul ou pelo Paraná represente mais de 300.000 brasileiros, ao passo que um Deputado por Rondônia, Tocantins, Acre, Amapá ou Roraima represente menos do que 150.000 brasileiros, sendo que, no último caso, representa apenas 16.624 brasileiros! Dizendo de outro modo, o brasileiro de Roraima vale 34 vezes mais do que o brasileiro de São Paulo e 20 vezes mais do que o brasileiro do Rio Grande do Sul! / Tal distorção é absolutamente incompatível com o voto de igual valor assegurado no artigo 14 da Constituição Federal, que, como um dos direitos políticos pertine ao rol dos direi-

tos e garantias fundamentais, de que trata o Título II da mesma Constituição, com ênfase para a igualdade de todos perante a lei (Art. 5.º, "caput")! Mesmo considerando as dificuldades no sentido de alcançar uma **distribuição ideal** do número de Deputados Federais por unidade representada, forçoso é reconhecer que a distribuição atual é completamente incompatível com os parâmetros mínimos de **razoabilidade**! Se, por um lado, essa distorção agride a CIDADANIA, por outro, compromete gravemente o equilíbrio dos Estados no contexto federativo, na medida em que elimina a razoabilidade da proporção da importância política dos Estados sub-representados" (cf. Parecer n.º 9.467, anexo).

E conclui:

"De tudo quanto foi dito, decorre-nos indubitavelmente a convicção de que a mesma RATIO embasadora do princípio da **supremacia constitucional**, combinada com a ineludível constatação da existência, na Constituição enquanto código, de disposições que, embora guardando a **mesma hierarquia formal** e superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, revelam **gradação hierárquica substancial** entre si; combinada ainda com a inarredável necessidade de **coerência interna**, que deve oferecer o código constitucional como condição de sua funcionalidade, autoriza, no caso das **antinomias reais**, insolúveis através de exercícios hermenêuticos fundados na identidade hierárquico-formal das normas interpretadas e compatibilizadas, o **confronto material** entre elas, com a conseqüente invalidação das de menor hierarquia material, que sejam incompatíveis com as de maior hierarquia material. / Assim sendo, os limites constitucionais fixados para a representação das unidades federadas na Câmara dos Deputados são inconstitucionais, na medida em que agridem os princípios fundamentais da cidadania (Art. 1.º, II) e da **federação** (Art. 1.º "caput"), bem como os **direitos e garantias fundamentais de igualdade perante a lei** (Art. 5.º "caput") e da **igualdade do valor do voto** (Art. 14), bem como o núcleo constitucional defendido como **cláusula pétrea** e, assim, ni-

tidamente hierarquizado em termos substanciais, relativo à forma federativa, ao voto universal e aos direitos e garantias individuais (Art. 60, parágrafo 4.º, I, II e IV)" (cf. Parecer 9.467, anexo).

13. Desta forma, em tudo e por tudo, tem cabimento e é procedente a presente ação. Pretende-se com ela que, declarada a inconstitucionalidade dos textos impugnados, se devolva à "lei complementar" a que alude o parágrafo 1.º do art. 45 da Carta Federal a fixação de critérios **razoáveis**, "proporcionalmente à população" de cada unidade federativa, para a valoração do voto dos cidadãos brasileiros, que, repita-se sempre, a Constituição quer "**igual**" (CF/88; art. 14). E isto, parece, não é muito.

14. Não pode, no entanto, o Autor, antes de encerrar, deixar de tecer rápidas considerações sobre a gravidade do tema ora posto perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Todos sabem, é da experiência comum, que não há paz, nem concórdia, nem união verdadeiras se e enquanto fundadas na discriminação. No caso, por circunstância históricas que não cabe aqui comentar, o certo é que, como se demonstrou, e é fato notório, a discriminação... **existe**. Os cidadãos pertencentes aos Estados do Sul e do Sudeste, que, conforme se pode verificar pelos gráficos anexos, constituem **57,70% (cinquenta e sete vírgula sete por cento)** da população do País e participam na formação da riqueza nacional com **77,4% (setenta e sete vírgula quatro por cento)** — **quase oitenta por cento!** — do PIB, contribuem, através de seus votos, para a composição de **apenas... 45% (quarenta por cinco por cento)** do Congresso Nacional. De outro lado, os cidadãos das regiões norte, nordeste e centro-oeste, constituindo apenas **42,3% (quarenta e dois vírgula três por cento)** da população brasileira e participando com **22,6% (vinte e dois vírgula seis por cento)** — **menos de um quarto!** — do PIB, detêm na composição congressual nada menos do que... **54,3% (cinquenta e quatro vírgula por cento)**! E, como se sabe, é o Congresso Nacional, ao fim e ao cabo, que... **dá o destino à riqueza nacional**. Não é preciso ser sociólogo nem cientista social para compreender que esta situação de instabilidade estável não pode perdurar tranquilamente.

Na verdade, as distorções resultantes da desigualação desarrazoada são assustadoras e se espraiam pelas mais importantes atividades de nossas Casas Legislativas federais. Veja-se, por exem-

plo, um entre muitíssimos exemplos, a Comissão Mista de Planos Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, competente para analisar e dar parecer sobre a proposta orçamentária da União: enquanto dela participam nada menos do que **oitenta e um** parlamentares oriundos das regiões norte, nordeste e centro-oeste (**22,6% do PIB!**) atribuem-se ao sul e sudeste (**77,4% do PIB!**) apenas... **trinta e nove participantes** (cf. gráficos anexos)! E, da mesma forma, a não menos importantíssima Comissão Mista criada para avaliar exatamente os desequilíbrios regionais: integram-na nada menos do que **vinte** parlamentares do norte/nordeste/centro-oeste e apenas **seis** (repita-se: **seis**,... **menos de um quarto do total!**) do sul/sudeste. E, conforme se pode verificar nos gráficos anexos, as distorções sucedem-se de todas formas e, como não poderia deixar de ser, repercutem diretamente inclusive na destinação dos investimentos públicos, fato também verificável nos documentos anexos.

Ora, a Nação, que resultou do esforço comum, não pode, à evidência, contentar-se tranqüilamente em assim permanecer. Porque, como se disse, discriminado algum, exceto o desfibrado moral, e a Nação não o é, se conforma com a discriminação. Tanto mais quando, como no caso, e paradoxalmente, numa situação digna da dramaturgia de Ionesco, o "discriminado" é nada mais nada menos do que... **a maioria, a aplastante maioria, do povo brasileiro**, responsável, repita-se sempre, pela produção de quase **oitenta por cento** da riqueza nacional. Não pode haver, portanto, situação mais grave. Grave não só pela **desarrazoada cisão** que provoca entre brasileiros **absolutamente iguais** como, principalmente, pelo potencial de intranqüilidade, de conseqüências ainda inavaliáveis de todo, suscetível de entre eles gerar, o que, como é óbvio, impõe ao detentor de qualquer parcela de poder público não só o direito como, principalmente, muito principalmente, o **dever** de exaurir esforços na extirpação do vício para reinstaurar o encontro da Nação consigo mesma. E desta responsabilidade histórica o Autor tem o **dever** de não fugir.

A propositura da presente ação, pois, como já se disse, atende exatamente a isso. O Autor, como governante, como homem público e, principalmente, como brasileiro com os olhos postos no legado histórico de paz, de concórdia e de integridade nacionais, não poderia deixar de submeter a matéria ao exame do Su-

premo Tribunal Federal, que ele, **só ele**, responsável pela "guarda" de nossos princípios jurídicos mais fundamentais (CF/88, art. 102, parágrafo único), e, repita-se também, **isento** de paixões e corporativismos, tem condições de decidi-la e, restaurando o equilíbrio da Nação, resgatar-lhe as bases em que se funda e foi construída.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ou o eminente Ministro a quem o conhecimento da presente haja de pertencer como Relator solicitar informações do Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional e, cumpridas as formalidades legais, inclusive a ouvida do Procurador-Geral da República (CF/88, art. 103, parágrafo 1.º) e a citação do Advogado-Geral da União para defender os textos impugnados (CF/88, art. 103, parágrafo 3.º), haver por bem o Egrégio Supremo Tribunal Federal julgar a ação procedente para o efeito de declarar a inconstitucionalidade da oração "**para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados**" do parágrafo 1.º e do vocábulo "**quatro**" do parágrafo 2.º do art. 45 da Constituição Federal com as providências e cominações de estilo.

REQUER, outrossim, a requisição do Egrégio Superior Tribunal Eleitoral ou, se for o caso, dos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais da relação de **todos** os Deputados Federais eleitos em cada unidade da Federação nas últimas quatro eleições com as respectivas votações individuais bem como dos quocientes eleitorais nos referidos pleitos e das respectivas populações que os formaram.

Nestes termos pede deferimento.
Brasília, 09 de dezembro de 1992.

Alceu Collares,
Governador do Estado.

Sérgio Porto,
Chefe da Casa Civil.

Gabriel P. Fadel,
Procurador-Geral do Estado.

Caio Martins Leal,
Procurador do Estado.

Mário Bernardo Sesta,
Procurador do Estado.

A TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DO ICMS E OS ESTOQUES

MEMORIAL

JORGE ARTHUR MORSCH

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Tributário na UNISINOS e
na Escola Superior de Advocacia de Estado do
RGS.

I — INTRODUÇÃO

1. A pretensão das embargantes de transferir a estabelecimentos de terceiros, independente da saída de mercadorias, créditos fiscais de ICMS relativos a mercadorias ainda estocadas em seu depósito, encontra obstáculo jurídico em primeiro lugar no próprio sistema de incidência não cumulativa do tributo, que a rejeita, como se verá.
2. A par disso, o presente memorial quer demonstrar a improcedência do pedido por três fundamentos.
3. Em 1.º lugar, pela interpretação teleológica. O benefício fiscal da transferência a estabelecimentos de terceiros de crédito fiscal, independente da saída de mercadorias, foi criado precisamente para ensejar a utilização dos **créditos fiscais** que, após uma operação isenta ou com não-incidência, **não foram anulados**. Desprendidos das mercadorias correspondentes, que já saíram sem tributação, esses créditos se acumulavam, sem qualquer utilidade, na conta corrente fiscal, sobretudo das empresas que operam exclusivamente no mercado internacional. Daí a criação do benefício fiscal, que abriu a possibilidade da transferência a terceiros desses créditos, **resultantes da não-anulação**, porque **só eles se acumulam e podem permanecer inúteis**.

Memorial oferecido pelo Estado do Rio Grande do Sul ao 1.º Grupo de Câmaras Cíveis nos Embargos Infringentes n.º 593005812.

4. Em 2º lugar, porque tal interpretação decorre dos textos das normas que concedem o benefício. A reiterada alusão a créditos **excedentes**, a créditos **acumulados**, a créditos **não anulados** são suficientemente explicitadoras do verdadeiro conteúdo do favor fiscal da transferência, endereçado, exclusivamente, aos créditos fiscais **não anulados em decorrência de exportação de produtos industrializados**.

5. Em 3º lugar, não vinga a tese das embargantes, porque o crédito fiscal concernente a mercadorias em estoque é apenas um direito condicional e contingente, consistente no direito de compensar o imposto já pago com o que vier a ser devido. E se nenhum imposto vem a ser devido (saída com isenção ou não-incidência), ele deve ser anulado, por força da norma do artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra **b**, da Constituição Federal. Permitir que tal crédito seja transferido a estabelecimento de terceiros, antes que ocorra a condição (evento futuro e incerto) de uma saída que pode ser isenta ou imune significa nada mais, nada menos, do que **impedir a aplicação dessa norma constitucional**, o que é inadmissível.

6. O presente memorial também se propõe a explicitar alguns pontos do sistema desse tributo, evidenciando que com ele não se harmoniza a postulação dos contribuintes, ampliativa dos termos de um benefício fiscal de contornos claramente definidos. No contexto, é essencial a **distinção** entre o **crédito fiscal por entradas**, ou excludente da cumulatividade, destinado tão-somente a compensar os débitos por saídas, sob pena de ser anulado, e o **crédito fiscal benefício**, que é o crédito fiscal que, **podendo ser anulado**, não foi anulado e com isso adquiriu novas virtualidades. Também é imprescindível uma noção clara do que seja a **transferência do saldo de crédito fiscal**, de um período de apuração para outro período de apuração, transferência que se opera dentro da contabilidade fiscal de uma determinada empresa, tem apenas dimensão temporal, e é elemento instrumentalizador da não-cumulatividade do imposto. Esta transferência do saldo de crédito fiscal é absolutamente inconfundível com a **transferência a terceiros do crédito fiscal acumulado, em virtude da não-anulação do imposto** na saída com isenção ou não-incidência, que se opera de uma empresa para outra, tem dimensão espacial, implica alienação de direitos e é um elemento instrumentalizador de um benefício fiscal ao contribuinte.

7. A delimitação do litígio facilita a discussão. E aqui cabe esclarecer que o Estado **não contesta** a existência válida seja do benefício da não anulação do crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de matéria-prima, material secundário e material de embalagem nas exportações para o exterior do produto industrializado calçado, seja do benefício ulterior, que é precisamente o que está sob apreciação, da transferência para o estabelecimento de terceiros dos excedentes de créditos fiscais **acumulados em virtude da não anulação do imposto que incidiu sobre as matérias-primas**, material secundário e material de embalagem, **empregados na fabricação de produtos industrializados exportados**. Em verdade, trata-se de uma imensa gama de benefícios fiscais, disposta em três graus sucessivos (saída imune do produto industrializado, não-anulação do crédito fiscal correspondente a matérias-primas, material secundário e material de embalagem dos produtos industrializados exportados, e possibilidade de transferência dos créditos fiscais não anulados para estabelecimentos de terceiros).

8. Existentes e válidos à época da propositura da ação, assim continuam hoje, com as seguintes particularidades relevantes. Indiscutível a existência da imunidade de que gozam as saídas para o exterior de produtos industrializados, os demais graus de benefício não persistiram incólumes, mas sobreviveram. Com efeito, o texto legal positivador da não-anulação do crédito fiscal correspondente às matérias-primas de produtos industrializados exportados, o artigo 3º da Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991, foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN nº 600. Inobstante, por decisão dos Estados, o benefício fiscal foi expressamente reiterado pelo Convênio ICMS 66/92 (DOU 29-06-92). Já o benefício de terceiro grau, ou seja, a transferência a terceiros dos créditos fiscais não acumulados persiste atualmente com suporte legal exclusivamente local, pois o Convênio AE-7/71, de 5 de maio de 1971, que o introduziu, foi revogado nos termos do artigo 41, parágrafo 3º do ADCT da Constituição Federal, e Convênio ICMS 60/90, de 13 de setembro de 1990 (DOU 18-09-90).

II — O CRÉDITO FISCAL QUE EXCLUI A CUMULATIVIDADE

9. A contabilidade das empresas pode abrigar dois tipos de crédito fiscal do ICMS. Ambos têm origem constitucional. O pri-

meiro decorre da regra da não-cumulatividade do imposto e se destina a permitir que o contribuinte abata (compense) o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso I). O segundo representa um benefício fiscal, cuja concessão é facultada aos Estados, como exceção à regra do estorno (anulação) do crédito relativo às operações anteriores na ocorrência de isenção ou não-incidência (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra b, e artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, letra f). De origem distinta, com natureza jurídica distinta, os dois tipos de crédito fiscal também se distinguem, nos seus efeitos jurídicos. É o que se verá.

10. Quando uma mercadoria tributada entra no estabelecimento de um contribuinte do ICMS, ele não recebe apenas essa mercadoria. Ele está adquirindo também a titularidade sobre o crédito fiscal respectivo. Isto é, juntamente com a mercadoria, ele recebe uma nota fiscal, na qual vem destacado o montante de ICMS que incidiu sobre a mercadoria na anterior operação de saída, e que o contribuinte que promoveu a anterior operação de saída registrou em sua contabilidade como débito fiscal. Quando a mercadoria entra no estabelecimento do contribuinte, ele registra em seu prola um crédito fiscal, em valor idêntico ao do débito fiscal pela saída anterior.

11. Esse crédito fiscal, na entrada das mercadorias, se destina a implementar o princípio da não-cumulatividade do imposto. Seu conteúdo jurídico está bem determinado: é o direito de abater (compensar), na operação atual, o montante de imposto cobrado nas operações anteriores. Assim, quando o contribuinte promover ulterior operação tributada de saída de mercadoria, os débitos fiscais gerados na saída serão compensados pelos créditos fiscais gerados na entrada.

12. Essa compensação não se faz, considerando especificamente os créditos e os débitos gerados pela circulação (entradas e saídas) de uma **determinada mercadoria**, mas considerando os créditos relativos às operações de circulação de mercadorias **realizadas num determinado período**. Isto é, de regra, a apuração do montante de imposto a pagar se faz pelo chamado **método global** (Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, artigo 32,

caput), que considera a totalidade dos créditos por entrada e a totalidade dos débitos por saída verificados num determinado período (mês) (N.B. O **método específico** de apuração do imposto a pagar, em duas modalidades, está previsto no parágrafo 1º do artigo 32 da Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, mas não tem aplicação à hipótese dos autos).

13. Como se viu, à medida que as mercadorias vão saindo, vão gerando débitos fiscais, compensáveis com créditos fiscais por entradas. Se, no período de apuração, a soma dos débitos fiscais for maior que a soma dos créditos fiscais, haverá imposto a pagar, em montante igual à diferença. Se, no mesmo período, a soma dos créditos fiscais por entradas for superior à soma dos débitos fiscais por saídas, efetua-se novamente a compensação, até o montante dos débitos fiscais. Não haverá imposto a pagar, mas um saldo de crédito fiscal, após realizada a compensação. Este saldo de crédito fiscal não está perdido para o contribuinte. Ele fica transferido, na contabilidade do contribuinte, para o período seguinte de apuração. Esta transferência de crédito fiscal de um período de apuração para outro período de apuração tem dimensão apenas temporal, e visa ensejar ao contribuinte que compense no período seguinte o crédito fiscal que deixou de compensar no período anterior. Representa uma mera dilação na utilização, dentro da mesma empresa, do crédito fiscal, sem que ocorra mudança na titularidade do direito, que permanece com o mesmo estabelecimento contribuinte. Nesse período seguinte de apuração (mês), o saldo credor de crédito fiscal transferido do período anterior será somado aos novos créditos fiscais por entradas de mercadorias realizadas no período e será utilizado para compensar os débitos fiscais por saídas de mercadorias nesse período. Numa empresa, a contabilização dos créditos por entradas, dos débitos por saídas e a respectiva compensação constitui a conta corrente fiscal. O **método global**, de apuração por períodos do valor do imposto a pagar e da conexa transferência para o período subsequente do eventual saldo credor apurado, **integram a sistemática do tributo**, como instrumento concretizador da não-cumulatividade, **desde a instituição do ICM**. Veja-se o parágrafo 1º do artigo 54 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominado depois Código Tributário Nacional. Sempre foi assim, mesmo antes e também depois do Convênio AE-7/71. O método global e o eventual saldo credor, que se transfere, na conta-

bilidade do contribuinte, para o período ou períodos seguintes de apuração, absolutamente nenhuma relação tem com o **crédito fiscal não-anulado em razão da exportação de determinados produtos industrializados** (relacionados em lista), somente este passível de transferência (**alienação**) a terceiros, como parte do pagamento na aquisição de insumos, como se fosse moeda. Identificar tão distintas realidades — como pretendem as embargantes — não apenas agride, mas anarquiza o sistema constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Só pode incorrer em tão grave equívoco quem se recusa a ler, por inteiro, o texto das respectivas normas legisladas, e quem prefere afastar as noções de estorno (anulação) e não-estorno (não-anulação) de crédito fiscal. E contudo, elas aí estão!

14. Quando se examina o sistema de créditos e débitos correspondentes às entradas e saídas (reveladoras de uma operação de circulação de mercadorias) se contempla o **aspecto dinâmico** do método global de apuração do imposto a pagar. Mas esta apreciação também pode ser feita desde um **enfoque estático** da conta corrente fiscal, com vistas a surpreender quais são os créditos fiscais destinados a evitar a cumulatividade **existentes na contabilidade fiscal** de uma empresa. Da compreensão do sistema não será difícil concluir que os créditos fiscais existentes na contabilidade do contribuinte são aqueles correspondentes às mercadorias que **entraram** e que **ainda não saíram**. Lógico. Sabe-se que todo crédito fiscal corresponde a uma entrada de mercadoria anteriormente tributada. Se essa mercadoria já saiu, e se saiu por preço não inferior ao da entrada (o que se presume, na atividade industrial e comercial lucrativa), consumiu crédito fiscal em montante pelo menos idêntico ao da entrada. São duas alternativas. Se a saída foi tributada, gerou débito fiscal, e o crédito fiscal correspondente realizou sua função, sendo consumido na compensação. Extinguiu-se pelo uso. Por outro lado, se a saída não foi tributada (na isenção, por exemplo), o crédito fiscal relativo às operações anteriores deve ser anulado. Por isso, pode-se afirmar que o crédito fiscal existente na contabilidade de uma empresa é basicamente aquele correspondente às mercadorias que entraram e não saíram. Essas mercadorias que entraram e que (ainda) não saíram constituem pura e simplesmente o **estoque de mercadorias** do estabelecimento. E os créditos fiscais respectivos são os créditos fiscais relativos aos estoques. Em resumo: mer-

cadoria em estoque é a totalidade da mercadoria existente nos depósitos da empresa. É tudo. Créditos fiscais relativos aos estoques também são a totalidade dos créditos fiscais por entradas existentes na empresa (com exclusão apenas dos créditos por benefícios fiscais).

15. A circunstância de que os créditos fiscais relativos aos estoques correspondem à totalidade dos créditos fiscais (não originados de benefícios fiscais) existentes no estabelecimento do contribuinte exige uma meditação. Quando os contribuintes postulam, como na presente ação, que, na transferência de créditos fiscais a estabelecimentos de terceiros, sejam incluídos os créditos fiscais correspondentes às mercadorias em estoque, pode parecer que formulam um modesto pleito. A ampliação, pouco significativa, de um benefício fiscal. A eliminação de uma restrição. Contudo, como se viu, o contribuinte **quer tudo, postula o máximo, pleiteia a transferência da totalidade dos créditos**, seja os correspondentes ao benefício fiscal da não-anulação (o que é devido), seja os créditos por entrada e destinados a excluir a cumulatividade (o que não é devido). Os ganhos podem ser computados em milhões de dólares para os contribuintes... E em milhões de dólares em prejuízos para o Estado.

16. É através do sistema de compensação do imposto pago anteriormente que se realiza o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Por isso se diz que o imposto anteriormente pago, contabilmente denominado crédito fiscal, é o direito de abater (compensar).

17. Enquanto direito de abater (compensar), com vistas a evitar a cumulatividade, o crédito fiscal perde sua razão de ser quando a operação subsequente não é tributada. Se a operação subsequente não é tributada, não haverá possibilidade de abater (compensar), porque não haverá do que abater (compensar). Por isso, o crédito fiscal, restando sem sentido, deve ser anulado. É a determinação expressa da Constituição Federal (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letras a e b, e a jurisprudência tranqüila do Colendo Supremo Tribunal Federal, desde a vigência da Constituição de 1967 (RE 73.741-RS. 2ª Turma. Xavier de Albuquerque. RTJ 75/760; RE 83.661-RS. 1ª Turma. Rodrigues Alkmin. RTJ 81/572. RE 83.888-SP. 1ª Turma. Bilac Pinto. RTJ 78/628). Entre as hipóteses de não incidência, que acarretam a

anulação do crédito fiscal, estão a imunidade, a integração da mercadoria no ativo fixo do estabelecimento, o perecimento da mercadoria, entre outras (Lei n.º 8.820, de 27 de janeiro de 1989, artigo 28, inciso II, letras a e c).

18. Este crédito fiscal se caracteriza claramente como um direito condicional, transitório, contingente, resolúvel. Ele nasceu para compensar. A finalidade da sua existência é ser utilizado na compensação, gastando-se até o exaurimento total, na medida em que compensa. Essa compensação, é claro, não precisa ser integral no primeiro período de apuração da quantia de imposto a pagar. Se a quantidade de créditos é muito grande (o que é frequente nos períodos iniciais de atividade de uma empresa, quando ela adquire mais do que vende), os créditos não serão exauridos pela compensação já no primeiro período de apuração. Os saldos credores se transferem para o período ou períodos subsequentes de apuração, sempre dentro da contabilidade fiscal da empresa. E se — finalmente — o crédito fiscal perde sua aptidão para compensar, sua vocação única, o que se dá nas saídas ao abrigo de isenção ou não-incidência, ele deve ser estornado (anulado).

19. A necessidade de anulação do crédito fiscal, nas hipóteses de saída com isenção ou não-incidência, está a demonstrar que, enquanto não ocorrer a saída da mercadoria, o crédito fiscal respectivo há de permanecer, necessariamente, na contabilidade fiscal da empresa. Ele tem que ficar para que possa — se for o caso — ser anulado. Com efeito, se o crédito relativo às operações anteriores pode ser anulado desde que ocorra saída com isenção ou não-incidência — e a Constituição é expressa a esse respeito — segue que, antes de verificada essa condição, não cabe cogitar de sua transferência a terceiros. Caso se permita a transferência do crédito fiscal antes de ocorrida a saída (que pode ser isenta ou com não-incidência) se estará simplesmente a impedir a aplicação da regra constitucional. Pois de nada adianta a Constituição estatuir como regra básica do tributo a anulação do crédito fiscal na saída com isenção ou não-incidência se, nessa ocasião, o crédito fiscal já não existe, transferido que foi a terceiros.

20. Sob este prisma, a postulação das embargantes, no sentido da transferência a terceiros, independente da saída das mercadorias, dos créditos fiscais correspondentes às mercadorias existentes em estoque, é flagrantemente violadora da regra constante da parte final do inciso II do artigo 23 da Constituição Federal

de 1969, e da letra b do inciso II do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição de 1988.

III — O CRÉDITO FISCAL BENEFÍCIO

21. A par do crédito fiscal **excludente da cumulatividade**, nosso sistema tributário conhece o crédito fiscal **benefício**. Sua feição jurídica é muito diferente do crédito fiscal excludente da cumulatividade.

22. Com efeito. O crédito fiscal benefício é um **prêmio** concedido ao contribuinte, como recompensa à sua adesão aos projetos da política econômica nacional. Ele difere radicalmente do crédito fiscal excludente da cumulatividade. Em primeiro lugar, porque o crédito fiscal **benefício** não tem por objetivo impedir que o ICMS seja cumulativo. Em segundo lugar, porque não é condicional ou contingente, como o crédito fiscal excludente da cumulatividade. Em verdade, um exame mais profundo revela que o crédito fiscal benefício se caracteriza pela superação da dimensão da cumulatividade: é um crédito fiscal que alcançou vida própria, ao tornar-se independente das mercadorias, cuja tributação anterior lhe deu origem.

23. Em matéria de ICMS, que fundamento jurídico tem o crédito fiscal benefício? O crédito fiscal benefício tem origem na faculdade prevista, **antes**, na parte final do inciso II do artigo 23 da Constituição Federal de 1969, e, **agora**, no inciso II do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, através da expressão “**salvo determinação em contrário da legislação**”, e como exceção à regra geral que prescreve a anulação do crédito fiscal relativo às operações anteriores sempre que se verifique hipótese de isenção ou não incidência.

24. Com efeito, as operações que destinem ao exterior produtos industrializados são imunes à incidência do ICMS (Constituição Federal de 1969, artigo 23, parágrafo 7º; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, letra a). Como **imune é a saída para o exterior** (não as operações internas anteriores) e **relativa a produtos industrializados** (não abrangendo matéria-prima nem produtos semi-elaborados), quaisquer créditos fiscais relativos às operações anteriores devem ser anulados (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II,

letra b). O sentido da imunidade é a exclusão do imposto na saída para o exterior de produtos industrializados. Certo: os exportadores sempre procuraram ampliar o benefício fiscal, para dar-lhe uma abrangência total e incondicionada, compreendendo de um lado não apenas as operações de exportação, mas as saídas anteriores; de outro, não apenas os produtos industrializados, mas também suas matérias-primas. Mas o Supremo Tribunal Federal, na interpretação da Constituição e das leis, rejeitou sua postulação (RE 78.357-RS. 2.^a Turma. Antônio Neder. Juriscível do STF 59/92; RE 79.448-RS. 2.^a Turma. Thompson Flores. RTJ 74/240; RE 79.451-RS. 2.^a Turma. Rodrigues Alkmin. Juriscível do STF 41/129; RE 85.175-SP. 1.^a Turma. Bilac Pinto. RTJ 80/656). Este é o primeiro grau de benefício.

25. Contudo, através da expressão “salvo determinação em contrário da legislação”, a Constituição Federal ensejou ao legislador complementar ir além da imunidade, prevendo um segundo grau de benefício. Isto é, foi permitido, como exceção, se previsse a não anulação do crédito fiscal relativo às operações anteriores, ou seja, que o exportador de produtos industrializados pudesse manter (não anular) o crédito fiscal relativo às operações anteriores, a despeito da saída imune. À época da inicial, este benefício estava previsto no parágrafo 3.^o do artigo 3.^o do Decreto-Lei n.^o 406, de 31 de dezembro de 1968; e nos parágrafos 3.^o e 4.^o do artigo 33 do Decreto 29.809, de 18 de setembro de 1980. Atualmente, no Convênio ICMS 66/92, na Lei n.^o 8.820, de 27 de janeiro de 1989, artigo 28, parágrafo único, inciso I e no Decreto n.^o 33.178, de 2 de maio de 1989, artigo 34, parágrafo 5.^o, letra b.

26. É óbvio que este crédito fiscal não anulado já não é apenas o direito de abater, na operação subsequente, o imposto pago nas operações anteriores. A operação subsequente já ocorreu... E não foi tributada!!!

27. Em realidade, a manutenção do crédito fiscal, que pela regra geral do sistema deveria ter sido anulado, gera o fenômeno da mudança de sua natureza jurídica. Com efeito. Antes o contribuinte tinha em seu depósito produtos industrializados, e em sua contabilidade os créditos fiscais correspondentes. Agora, os produtos industrializados saem do depósito do contribuinte com destino ao exterior, em operação imune (por se tratar de produto industrializado exportado), mas o crédito fiscal fica (não é anula-

do). O depósito se esvazia de mercadorias, mas a contabilidade permanece cheia de créditos fiscais. Para quê? Para excluir a cumulatividade não mais o será, pois a operação subsequente já ocorreu. O que efetivamente acontece com este crédito fiscal? O crédito fiscal, que a regra do artigo 155, parágrafo 2.^o, inciso II, letra b da Constituição Federal tinha condenado à morte, por anulação, mantém-se vivo e adquire outra feição. Perde a função de excluir a cumulatividade. Corta a sua relação de dependência com um conjunto de mercadorias (a que o prendia o princípio da não-cumulatividade). Torna-se um benefício fiscal, dotado das virtualidades que a lei, em cada caso, lhe reconhecer.

28. Em que momento opera-se esta transformação qualitativa, na qual o crédito fiscal propriamente dito, excludente da cumulatividade, livra-se da sua destinação constitucional de evitar a cumulatividade, através do abatimento (compensação) do imposto pago nas operações anteriores, e adquire a feição de crédito fiscal benefício?

29. Não é difícil responder: o crédito fiscal benefício surge com a não-anulação do crédito fiscal excludente da cumulatividade. O crédito fiscal benefício é o próprio crédito fiscal excludente da cumulatividade após a não-anulação. Em outras palavras, o crédito fiscal benefício só surge após o implemento de dois pressupostos: a) uma operação imune (saída para o exterior de produtos industrializados); b) seguida do benefício adicional da manutenção dos créditos fiscais (não anulação).

30. Em linguagem figurada, poderíamos dizer que, com a não-anulação, o crédito fiscal se transfigura. Tendo vencido a morte, à qual fora condenado, ele se liberta das mercadorias, de cuja tributação anterior ele representava a quantificação, pois elas saíram e ele ficou. E exatamente por isso, porque as mercadorias já saíram (exportadas) e o crédito fiscal ficou, ele também se liberta da missão constitucional de excluir a cumulatividade. Não anulado, o crédito fiscal adquire uma vida nova. Torna-se simplesmente um benefício fiscal. Um prêmio. Que pode propiciar ao contribuinte pagar menos imposto em outras operações de saída. Que pode valer como moeda, para pagar impostos. Que pode valer como moeda, para pagar parte da aquisição de insumos a terceiros. A tudo isto pode se prestar o crédito fiscal benefício, o crédito fiscal não anulado.

31 Somente a partir desta etapa, isto é, após a não-anulação do crédito fiscal, surge o benefício ora em discussão. Por uma razão muito simples: os industriais que atuam exclusiva (ou preponderantemente) no mercado internacional deram-se conta de que de nada lhes adiantava manter (não anular) tais créditos fiscais, **se não havia como utilizá-los**. Realizando exclusivamente (ou preponderantemente) operações imunes, a mera manutenção de créditos fiscais relativos às entradas de matérias-primas dos produtos industrializados exportados era um **benefício sem expressão econômica**, na medida em que tais créditos iriam se acumular indefinitivamente em sua contabilidade, sem possibilidade de uso. Exatamente para dar expressão econômica à manutenção (não anulação) do crédito fiscal aos contribuintes que se dedicam exclusiva ou preponderantemente à exportação de produtos industrializados foi criada, entre outros benefícios, a possibilidade de **transferência a terceiros, dos créditos fiscais acumulados em decorrência da dispensa da anulação**, como pagamento parcial de insumos. O benefício foi criado exatamente para isso: **para dar sentido econômico aos créditos fiscais mantidos (não anulados), após uma operação de exportação de produtos industrializados, ao abrigo de imunidade**. Esta constatação permite concluir, com toda a segurança que o método teleológico de interpretação autoriza, que os créditos fiscais que podem ser transferidos a terceiros são exclusivamente aqueles que **não foram anulados**, isto é, que, correspondendo à matéria-prima de produtos industrializados exportados, **deveriam ter sido anulados** (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final, na redação da Emenda Constitucional nº 23, de 1.º de dezembro de 1983; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2.º, inciso II, letra b), **mas não o foram** pela concessão de benefício fiscal (Constituição Federal, artigo 155, parágrafo 2.º, inciso II e inciso XII, letra f). É relevante assinalar que as autoras embargantes são confessas a respeito, pois admitem essa origem para o benefício. Releia-se a inicial, fl. 3, itens 2, 3 e 4.

32. Mas não é apenas a **interpretação sistemática**, nem é apenas a **interpretação teleológica** que conduzem a tanto. O **próprio texto, em sua literalidade**, sempre o determinou. Desde sempre, desde o início do benefício, originalmente previsto no Convênio AE-7/71, e que na data do ajuizamento da ação vigia com a redação do Convênio ICM 5/87. A quem não o leia de

relance, o Convênio AE-7/71 não oferece qualquer enigma. Lidas e compreendidas as suas treze cláusulas, percebe-se, com toda a clareza que um texto legal deve ter, que as cláusulas 2.ª a 12.ª disciplinam alternativas específicas de utilização do benefício fiscal e de formalidade que o cercam, para garantia do Erário, enquanto as cláusulas 1.ª e 13.ª (1.ª e última) estabelecem normas gerais, a primeira permanente, a última uma norma provisória, aplicáveis genericamente a todas as hipóteses de utilização do benefício previstas no Convênio. Com efeito, resta claro do exame detido do texto que a cláusula 1.ª do Convênio se encarregou de definir quais os créditos passíveis de serem transferidos, e que portanto são o objeto das normas do Convênio. E também é claro que a cláusula 13.ª estabeleceu uma norma transitória, destinada a permitir a implantação progressiva do benefício fiscal, de modo a evitar perdas abruptas e sensíveis de receita. Com efeito, realmente é assim. Basta ver a redação da Cláusula 1.ª: **não são quaisquer créditos que podem ser transferidos. São créditos com uma origem pré-determinada pelo Convênio**. Realmente, são passíveis de transferência apenas os créditos eventualmente acumulados em razão de uma das seguintes ocorrências, expressamente mencionadas: a) entrada de matérias-primas, material secundário e material de embalagem empregados na fabricação de produtos que sejam objeto de saída para o exterior, excetuando-se aqueles cujo estorno é obrigatório na conformidade do disposto no parágrafo 3.º do artigo 3.º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; b) entrada de matérias-primas, material secundário e material de embalagem empregados na fabricação de máquinas, aparelhos e equipamentos cujas saídas estejam isentas do ICM, nos termos do Convênio AE-5/71; c) incentivo à exportação, previsto no Convênio celebrado em 15 de janeiro de 1970.

33. Ou seja, quaisquer outros créditos fiscais, que não aqueles acumulados em razão das ocorrências previstas no texto, obviamente não podem ser transferidos. Afastadas as hipóteses das letras b e c, evidentemente impertinentes, resta a hipótese da letra a, que é a de que se cogita. Mas ela exige, sem sombra de dúvida, que se trate de créditos acumulados em consequência da entrada de matérias-primas, material secundário e de embalagem **empregados na fabricação de produtos**; mais: que estes produtos sejam **objeto de saída para o exterior**; e ainda mais: **man-**

da excluir aqueles créditos cujo estorno é obrigatório. A regra jurídica não poderia elucidar mais. Em primeiro lugar, mencionou a expressão créditos acumulados, e sabemos que os créditos fiscais destinados a excluir a cumulatividade (como os créditos relativos a estoques) não se acumulam na contabilidade fiscal: ou bem se gastam ao abater (compensar) os débitos fiscais por saída, ou são anulados (estornados). Só o crédito fiscal benefício se acumula. Depois, a cláusula 1.^a do Convênio AE-7/71 seguiu mais um passo na delimitação, ao referir que passíveis de transferência são os créditos acumulados em virtude da entrada de matérias-primas empregadas na fabricação de produtos. Logo, imprescindível que a matéria-prima já tenha sido transformada. Só posso dizer que uma matéria-prima foi empregada na fabricação de um produto... diante do produto pronto. Não basta a expectativa. Não basta que a matéria-prima esteja destinada a compor um produto industrializado. Ela há de ter sido empregada na fabricação de produtos. Não é só: o Convênio exige que tais produtos sejam objeto de saídas para o exterior. Saídas para o exterior. Transposição das fronteiras nacionais. Internacionalização da mercadoria. Algo muito concreto. Não o intuito. Jamais o propósito. Mas fato concreto da exportação. Saída efetiva. Porque é a saída que compõe o fato gerador do tributo, ela é que exterioriza uma operação de circulação de mercadoria que, tendo por objeto um produto industrializado, se faz imune. Antes da saída, não poderia haver imunidade. E não havendo imunidade, não poderia haver anulação, nem não-anulação. E muito menos transferência... Finalmente, como a colocar uma pá de cal em qualquer discussão a respeito, o legislador excluiu a possibilidade da transferência dos créditos relativos a matérias-primas de produtos industrializados cujo estorno (anulação) é obrigatório, segundo o parágrafo 3.^o do artigo 3.^o do Decreto-Lei n.^o 406, de 31 de dezembro de 1968. Com efeito, na época do Convênio AE-7/71 e do ajuizamento da ação, era vigente o parágrafo 3.^o do artigo 3.^o do Decreto-Lei 406, de 31 de dezembro de 1968, que mantinha (não anulava) o crédito fiscal relativo às matérias-primas de produto industrializado quando elas representavam menos de 50% do valor do produto resultante da industrialização, ou seja, quando o produto era altamente industrializado. Determinava o estorno (anulação) do crédito fiscal relativo às matérias-primas quando representavam mais de 50% do

valor do produto industrializado resultante, ou seja, quando havia reduzida industrialização. Ora, somente após a industrialização, e somente após a exportação do produto industrializado é que se poderá proceder ao estorno (anulação) ou manutenção (não-anulação) do crédito fiscal relativo às matérias-primas respectivas. A norma do Convênio para que se exclua da transferência os créditos cujo estorno é obrigatório nos remete novamente a uma operação de exportação de produto industrializado, devidamente consumada pela saída, porque somente depois dela se sabe se o estorno (anulação) é cabível ou não.

34. A definição do objeto do convênio, feita na cláusula 1.^a, com a enunciação de quais os créditos acumulados que podem ser transferidos, é regra geral que se aplica a todas as cláusulas, e nelas está implícita. Tanto é assim, que nas demais cláusulas do Convênio não existe a mínima preocupação em dar qualquer outra definição de quais sejam os créditos acumulados transferíveis. Porque só são transferíveis aqueles referidos na cláusula 1.^a. Assim, como na cláusula primeira se prevê a hipótese de transferência de crédito para outro estabelecimento da mesma empresa; na cláusula segunda — que é a de que se trata — se prevê a hipótese de transferência para estabelecimento de terceiro, fornecedor de matéria-prima, a título de pagamento da respectiva aquisição, até o limite de 40%; na cláusula quarta se prevê a hipótese de transferência do crédito para empresa interdependente; na cláusula sexta se prevê a restituição do crédito até em dinheiro; na cláusula sétima se prevê a utilização do crédito fiscal até para pagamento de créditos tributários. Mas, em qualquer caso, transferíveis são os créditos devidamente elencados na cláusula 1.^a. E ali não se encontram os créditos relativos a matérias-primas ou produtos industrializados que se encontram nos estoques da empresa.

35. Prossiga-se no exame do direito positivo. Veja-se a legislação local. A Lei n.^o 6.485, de 20 de dezembro de 1972, no artigo 23 internaliza o Convênio AE-7/71, e remete sua disciplina ao regulamento. E este vai nos surpreender com uma redação que não poderia ser mais taxativa, nem mais clara. Que se harmoniza com a norma convencional básica e se mostra fiel ao intuito de dar significado econômico aos créditos fiscais ressalvados da regra geral do estorno. Leia-se o Decreto n.^o 29.809, de 18 de setembro de 1980, no seu artigo 37. Ali se permite textualmente

que os estabelecimentos industriais transfiram para terceiros "os excedentes de créditos acumulados em virtude do (...) não estorno do imposto que incidiu sobre as matérias-primas empregadas na fabricação, neste estado, de produtos industrializados, que tiverem a destinação prevista nos incisos IV do art. 2º (...)." Não fica margem para dúvida, nem para subterfúgio. Objeto possível da transferência não são quaisquer excedentes de créditos acumulados. São determinados créditos, são créditos com uma certa origem, esclarecida a partir da partícula "em virtude de". Somente os créditos acumulados em virtude do não estorno (não anulação), do imposto que incidiu sobre matérias-primas empregadas na fabricação, neste Estado, de produtos que tiverem a destinação prevista no inciso IV do art. 5º (saída de produtos industrializados para o exterior). Dentre o universo dos créditos, são transferíveis os excedentes de créditos acumulados em virtude do não estorno (não-anulação). E mais uma vez se observa: tanto o estorno (anulação), como o não estorno (não-anulação) são necessariamente posteriores à saída do produto industrializado para o exterior. Assim como somente se pode cobrar imposto quando da ocorrência do fato gerador (saída, reveladora da circulação econômica), somente se pode dispensar imposto quando da ocorrência do fato gerador negativo (isenção, não incidência). Ocorrida a saída imune (com não incidência) de produto industrializado, ou se estorna o crédito fiscal respectivo, ou o crédito fiscal é mantido, (não anulado), apesar da saída imune. A estes créditos fiscais mantidos (não anulados), após operação imune, se destina a regra da transferência, desde que relativos a matérias-primas. **Data venia**, não há outra leitura possível!

36. A cláusula 13ª também é de aplicação genérica a todo o Convênio, mas é regra transitória, destinada a evitar um impacto mais doloroso sobre o Erário. O Convênio AE-7/71 é datado de 5 de maio de 1971, e com o objetivo de introduzir o novo benefício fiscal sem produzir rombo na receita dos Estados, previu a **utilização dos créditos acumulados em virtude da não-anulação de forma progressiva**. Assim, quanto aos créditos transferíveis gerados a partir de 1º de maio de 1971, organizou uma escala crescente de utilização, determinando que no ano de 1971 o benefício fiscal atingiria 30% do crédito gerado no período (mês); no ano de 1972, o percentual do benefício passou

a atingir 40% do crédito gerado no período; no ano de 1973, 70% do crédito gerado no período; e, a partir de 1974, a totalidade do crédito fiscal não anulado gerado no período poderia nele ser transferida. É fácil de compreender: antes do Convênio AE-7/71, o crédito fiscal acumulado em virtude do não-estorno (não-anulação) simplesmente não tinha utilização (a não ser para compensar vendas tributadas). Implantando-se o benefício do Convênio, ensejou-se a nova opção de utilização, inicialmente em parte, e finalmente de forma integral. Ao mesmo tempo, como nos três primeiros anos de implantação o benefício era parcial (1971 = 30%; 1972 = 40%; 1973 = 70%), permitiu-se que estes créditos acumulados sem utilização naquelas épocas (70% em 1971; 60% em 1972; 30% em 1973) pudessem também ser utilizados a partir de 1972, na proporção de 30% do valor da transferência gerada e utilizado no próprio período. Em conclusão, a partir de 1974, a totalidade do crédito fiscal não-estornado (não-anulado) tornou-se passível de transferência, nos termos do Convênio. Portanto, embora nos momentos iniciais de implantação do benefício houvesse restrições quanto à sua utilização, desde 1974, e até hoje, elas não mais existem. Hoje, a totalidade (100% do crédito fiscal benefício não-anulado gerado no período) pode ser utilizado na transferência a estabelecimentos de terceiros, observado apenas o limite de 40% em cada aquisição de insumos (isto é, o exportador paga os insumos com 60% em dinheiro e 40% em crédito fiscal benefício (não-anulado). Claro, também se pode ler a letra d do inciso I da cláusula 13ª do Convênio AE 7/71 separada do seu contexto; isolada da sua intenção de dar sentido econômico aos créditos fiscais benefícios resultantes da não-anulação dos créditos fiscais por entradas de matérias-primas de produtos industrializados exportados; apartada da claríssima definição do objeto das transferências feita na cláusula 1ª. Essa leitura, segundo a qual ficaria autorizada a utilização, nas diversas modalidades do Convênio, da totalidade dos créditos de qualquer origem gerados no período, sem dúvida não seria a melhor. Para dizer o mínimo...

37. Vale esclarecer que o Convênio AE-7/71, de 5 de maio de 1971 (DOU de 04.06.71), alterado pelo Convênio ICM 05/87 (DOU 26.02.87), já não é vigente, por não ter sido confirmado nos termos previstos no parágrafo 3º do artigo 41 do ADCT da Consti-

tução Federal de 1988. A declaração respectiva consta do Convênio ICMS 60/90, e produziu efeitos a partir de 5 de outubro de 1990.

38. Disso resulta que o benefício fiscal da transferência de créditos fiscais a estabelecimentos de terceiros, independentemente da saída de mercadorias, tem agora apenas **suporte legal local**, a saber, o artigo 31 da Lei n.º 8.820, de 27 de janeiro de 1989, e o artigo 38 do Decreto n.º 33.178, de 2 de maio de 1989, com redação dada pelo artigo 3.º do Decreto 34.640, de 22.01.1993. A Instrução Normativa SAT n.º 005/92, de 7 de janeiro de 1992, assim como outrora a Circular n.º 01/81, de 8 de julho de 1981, mais não fazem do que transmitir instruções procedimentais a respeito do benefício, sem criar nenhum direito novo.

39. Ora, como a lei estadual tenha cometido ao regulamento a estipulação dos casos e condições em que seria permitida a transferência de crédito fiscal entre estabelecimentos situados neste Estado, o decreto regulamentar veio a dispor no sentido desde sempre aqui sustentado de que aos estabelecimentos industriais ficava facultada a transferência para estabelecimentos de terceiros, situados neste Estado, dos excedentes de créditos, **acumulados em virtude da não-anulação do imposto que incidiu sobre a matéria-prima, material secundário e material de embalagem empregados na fabricação, neste Estado, de produtos industrializados que tiverem a destinação prevista nos artigos 5.º, I (...).**

40. Se se tem presente o conteúdo e o significado da regra constitucional da anulação do crédito fiscal na saída isenta ou com não-incidência, e da exceção à regra constitucional consistente na não-anulação do crédito fiscal nas mesmas hipóteses de saída isenta ou com não-incidência, mostra-se fácil de determinar quais são os créditos passíveis de transferência para estabelecimentos de terceiros. São apenas e exclusivamente os **excedentes de créditos acumulados em virtude da não-anulação do imposto**. Apenas os créditos **não anulados**. Os créditos que **poderiam ter sido anulados, mas não o foram**. E créditos que **poderiam ter sido anulados, mas não foram anulados**, no caso são apenas aqueles correspondentes às matérias-primas de produtos industrializados **exportados ao abrigo de imunidade**. Porque **somente estes créditos poderiam ter sido anulados**, já que os correspondentes produtos industrializados saíram sem tributação. É curial que

os demais créditos fiscais, ou seja, os créditos fiscais relativos às mercadorias em estoque, não podem ser anulados, muito menos não anulados. Porque o contribuinte tem o **direito e o dever de mantê-los**, seja para, numa operação tributada, compensar o imposto devido, realizando o princípio da não-cumulatividade, seja para, após uma operação isenta ou com não-incidência, proceder a sua anulação.

IV — CONCLUSÃO

41. Como se vê, a boa inteligência do benefício fiscal, que não pode ser interpretado com desconsideração de sua origem e finalidade, nem com agressão aos expressos termos de sua positividade legal, conduz pura e simplesmente à confirmação da decisão embargada.

42. A transferência de créditos fiscais a estabelecimentos de terceiros, ou seja, a transferência de crédito com mudança de titularidade, independentemente da saída da mercadoria, constitui benefício fiscal necessariamente vinculado aos créditos fiscais acumulados em virtude da **não-anulação**, como exceção à **regra geral da anulação dos créditos fiscais nas saídas com imunidade**. Em face disso; essa transferência jamais poderá abranger créditos fiscais correspondentes a mercadorias estocadas no estabelecimento.

43. O objeto dessa transferência é exatamente o montante de créditos fiscais relativo a entrada de matéria-prima, material secundário e material de embalagem de produtos industrializados **exportados** para o exterior, e cuja **exportação** foi beneficiada com a não-anulação dos respectivos créditos fiscais.

44. Ao contrário do que sustentam as embargantes, essa transferência não compreende os créditos relativos às mercadorias ainda em estoque nos depósitos do estabelecimento, não somente porque a eles não se referem os textos positivadores do benefício fiscal, mas também porque sua transferência encontraria óbice maior no sistema do tributo e na regra constitucional do artigo 155, parágrafo 2.º, inciso II, letra b, da Constituição Federal.

O Estado tem a mais plena convicção de que a rejeitura dos textos que disciplinam o benefício fiscal em questão, à luz das razões ora expostas, conduzirá ao desacolhimento dos embargos.

Porto Alegre, 19 de maio de 1993.

JORGE ARTHUR MORSCH
PROCURADOR DO ESTADO

O DEPOIMENTO PESSOAL DO REPRESENTANTE LEGAL DO ESTADO

REQUERIMENTO

RAQUEL CAMPANI SCHMIEDEL
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.
Professora de Direito Civil na UNISINOS

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO, DA 4.^a VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

PROCESSO Nº 01191057411

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua procuradora, nos autos da Ação de Reparação de Danos, que lhe move LAERCIO JOSÉ COELHO MATTANA, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência dizer e requerer:

1. Pretende o autor obter o ressarcimento de sua moto furtada, no dia 11 de fevereiro de 1991, no estacionamento do Supermercado Zaffari-Higienópolis, em Porto Alegre, e, para tanto, promove a presente ação contra a Cia. Zaffari de Supermercados, o Estado do Rio Grande do Sul e o Delegado da Delegacia de Furtos desta Capital, sob o fundamento de que ao Estado compete garantir a segurança e a propriedade do cidadão.

2. Protesta o autor por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive o depoimento pessoal do representante legal do Estado, tendo sido intimado, para tanto, o Sr. Procurador-Geral do Estado.

3. A teor do disposto no artigo 342 do Código de Processo Civil, o depoimento pessoal tem por finalidade o interrogatório das partes "sobre os fatos da causa", ou seja, "as partes comparecem para elucidar os fatos da causa, com a finalidade de facilitar sua instrução probatória ou o julgamento da lide", como escreve MOACYR AMARAL DOS SANTOS, nos "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", Forense, vol. IV, pág. 86.

4. Segundo OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA “é o denominado interrogatório livre ou informal” (interrogatio ad clarificandum), por meio do qual se permite ao magistrado tenha acesso direto aos fatos da causa, sem a intermediação dos procuradores das partes, possibilitando-lhe, assim, o conhecimento da controvérsia em toda a sua pureza originária, sem os retoques dialéticos preparados pelos advogados (in “Curso de Processo Civil”, vol. I, pág. 297 — Ed. Fabris, Porto Alegre, 1990.)

“A finalidade deste meio de prova”, esclarece, ainda, o eminente processualista gaúcho, “é obter do depoente a **confissão**, ou seja, fazer com que a parte convocada para prestar depoimento confirme a veracidade dos fatos articulados por seu adversário e que lhe sejam desfavoráveis” (ob. cit. pág. 298).

5. Por outro lado, explica o mesmo autor, o depoimento pessoal é ato **personalíssimo**, razão pela qual não presta verdadeiro depoimento pessoal o representante legal do incapaz e os administradores em geral.

6. O mesmo acontece em relação às pessoas jurídicas de direito público, as quais não se admite sequer a possibilidade de confessar, nem tão pouco a aplicação de pena de confissão, prevista no § 2º, do artigo 343, do CPC.

Neste sentido escreve GELSON AMARO DE SOUZA, em texto publicado na revista da AJURIS, vol. 42, pág. 127/141, sob o título “Da Confissão”: “as pessoas jurídicas de direito público não podem confessar, pois seus direitos são indisponíveis, em face do interesse público que ostentam”

7. Considerando-se que a primeira finalidade do depoimento pessoal é o esclarecimento dos fatos da causa é de se supor que o Sr. Procurador-Geral do Estado pouco ou nada possa aclarar sobre o furto da moto do autor ou sobre o sistema de segurança daquela empresa, sendo, sob este aspecto desnecessário e até mesmo inútil o seu depoimento.

8. Tendo em vista, por outro lado, que o objetivo do depoimento pessoal é obter-se a confissão — tanto que o art. 343, § 2º, acima citado, prevê como sanção pelo não comparecimento da parte a pena de confissão — e considerando-se, finalmente, que as pessoas jurídicas de direito público não podem confessar, impõe-se concluir pela ociosidade da realização deste tipo de prova em juízo.

ANTE O EXPOSTO, requer se digne Vossa Excelência de dispensar a tomada de depoimento pessoal do representante legal do Estado, na audiência aprazada para o dia 8 de outubro do corrente ano, às 9 horas.

Pede deferimento.

Porto Alegre, 17 de setembro de 1991.

AÇÃO DECLARATÓRIA PARA ALTERAR REGISTRO ESCOLAR CONTESTAÇÃO

MARIA ALICE COSTA HOPMEISTER,
Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul,
Professora de Direito Civil na UFRGS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, por sua Procuradora, nos autos da Ação Declaratória intentada por (...) (...) vem apresentar CONTESTAÇÃO, dizendo e requerendo o que segue.

1 ILEGITIMIDADE PASSIVA

O Estado do Rio Grande do Sul, não apresenta legitimação para a causa. Não pode assumir a qualidade de réu pretendida pela autora.

Na lição de Liebman (citado por ALFREDO BUZAID em "A Ação Declaratória no Direito Brasileiro". São Paulo Saraiva, 1986, p. 259) "a legitimação de agir (legitimatío ad causam) consiste na titularidade da ação em sua pertinência subjetiva àquele que propõe a demanda e contra aquele que foi chamado a juízo; e depende da situação do sujeito quanto à relação jurídica litigiosa."

A obra acima citada reproduz o esclarecedor artigo 26 do Código de Processo Civil Português:

"1. O autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando **tem interesse direto em contradizer**. 2. O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação; o **interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa procedência advenha**" (grifei).

Tendo presente estes conceitos fundamentais, o contestante passará a explicitar porque não pode ser reputado réu no presente feito.

A autora (...) propõe ação declaratória contra o Estado do Rio Grande do Sul objetivando alteração em sua documentação escolar.

Diz que, não possuindo certidão de nascimento, freqüentou a escola com o nome da sua irmã (a qual possuía certidão), sendo esta doente mental.

Esta a sua versão.

Do ponto de vista da escola, eis os fatos:

Na Escola Estadual de 1.º Grau (...), há aluna, cuja documentação ora se anexa, de nome (...), filha de (...) e (...), nascida em 24 de março de 1971, em Bagé. Freqüenta a 7.ª série. É conhecida e identificada por seus professores de conformidade com a referida documentação, em suma pelo nome de (...).

A mãe da autora solicitou ao estabelecimento de ensino a alteração da sua documentação escolar, de (...) para (...), consoante certidão exibida no presente processo a fls. 5.

A Escola, através do seu Diretor (of. n.º 101/89) dirigiu consulta ao Dr. Juiz de Menores desta Capital, indagando da possibilidade de atender a solicitação materna. Foi-lhe respondido ser a Vara Competente a dos Registros Públicos, sendo o pedido possível em tese.

Por tal razão, a Escola aguarda pronunciamento judicial, o qual veio a ser provocado pela interessada em 22 de setembro de 1989.

O contestante não se opõe em tese à pretensão da autora. Nem poderia obstaculizar o prevalecimento da verdade. Enfatize-se, todavia, a perplexidade da Direção da Escola quando a mãe da aluna conhecida e matriculada sob o nome de (...) repentinamente apresenta uma segunda certidão de nascimento dizendo que sua filha chama-se na verdade (...).

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida.

Inobstante o fato jurídico do nascimento, a identificação da pessoa natural se dá pelo nome, o qual a individualiza.

É portanto pelo nome que a pessoa física se identifica e se individualiza socialmente.

A doutrina diferencia o **direito ao nome** e o **direito a um nome**. O primeiro é um direito genérico, manifestação do direito à identidade pessoal, o direito que tem alguém de se identificar através da designação personativa. O direito a um nome é o direito sobre certo e determinado nome, sobre aquele nome especial, definido através do registro civil. O direito ao nome nasce com a pessoa. O direito a um nome adquire-se com o assento regular no registro civil (R. LIMONGI FRANÇA, "Do Nome Civil das Pessoas Naturais", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 177). (Grifei).

Há aspectos privados e públicos no que respeita ao direito a um nome. Se o direito a um nome, significa direito ao uso deste nome, há, de outra parte para o titular deste direito o **dever** de usá-lo. Este dever liga-se ao interesse do Estado na correta identificação do cidadão.

LIMONGI FRANÇA (ob. cit. p. 183) adverte que "razões de interesse público exigem a fixidez do signo da identificação de cada um, sem o que, conforme já temos lembrado, se tornaria fácil aos indivíduos, furtarem-se ao cumprimento de obrigações para com o próximo e para com a sociedade."

Por tais razões, o registro de nascimento é instituição pública, destinada a identificar os cidadãos.

Os argumentos aqui expostos justificam a posição do Estado do Rio Grande do Sul.

O contestante não se opõe à postulação da autora, desde que fique demonstrado que a aluna a freqüentar a sua Escola é realmente (...) e não (...), como sempre se apresentou. A questão cinge-se, pois à identidade. Ao ente público interessa a fiel e correta identificação da sua cidadã.

2. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA

O art. 4.º do Código de Processo Civil delimita o objeto da ação declaratória:

- a) existência ou inexistência da relação jurídica;
- b) autenticidade ou falsidade de documento.

ALFREDO BUZAID (ob. cit. p. 253 e segs) ao abordar as condições de admissibilidade da ação declaratória, especificamente tratando da possibilidade jurídica, observa:

"O seu objeto é, pois, nos expressos termos da lei, a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, não de meros fatos, ainda que juridicamente relevantes"

E conclui:

"... há possibilidade jurídica, quando o pedido do autor se ajusta e se adapta ao objeto da ação declaratória; ou, invertendo a fórmula, o pedido é juridicamente impossível (Cód. Proc. Civ., art. 295, parágrafo único, III), quando não condiz com o objeto da ação declaratória."

"In casu", a pretensão formulada não se adequa ao objeto da ação declaratória, expresso no C.P.C.

A questão fundamental, embutida no pedido da autora diz respeito à sua identidade. Deseja ela prova que é (...) e não (...), como sempre viveu. Ou, ainda, almeja comprovar que quem frequentou a Escola foi (...) e não (...) (como consta da sua documentação).

Constata-se que a ação declaratória não é a via adequada, hábil a formalizar o objetivo da autora.

3. PROCEDIMENTO INADEQUADO

Por fim, o contestante entende que a petição inicial é de ser indeferida, face ao disposto no artigo 295, V do Código de Processo Civil.

O procedimento eleito pela autora não poderá conduzi-la ao escopo que persegue.

O Estado do Rio Grande do Sul não tem interesse em compor a relação processual. Esta pressupõe, necessariamente, a dualidade de partes — autor e réu. JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Manual de Direito Processual Civil", São Paulo, Saraiva, 1974, p. 7) define réu como aquele "que se opõe a que seu interesse acabe sobrepujado pelo autor."

O Estado propugna pela verdade dos fatos, pela correta e fiel identificação dos seus cidadãos. Não se opõe, em tese, ao que postula a requerente. Quer, isto sim, que a mesma seja identificada na escola e socialmente pelo seu nome real.

"O contraditório entre as partes", ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES (ob. cit. p. 80) "é traço exterior da jurisdição contenciosa". E esclarece: "no procedimento de jurisdição voluntária, o que pode surgir é uma controvérsia ou dissenso de opiniões, que não se confunde, como esclarece CARNELUTTI, com situação contenciosa ou lide".

Não há como estabelecer-se contraditório entre a autora e o Estado.

ISTO POSTO, requer o Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no artigo 267, incisos I e VI do C.P.C., a extinção do processo sem julgamento do mérito, com os consectários legais.

Protesta provar o alegado por todas as provas em Direito admissíveis.

Junta a seguinte documentação (cópias autenticadas):

Of. n.º 101/89 (consulta ao Dr. Juiz de Menores desta Capital); Histórico Escolar, Ficha de Transferência, Ficha Sócio-Econômica, Ficha do Aluno-Matricula de (...).

TERMOS EM QUE

PEDE E ESPERA DEFERIMENTO.

Porto Alegre, 22 de agosto de 1991.

SENTENÇA

2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública

Autora: (...)

Requerido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ação declaratória

Prolator: Augusto Otávio Stern

Data: 03.02.1993

Vistos os autos.

Trata-se de ação declaratória aforada por (.....), menor assistida por sua mãe (.....), contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Consta da inicial, modo resumido, que a mãe da autora foi casada com (.....) e desse relacionamento nasceu (.....). Em 1971 separou-se de seu marido e passou a viver em concubinato com, (.....), a resultando o nascimento da autora antes nominada. Em razão de (.....) ter problemas mentais e nunca ter frequentado a escola, a irmã utilizou, inclusive para fins escolares, a certidão de nascimento da autora. Em tomando conhecimento do fato a direção da escola há que se regularizar a situação de fato criada. Pretende a presente demanda que se declare para os fins de direito a verdadeira relação com a correção do nome da autora nos assentos escolares. Juntou documentos.

O feito foi recebido como pedido de justificação e, em razão de parecer de fl. 24 do Ministério Público, foi o mesmo transformado em pedido declaratório e determinada a remessa da ação a uma das Varas da Fazenda Pública. A inicial foi emendada.

Citado, ofereceu contestação o demandado. Suscitou preliminares de ilegitimidade passiva, impossibilidade jurídica do pedido e forma inadequada de ajuizamento da pretensão deduzida em juízo.

Foi determinada realização de diligências através de Assistente Social do Departamento Médico Judiciário, vindo aos autos o laudo de fls. 80/84. Sobre as conclusões somente houve manifestação do demandado. Exarou parecer o Ministério Público pelo acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

É o relatório, sucintamente exposto.

Passo a decidir.

1. A suma da pretensão reside em pedido de declaração de que a autora é aquela mencionada na inicial e não sua irmã, o que

se verificou pela utilização de certidão de nascimento de (.....) para fins escolares. Certo é que a petição inicial, posteriormente emendada, é insegura quanto à matéria de fato e redundou na necessidade de averiguação por Assistente Social do Departamento Médico Judiciário. As diligências efetuadas demonstraram, modo cabal e seguro, que os fatos articulados nunca se verificaram, ou seja, nunca existiu a pessoa com o nome de (.....), tratando-se de caso onde houve duplo registro com relação a uma mesma pessoa. Tanto assim o é que perante a 1ª Vara da Comarca de Bagé, documentos acostados ao laudo, corre ação para desconstituição de um desses registros.

2. A situação atingiu certa gravidade eis que o próprio laudo afirmou que a autora vem sofrendo problemas psicológicos relacionados com sua identidade, tudo em decorrência de atos confusos de sua mãe ao longo de vários anos de sua existência.

3. Posta a matéria nestes termos afirma-se da impossibilidade jurídica da pretensão deduzida em juízo, conforme detectado pelo Ministério Público em seu parecer de fl. 91 dos autos. É que o pedido não pode encontrar amparo declaratório em razão da ausência dos pressupostos fáticos apontados na petição inicial. Não se pode declarar algo que não existiu ou não existe no mundo jurídico.

DO EXPOSTO, com fundamento nas razões de fato e de direito antes deduzidas, deixo de acolher o pedido formulado por (.....) para, em consequência, JULGAR EXTINTO o processo por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Imponho à autora os ônus da sucumbência e fixo a verba honorária em 1 (um) salário mínimo, ficando dispensada do pagamento em razão de litigar ao abrigo da justiça gratuita.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 03 de fevereiro de 1993.

(a) AUGUSTO OTÁVIO STERN,

Juiz de Direito.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DE MIGRANTES

PETIÇÃO INICIAL

DÁRIA SUFFI

Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

“É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.” (Art. 5.º. VX, CR)

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de Direito Público, por sua Procuradora, vem, em presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 1.º, inciso IV, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** contra o **MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES**, com pretensão de liminar, por razões de fato e motivos de direito que passa a expor:

1. DOS FATOS MOTIVADORES DA DEMANDA

Conforme se constitui em circunstância pública e notória, o **MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES**, em ação que tem se acentuado ao longo dos últimos meses, adotou a prática de controle de migrantes, impedindo-os de entrarem na cidade ou expulsando-os.

Independentemente da fiscalização ostensiva exaustivamente noticiada pela imprensa escrita e falada, vê-se a infra-estrutura do município utilizada na expectativa de constituição de condomínio fechado, em um fenômeno que conduz à inimaginável discriminação, com violência ao direito fundamental de ir e vir.

Assim, em tal localidade, a condição de pobre passou a se constituir em obstáculo ao livre trânsito, impedida sua circulação em território que se supõe acessível a todos. Anote-se que, conforme detalhes divulgados pela própria Prefeitura, encontra-se montado todo um programa de repúdio aos migrantes, destacados servidores ao trabalho específico, com presença na rodoviária, vilas, inclusive com incitação da comunidade a aderir ao movimento, como é o caso de taxistas, tudo organizado para o afastamento do pessoal de baixa renda, conferida uma dimensão ao impasse que faz caracterizar a conduta da respectiva administração como arbitrária, atingindo limites insuportáveis, em uma seleção de indivíduos que sensibiliza os conceitos mais elementares de respeito à pessoa humana. Ninguém opta pela miséria; circunstâncias externas é que definem a perpetuidade da condição.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL não pode mais silenciar perante tamanha distorção dos princípios que orientam a Administração Pública, com flagrante desvirtuamento do município e sua instituição, atropelados os seus fins e destinatários de seus serviços.

Adiante-se, desde logo, que qualquer alegação de suposta proteção aos bens públicos ou defesa de áreas verdes, encobrirá, dada a prática que ultrapassou os limites suportáveis, em repressão generalizada, verdadeira afronta à integridade da pessoa humana.

2. DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Institui o art. 4º da Lei nº 7.347/85:

“Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

I — ... omissis...

IV — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

Na medida em que, como respaldo à admissibilidade da ação ora proposta, se suscitam os ditos interesses difusos, importante registrar que, efetivamente, por ocasião de sua promulgação, o campo de incidência da Lei nº 7.347/85 era bem mais estrito, restrição esta que se viu sedimentada no veto presidencial ao texto original do referido art. 4º, logrando êxito na supressão do inciso que, justamente, regulava a particularidade de outros daqueles interesses.

Naquela oportunidade, apresentava resistência o Chefe do Executivo àquela inclusão, alegando a “insegurança jurídica” que decorreria da “amplíssima e imprecisa abrangência da expressão qualquer outro interesse difuso” (cit. por Hugo Nigro Mazzilli, in “Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, Ed. 1993. Editora RT, pág. 69).

No entanto, a subtração à sociedade de instrumento tão importante para defesa de seus interesses se revelou temporária, e, pressionado o constituinte por uma realidade que determinava a ampliação da hipótese, acabou por instituir a figura do interesse difuso, resultando na sua inserção, como se apresentava inevitável, no próprio texto da Lei nº 7.347, acrescentado pela Lei nº 8.078/90, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, superada a divergência, hoje o que se constata é a permanente ampliação do campo de tutela de tais interesses, fato em legislações que se sucedem, permanentemente inovando no conteúdo, tudo a demonstrar riqueza na potencialidade de todo e qualquer direito que venha a ser lesado.

No impasse sob exame, o que se enfrenta são interesses que, comuns a toda uma categoria de pessoas — os pobres e miseráveis — além de atingir, reflexamente, qualquer consciência política, são de difícil precisão, alcançando um grupo indeterminado de indivíduos, impossível, mesmo, a sua determinação, inclusive face, em persistindo a prática, ao crescente número de titulares dispersos na coletividade.

Desta forma, quando, por ocasião dos artigos 110 e seguintes da Lei nº 8.078/90, permitiu-se a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por meio da ação civil pública, restou consolidada a inexistência do sistema de taxatividade para o resguardo da particularidade, com um vasto leque de opções que só a prática irá identificar.

Observa-se que o interesse público envolve a tutela do bem-estar social. Como assevera o doutrinador antes citado, o interesse público se expressa em conceito que alcança os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, os interesses coletivos, os difusos, os transindividuais, etc. Assim, se confundem com o interesse público os mais autênticos interesses difusos, constituindo-se, em consequência, em sentido lato, em públicos todos os interesses que, mesmo reflexamente, atinjam a sociedade como um todo.

Com sua usual oportunidade, Hugo Mazzilli esclarece que até o interesse individual, se indisponível, está inserido na noção mais ampla que é a do interesse público.

Prescreve o art. 5º da Constituição Federal:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I — ... omissis...

XV — é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.”

CELSO RIBEIRO BASTOS, in “Comentários à Constituição Federal do Brasil”, Ed. Saraiva, 1989, tece importantes considerações ao dispositivo acima:

“É pela locomoção que o homem externa um dos aspectos fundamentais da sua liberdade física. Circular consiste em deslocar-se de um ponto a outro. Em sentido amplo, contudo, deve incluir o próprio direito de permanecer.”

Assinala o jurista que o direito de circular encontra como limitação a própria manifestação do direito, restrições estas que, como se depreende, serão muito raras, como se constituem as hipóteses da restrição física da liberdade ou mesmo implantação do estado de defesa.

Por outro lado, delimita que o direito constitucional de livremente circular não impede que os poderes públicos disciplinem a forma pela qual há de se dar esta circulação, chamando atenção para ponto crucial quando ressalta que aquela normatização, fundada em um poder de polícia que não se recusa à lei e à administração, não pode, contudo, ir ao ponto de cercear o próprio direito de locomoção:

“Embutido neste está ainda o próprio direito de fixar residência sem pedido de autorização. É uma manifestação importante da liberdade vigente em um Estado de direito. Os regimes autoritários procuram inibir esta circulação exigindo passaporte, inclusive para movimentação interna do cidadão.”

O interesse que aqui se suscita, que tem a ver com o interesse da Administração Pública (quando na sua regular expressão)

de assegurar a estabilidade das relações, nas suas mais diversas manifestações em meio ao grupo social, é a exteriorização de um PODER QUE EMANA DO POVO (art. 1º parágrafo único, CR) caracterizando-se por tamanha prioridade que se faz explícito nas diversas Constituições:

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, de 1824, art. 6º, “Qualquer pessoa pode conservar-se ou sair do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os regulamentos policiais e salvo o prejuízo de terceiro.”

CONSTITUIÇÃO DE 1891, art. 72, parágrafo 10: “Em tempo de paz, qualquer pessoa pode penetrar no território nacional, ou dele sair, com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.” Revisão Constitucional de 1925-1926, art. 72, parágrafo 10: Em tempo de paz, qualquer pessoa pode entrar no território nacional, ou dele sair, com a sua fortuna e seus bens.”

CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 113, 14: “Em tempo de paz, salvas as exigências de passaportes, quanto à entrada de passageiros, e as restrições da lei, qualquer pessoa pode entrar no território nacional, nele fixar residência ou dele sair.”

CONSTITUIÇÃO DE 1937, art. 122, 2: “Todos os brasileiros gozam de direito de circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer de seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente sua atividade.”

CONSTITUIÇÃO DE 1946, art. 142: “Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá com os seus bens entrar no território nacional, nele permanecer ou dele sair respeitados os preceitos da lei.”

EC nº 1, de 1969, art. 153, parágrafo 26: “Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei.”

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, in “Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Ed. Forense universitária, 1988, refere:

“A locomoção apresenta quatro aspectos: um neutro, o direito de permanecer; os três positivos, o direito

de deslocamento, a pé, ou por veículos dentro do território nacional, o de sair do território nacional e o de entrar no território (*ius manendi, eundi, tranendi, ambulandi, ultro citroque*).

No atual contexto, o homem tem direito à vida, à dignidade humana, à segurança, à liberdade de manifestação de pensamento, à liberdade de consciência, de crença, ao exercício do culto religioso, à associação, à reunião, ao ir e vir."

E conclui:

"PERMANECER, RESIDINDO OU NÃO, ENTRAR OU SAIR DO TERRITÓRIO NACIONAL, CIRCULAR DE NORTE A SUL, DE LESTE A OESTE, ENFIM, PRATICAR O LIVRE DIREITO OU LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO, EIS O QUE ASSEGURA ESTE ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO."

Enfrenta, assim, esta ação, na medida dos destinatários da proibição de entrada e expulsão consumadas, levadas a efeito pela Prefeitura ré, verdadeiro ato discriminatório, atentatório à dignidade humana, e que, diante da grande maioria que constitui a população brasileira, se identifica por instaurar conflito insustentável entre a administração e seus administrados; o Estado e seus cidadãos.

O incontestável enquadramento do impasse aqui noticiado ao juízo à hipótese da ação civil pública e a caracterização do direito como difuso acabam por ser consolidados pela palavra dos próprios autores do anteprojeto ao Código de Defesa do Consumidor (Ed. Forense Universitária, 2ª Edição, 1922, pág. 618):

"Antes de ingressarmos na análise da ampliação dos bens jurídicos pela doutrina e jurisprudência para classificar determinado tipo de direito ou interesse. Vê-se, por exemplo, a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que o de indenização por prejuízo particulares sofridos seria individual.

E prossegue:

"A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial." (grifou-se)

E dirimem as dúvidas, utilizando-se de interessante exemplo:

"Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro recentemente, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associações das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e da segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)."

Ora, lá se fazia versar o feito sobre os direitos fundamentais da vida e da segurança das pessoas, reconhecidos como difusos; aqui, também, se indica direito fundamental, apenas que o da liberdade de locomoção.

Nada mais se apresenta necessário acrescentar ao item.

3. DA LEGITIMIDADE PARTE ATIVA

Estabelece o art. 5º da Lei 7.347/85:

"A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos ESTADOS e Municípios." (grifou-se)

Sob o mesmo prisma, o art. 129, parágrafo 1º, da Constituição Federal, ampliou o rol de legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, lá inserida, como assinala Mazzilli, "o neologismo jurídico consistente na expressão "interesses difusos", conforme já vinha sendo preconizado pela doutrina.

Trata-se, assim, de legitimação extraordinária, por meio de substituição processual, fruto da evolução legislativa, tudo a instrumentalizar a defesa que se impunha global.

4. DO FORO COMPETENTE

Prescreve o art. 2º da mesma Lei 7.347/85:

"As ações previstas nesta lei serão propostas no foro local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa."

Infere-se, assim, competência que se faz absoluta, inclinándose, inclusive, a jurisprudência, em função de tal norma, por negar incidência às prescrições que instituem o foro privilegiado.

5. DO INTERESSE DE AGIR

“O Estado do Rio Grande do Sul, integrante com seus Municípios, de forma indissolúvel, da República Federativa do Brasil, proclama e adota, nos limites de sua autonomia e competência, os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados e reconhecidos pela Constituição Federal a todas as pessoas no âmbito de seu território.” (CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, art. 1.º)

Assim, subsiste ao ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL o prioritário interesse de preservar em toda sua extensão territorial o pleno exercício aos cidadãos, independentemente do município onde deliberem fixar domicílio ou residência, do direito fundamental à liberdade e à igualdade, garantindo-lhes o ir e vir que, hoje, lhes é negado pelo MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES.

Aliás, de tal forma se vê configurado o interesse de agir do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, que a ocorrência, nos moldes do aqui relatado e insistentemente propalado pelos veículos de comunicação, autorizaria, como medida extrema, a INTERVENÇÃO no município em pauta:

“Art. 15 — O ESTADO NÃO INTERVIRÁ NOS MUNICÍPIOS, EXCETO QUANDO:

I — ... omissis ...

IV — O Tribunal de Justiça der provimento à representação para prover execução de lei, de ordem ou decisão judicial, e para assegurar a observância dos seguintes princípios:

a) ... omissis ...

b) DIREITO DA PESSOA HUMANA.” (grifou-se)

Anote-se que tal possibilidade, senão obrigação, que confere dimensão ao relacionamento do Estado com seus municípios, tem direta proporção na relação da União com os Estados, assegurada igual intervenção na hipótese de violação, por esses últimos, aos direitos da pessoa humana. (art. 34, VII, b, CR)

Interessa, também, ao tema, a norma que se extrai do art. 189 da CE, a estabelecer que a Segurança Social, pela qual o Estado é responsável, tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Na particularidade da prática aqui versada, o MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES tem se destacado pela injustiça social, visando esgotar em específicos destinatários seus limites físicos e tudo que destes decorre, frustrando aos pobres que para lá se dirigem, na expectativa de melhor qualidade de vida, a oportunidade de integração à comunidade. Barram-se os pobres e sua prole, iniciativa esta que, pela surpreendente adesão de outros municípios, os conduzirá, inobstante o teórico exercício da cidadania, à condição de “apátridas”.

Repita-se: impossível ao ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL omitir-se perante tamanha aberração.

A migração, reconhece-se, impõe debate, mas sem prejuízo de sua integração ao espaço físico e conseqüente aproveitamento da infra-estrutura oferecida pelo Município, livres que são no direito à locomoção. Ao Poder Público resta questionar a melhor solução para uma localização que se apresenta inevitável, buscando arregimentá-los para a produção e crescimento econômico da comunidade, com implantação de programas que aproveitem essa massa desfavorecida: nunca impedir-lhes a entrada ou expulsando-os. Este é o desafio do bom administrador e para isto a sociedade se organizou politicamente, buscando instrumentos que, realidade na administração pública, preservem a dignidade de um e de todos. São garantias das quais o cidadão não pode abrir mão, independentemente de sua situação econômica. O poder que se expressa pela Administração Pública existe pelo povo e para o povo. A instituição da pessoa jurídica de direito público interno não pode voltar-se contra seu criador, sob pena do desafio de seus fins.

Registre-se que a só circunstância do poder que emana do povo não garante a democracia; impõem-se seja, efetivamente, democrático o governo em sua origem, mas, também e fundamentalmente, em sua realização.

Sahid Maluf, in “Direito Constitucional”, em obra que tanto freqüentou os bancos universitários, transcreve lição de João Mangabeira que, inobstante o transcurso do tempo, se apresenta atual para a controvérsia que aqui se suscita:

“A igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção capitalista. O essencial é igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana. E para igual oportunidade é preciso igual condição. Igual oportunidade e igual condição entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e direção. Porque a igualdade social não importa nem pressupõe um nivelamento entre homens naturalmente desiguais. O que ela estabelece é a **supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza**, numa sociedade em que o trabalho é social e, conseqüentemente social a produção...”

Oportuna, ainda, ao deslinde do tema, a reprodução sobre a particularidade do enfoque repassado ao juízo ao longo desta:

“Cabe ao Estado assegurar aos economicamente fracos um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana, e a igualdade econômica num ponto de partida, que não se confunde com o nivelamento econômico, ou com a igualdade do ponto de chegada...”

A matéria é tão rica que, cabe a observação, não é por menos que a ação civil pública também é referida na doutrina como ação ideológica.

5. DO PEDIDO E DA PRETENSÃO À LIMINAR

Em verdade, e como se deduz ao teor desta inicial, o pedido objeto da ação civil pública que ora se promove se ajusta às hipóteses dos artigos 11 e 12 da Lei 7.347/85 e se constitui na pretensão de cumprimento da obrigação de não fazer.

Assim, busca o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL prestação jurisdicional que, mediante, inclusive, expedição do respectivo MANDADO LIMINAR, independentemente de justificativa prévia, dada a notoriedade e ampla publicidade conferida à ocorrência, determine, referendado por sentença que definitize a concessão liminar, ao MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES, a cessação de todo e qualquer ato que identifique impedimento ou constrangimento ao exercício do direito à liberdade de locomoção de que se apresentam titulares os migrantes, assegurado o ingresso de todo cidadão que aos seus limites busque acesso, inclusive para permanecer, salvo concreto cometimento que autorize ao mesmo mu-

nicipio a utilização regular dos instrumentos jurídicos cabíveis à eventualidade, cominando-se, ainda, multa diária enquanto persistir a prática da fiscalização em tais termos.

Alongar-se em termos da imperiosidade de concessão da liminar é dissertar em cima do que já se faz gritante. A sequer ameaça a um direito fundamental é ato que exige pronta reação.

Através desta lide, almeja o Executivo Estadual sensibilizar o Judiciário na privilegiada oportunidade que aqui se instaura de levar a justiça a uma grande massa que, já penalizada pela desventura da pobreza, hoje se vê humilhada pela restrição à própria liberdade de locomoção, em uma marginalização que não comporta qualquer expectativa.

A liminar se faz inevitável porque qualquer manifestação de recuo, como têm noticiado os jornais, é precário, representada pela eventual supressão de sinais ostensivos, não comprometido, portanto, em verdade, o município, com um basta à arbitrariedade.

ISSO POSTO, requer:

- a) a citação do Município de Bento Gonçalves, na pessoa do Exmo. Sr. Prefeito, para, no prazo de lei contestar a presente, expedido o necessário mandado;
- b) a pronta expedição de mandado liminar, com ordem de cessação de toda e qualquer prática que identifique obstáculo ou constrangimento ao exercício do direito de locomoção, em sua mais ampla acepção;
- c) a cominação de multa diária para a eventualidade da persistência ou repetição da violação aqui relatada;
- d) a ampla procedência da ação proposta, com a confirmação em sentença definitiva da cessação concedida via liminar;
- e) a condenação do Município nas cominações que se impo-
nam à espécie;
- f) a intimação da MP para intervir no processo como fiscal da lei.

Protesta-se pela apresentação de todo gênero de provas, inclusive cópia de expedientes administrativos que refiram ao impasse e que se apresentem úteis à melhor elucidação da controvérsia.

Dá-se à presente o valor de alçada.

Neste termos

Pede e Espera deferimento.

Bento Gonçalves, 09 de março de 1993.

**ADVOGADO DE SOCIEDADE
DE ECONOMIA MISTA
CONTESTAÇÃO**

*SUZETTE M. R. ANGELI e
LEANDRO AUGUSTO N. SAMPAIO*
Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul.

Exmo. Sr. Dr. Juiz do Trabalho,
Presidente da MM. 3ª JCJ
Porto Alegre, RS.

PROCESSO Nº 883.03/93
OBJETO: Contestação

COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA — CEEE, empresa concessionária de serviço público, instituída sob a forma de Sociedade de Economia Mista conforme Lei nº 4.136/61, com sede em Porto Alegre, RS, na Av. Ipiranga nº 8.300, Prédio C, 7º pavimento, por seus procuradores adiante assinados, os quais recebem as comunicações processuais na Procuradoria-Geral do Estado, com endereço na Av. Borges de Medeiros nº 1501, 13º andar, Centro Administrativo do Estado, conforme instrumento de mandato incluso, vem perante Vossa Excelência para apresentar

CONTESTAÇÃO

à RECLAMATÓRIA TRABALHISTA promovida por (...), já qualificado, consoante fundamentos fáticos, doutrinários, legais e jurisprudenciais a seguir indicados:

SUMÁRIO DAS PRETENSÕES DO AUTOR E RÁPIDO ENFOQUE ACERCA DA CONTRATUALIDADE:

O Reclamante foi admitido na demandada em 07.12.65, como Auxiliar de Escritório. Em 1º.01.67 teve suas funções altera-

das para Auxiliar de Serviços Jurídicos I, e, em 11.09.68, enquadrado no **Quadro de Pessoal** da empresa demandada como **ADVOGADO**, nível superior. De 1º.05.81 até 1º.12.83 exerceu sua atividade na Superintendência de Contratos, ligado à Coordenadoria de Assuntos Jurídicos. Em 1º.05.85 teve seus salários alterados por equiparação com Hyppolito Brum, retroativos a 1º.08.79. Em 06.12.88 passou a atuar no setor denominado Coordenadoria dos Assuntos Cíveis e Penais. Percebeu, em junho/93, o salário mensal de Cr\$ 116.249.536,19 para o exercício da função de advogado, remunerando uma jornada diária de 08 horas ou semanal de 40 horas. Em julho/93 sua remuneração mensal é de Cr\$ 216.395.264,03.

Pretende a aplicação dos **Dissídios Coletivos** instaurados pelo **Sindicato dos Advogados do Rio Grande do Sul**, desde 27.01.1988, mas tão-somente no que pertine à jornada de 4 horas diárias ou 20 horas semanais, com o pagamento das horas extras, em nº de 4 horas por dia, com adicionais de 50% e 100%, respectivamente, para a 5ª e 6ª horas, e para a 7ª e 8ª horas, com reflexos, integrações e FGTS, tudo em parcelas vencidas e vincendas.

Não postula, como já era de se esperar, o piso salarial, ou salário normativo da categoria, fixado em 06 (seis) salários mínimos, o qual deve ser encarado, necessariamente, como agregado à jornada especial reduzida.

No curso da contratualidade foi promovido por antiguidade, em 1º.10.71, com majoração salarial, conforme Quadro de Pessoal da empresa; nova promoção em 03.03.72, com base no sistema de maturidade; em 11.09.74 recebeu nova promoção horizontal, com majoração salarial, o mesmo ocorrendo em todos os anos subseqüentes, inclusive beneficiando-se do adicional por tempo de serviço (quinqüênios), consoante resultado de acordo coletivo celebrado pela demandada com o **SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — SENERGISUL** —, a partir de 1º.08.81. Igualmente sempre se beneficiou, incondicionalmente, dos **DISSÍDIOS COLETIVOS** propostos pelo **SENERGISUL**, a exemplo das gratificações anunciadas na petição inicial, e não objeto de cláusulas dos Dissídios do **SINDICATO DOS ADVOGADOS**. Igualmente, beneficiou-se dos chamados prêmios assiduidade, conquistados pelo **SENERGISUL**, ao completar 15 e 20 anos de serviço na Companhia, respectivamente de 45 dias e 60 dias remunerados.

Pretende a demandada, sob vários aspectos, trazer novamente para esta discussão, porque perfeitamente possível e necessária, a ilegitimidade passiva da CEEE para submeter-se aos efeitos da **JORNADA DE TRABALHO** reduzida, ligada esta, por óbvio, ao piso normativo determinado pelos **Dissídios Coletivos** do Sindicato dos Advogados do RGSul. Trata-se a demandada de uma empresa concessionária de serviço público, sob a forma de economia mista, o que a distingue das demais sociedades por ações ligadas à FIERGS, detendo prerrogativas e privilégios constitucionais próprios da atividade pública que desempenha.

Ao final ficará demonstrada a total improcedência da presente ação trabalhista.

PRELIMINARMENTE:

1. PRESCRIÇÃO

Argúi a prescrição bienal do artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, sobre todo o pedido constante da inicial. Por cautela, alega o dispositivo prescricional constante do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

2. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO NORMATIVA.

Verifica-se que o processo de revisão de Dissídio Coletivo se encontra pendente de julgamento pelo Egrégio **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**, consoante recurso ordinário, com pedido de efeito suspensivo, apresentado pela Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul, apresentado em 28.10.92. Descabendo pois, ainda, o pedido de cumprimento das decisões normativas proferidas pelo Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região impõe-se, como medida preliminar e necessária, a suspensão do presente feito até que seja objetivada a matéria. A relevância das questões invocadas pelo Autor aconselha e indica a suspensão do feito. É o que se requer. Aliás, todos os Dissídios Coletivos invocados pelo A. ainda não tiveram suas decisões transitadas em julgado.

3. DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NULIDADE, INEFICÁCIA E INCONSTITUCIONALIDADE DAS CLÁUSULAS INVOCADAS.

Segundo o jurista **PEDRO VIDAL NETO**, em sua monografia "Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho", ed. LTR, SP, 1983,

pág. 87 — “podemos chamar de normativo, em geral, o poder, reconhecido pelo Direito, de estabelecer normas válidas e eficazes, e analisá-lo quanto a seus titulares, meios e formas de expressão. Sob todos esses aspectos poderá ser especificado, então: que os órgãos de posituação das normas trabalhistas são o Estado, as comunidades internacionais, os grupos profissionais, a empresa, o povo de modo anônimo, assim como os próprios interessados; que é exercido mediante atos de legislação, administração, jurisdição, negociação individual e coletiva, assim como por meio da repetição uniforme e constante das mesmas condutas. Exprime-se sob a forma de leis, atos administrativos, contratos coletivos, sentenças individuais e coletivas, jurisprudência, regulamentos de empresa, contratos individuais e costumes.” (págs. 87/88).

Entretanto, ressalta o doutrinador citado, que a utilização genérica desta expressão — PODER NORMATIVO — com a finalidade de designar aquele poder para estabelecer normas jurídicas, isto é, as fontes FORMAIS do Direito, embora não se constitua mais em novidade, eis que utilizado por vários autores de nomeada, a matéria, contudo, ao longo do tempo, tem sido objeto de inúmeros questionamentos, principalmente face ao fortalecimento (a) dos instrumentos destinados à solução dos conflitos coletivos de trabalho e, (b) do espírito associativo das categorias econômicas e profissionais.

Contudo, nesta ordem de entendimento, não se pode jamais esquecer o sempre presente ensinamento de Kelsen, no sentido de que o ordenamento jurídico é um conjunto ordenado de normas de diferente hierarquia, cada norma de categoria inferior encontrando o seu fundamento em uma outra norma de categoria superior, até chegarmos à CONSTITUIÇÃO, que é a FONTE COMUM de todas as normas jurídicas e de todos os poderes. Deste modo, segundo Kelsen, a fonte de uma norma jurídica é sempre outra norma jurídica, sendo cada norma um ato de criação e de execução, simultaneamente, sempre respeitada a norma fundamental. E é exatamente no **Direito do Trabalho** que esta teoria alcança a plenitude de sua validade, dado à pluralidade de fontes do direito obreiro, as quais são, hierarquicamente coligadas, da CONSTITUIÇÃO às leis e atos de governo com força de lei, alcançando, ainda, em ordem decrescente, ao regulamento das empresas, aos contratos coletivos de trabalho, aos usos e costumes.

Aspecto elementar, pois, é o de que os modos de expressão do chamado **PODER NORMATIVO**, como ressaltado pelo jurista PEDRO VIDAL NETO, não podem violar os princípios constitucionais e o da legalidade, como enfatizam os mestres OCTÁVIO BUENO MAGANO e AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO, dentre outros. E o saudoso mestre VICENTE RÃO sublinha: o princípio da constitucionalidade exige que todas as normas e atos inferiores respeitem as disposições formais ou substanciais da CONSTITUIÇÃO; já o princípio da legalidade, de outro lado, exige a subordinação de todos os atos executivos e judiciais às LEIS (in “O Direito e a Vida dos Direitos”, Max Limonad, SP, pág. 347), o que implica dizer, e também sob outro aspecto, que tais princípios traduzem uma distribuição de competências.

No nosso ordenamento jurídico tem-se a chamada **decisão normativa** como fonte de resolução de litígios coletivos de natureza econômica, manifestando-se, igualmente, segundo Pedro Vidal Neto, nos conflitos jurídicos quer coletivos, quer individuais (aceitando-se neste último caso, a posição pouco ortodoxa do citado autor, de que a sentença implica também no desenvolvimento de uma atividade normativa). Entretanto, na linha de nosso raciocínio, quaisquer que sejam os critérios hermenêuticos aplicados pela decisão normativa, deve esta sempre estar comprometida com o interesse público (art. 8º da CLT). Assim, adotando-se a definição de PEDRO VIDAL NETO, de que trata-se a **sentença normativa** do “*poder de estabelecer normas jurídicas, em sentido amplo e de declaração de normas destinadas à solução de conflitos coletivos, em estrito senso*”, não é possível esquecer o contorno que elas devem revestir acerca dos princípios da constitucionalidade e da legalidade, antes apontados. É a observância da Constituição e dos direitos individuais e sociais nela reconhecidos (normativamente valorados) que dá foros de **constitucionalidade e de legalidade à sentença normativa**.

Diz ainda PEDRO VIDAL NETO: “De acordo com o princípio da separação dos poderes, o poder normativo que se concretiza no estabelecimento de leis tem sede no Poder Legislativo. Nos sistemas de direito escrito, a lei é a principal fonte de produção de normas jurídicas, imediatamente subordinada à Constituição,

mas hierarquicamente superior a todas as demais." (in artigo publicado na Revista LTR, nº 53-2/151-162).

E mais: "O Poder Normativo dos tribunais do trabalho, entretanto, não pode ser concebido como um poder originário de criação autônoma de normas jurídicas; como poder legislativo, a não ser retornando-se à doutrina corporativista. Semelhante concepção não se coaduna com a ordem constitucional democrática. A atividade criadora dos tribunais do trabalho só pode operar por conclusão de princípios e disposições legais, desimplificando normas já contidas no Ordenamento Jurídico." (ob. cit., pág. 159).

Erige-se a lei, portanto, como instrumento único, destinado a regular as relações sociais e dentro da competência privativa do **PODER LEGISLATIVO** como intérprete e intermediário das vontades e do senso comum popular. E foi o próprio legislador quem concedeu ao **PODER JUDICIÁRIO**, para fins de prestação jurisdicional (inserido na sua competência constitucional) um poder normatizador, **mas sempre sujeito à órbita legal, na esfera das normas jurídicas vigentes.**

É ainda o próprio PEDRO VIDAL NETO (in Rev. LTR, nº 53-2/157) que assim informa a questão: "O exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho é, portanto, concretização de função jurisdicional, cujo "quid" específico consiste na aplicação e interpretação do Direito aos casos concretos. É patente, portanto, que se trata de um poder duplamente derivado, condicionado e limitado: pela Constituição e pelo Sistema de Direito Positivo. O poder normativo dos tribunais é jurisdicional, derivado, limitado, condicionado e seus limites são impostos pela Constituição, pelas leis e pelo Sistema de Direito Positivo."

Outro renomado autor, o Professor ARION SAYÃO ROMITA, enfrentando o assunto em artigo de doutrina publicado na mesma Revista LTR, nº 53.8/909, tem como pacificado o entendimento de que o Poder Normativo da Justiça do Trabalho sempre fica sujeito à Lei. Diz o autor: "Não é exato que para o poder normativo da Justiça do Trabalho, à luz da Constituição de 1988, 'o céu é o limite'. A Constituição explicitou o limite mínimo, mas esse procedimento não autoriza a ilação de que ela deixou de consagrar limite máximo para o exercício da competência normativa."

Efetivamente, verifica-se que todos os poderes de Estado são vinculados entre si, harmônicos enquanto formas de atuação e de

existência do organismo social. Não se conceberia dentro do princípio que rege as relações jurídicas brasileiras o ilimitado poder legiferante concedido ao Poder Judiciário Trabalhista, ao julgar e fixar condições de trabalho **via decisões normativas.** É claro que fica este poder, relevante e significativo, sujeito ao ordenamento jurídico e legal vigente no país, emanado do Poder de Estado competente para tal, que é o Legislativo.

Outra não é a opinião de JOSÉ ALFREDO CRUZ GUIMARÃES: "Nestas condições, têm os Tribunais Trabalhistas, no exercício de seu relevante papel normativo, de comportar-se com redobrado cuidado para, ao estabelecer normas e condições de trabalho, agir com o máximo de equidade, a fim de, sopesando os valores em conflito, não infringir nenhum deles, evitando, assim, incidir na eiva da inconstitucionalidade." (in Rev. LTR, nº 53, nov. de 1989).

A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL também contempla decisões relativas ao assunto, onde se cristaliza o posicionamento que adota o ora contestante, no sentido de **ver declarada a total sujeição do poder normativo trabalhista à norma jurídica válida e eficaz editada pelo Poder Legislativo.** Em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 102.043-PR, assim se expressou o Ministro NERI DA SILVEIRA: "Nem usos nem costumes, nem sedimentação por sucessivas convenções coletivas foram suficientes para garantir aos bancários a continuidade da percepção da gratificação semestral por eles auferida há incontáveis anos, porquanto, no pertinente, essa Suprema Corte **houve por bem alertar quando à ausência de poder legiferante da Justiça do Trabalho, consoante se colhe da remansada jurisprudência versando o tema.**" (in Rev. LTR nº 53-4/470, com grifos nossos).

Os argumentos até agora destacados demonstram, de forma clara e objetiva, o descabimento dos pedidos estampados na petição inicial. O reclamante pede o cumprimento de **decisão normativa que LEGISLA sobre jornada de trabalho e sobre salário mínimo e/ou piso salarial.** É inconcebível o cumprimento de tal determinação judicial, **nulificada que está por vício de origem e por total afronta à lei e à Constituição Federal.**

De forma anômala revestiu-se o julgador trabalhista de um poder legiferante ilimitado, revogando disposições legais e constitucionais que tratam da matéria. Não se está frente à interpreta-

ção ou aplicação de uma norma existente, nem de uma lacuna do ordenamento jurídico. Ao contrário, a legislação se importa da matéria, regulando-o em vários casos, em que são fixados pisos e condições de trabalho para variadas categorias profissionais, a exemplo de engenheiros, arquitetos, jornalistas e diversos outros profissionais tiveram as suas ocupações regulamentadas por provimentos legais expedidos pelo Poder Legislativo, o único competente para exercer tal função de Estado. Inexistente a norma excepcionadora, vale a regra geral. E esta regra, dado a relevância do tema, **alcançou patamar constitucional**, tendo a Carta Magna estabelecido as condições sob as quais vigorariam em nosso país os direitos sociais e as relações de trabalho (art. 7.º, incisos IV, V e XIII).

O Constituinte de 1988 entendeu alçar à condição de **princípios constitucionais a jornada de trabalho, o valor mínimo do salário**, remetendo tais matérias à lei ordinária. São princípios constitucionais e não podem ser objeto de alteração via decisão normativa, exarada em processo de Revisão de Dissídio Coletivo. Nesse sentido, invoca-se novamente o já referido voto proferido pelo Ministro **NERI DA SILVEIRA**, que assim nos ensina: "A respeito da fixação da duração da jornada de trabalho ser da competência da União, dentre outros, o v. acórdão dado no RE 68.425 (in RTJ 56/319) bem examinou e elucidou a questão adotando o entendimento com o qual se harmoniza o r. julgamento impugnado."

Descabe o pedido formulado pelo Reclamante, pois ineficaz, dado que nula, viciada e inconstitucional a determinação exarada pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho. A Carta Magna foi exaustiva quando tratou do assunto, pois disciplinou a jornada de trabalho em três incisos do artigo 7.º e, em todos, quando referiu a possibilidade de modificação da duração do trabalho, fixou a alteração legal ou via convenção coletiva de trabalho (que, por óbvio, se distingue do Dissídio Coletivo...). Os únicos instrumentos fixados constitucionalmente para a alteração da jornada são **a lei e as convenções coletivas de trabalho**, não havendo previsão, no texto maior, a possibilidade de redução ou fixação de jornada de trabalho via decisão normativa. Ademais, não concedeu o legislador constituinte qualquer poder **residual** ao Poder Judiciário para tratar de tais questões, e, em assim o sendo, a decisão normativa que assim procede invade matéria cuja regu-

lamentação é privativa do poder de Estado competente para regular as referidas relações sociais.

O piso salarial e o salário mínimo são, nos termos da Constituição, matérias de **provimento legal**. Neste sentido a decisão do Egrégio TST, em acórdão publicado igualmente na Rev. LTR n.º 52-11/1355, Rel. Min. Marcelo Pimentel.

O cumprimento da decisão normativa que estabelece jornada especial reduzida para os **advogados** e também especialíssimo piso salarial a esses profissionais, não pode prosperar. Colhe-se do trabalho do eminente Professor **ARION SAYÃO ROMITA**, antes indicado, a lição que demonstra se estar, no caso "sub judice", em vias de se afrontar diretamente outro princípio constitucional que estabelece que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei"* (art. 5.º, II, CF/88), coagindo-se a empresa demandada a cumprir decisão normativa que, a despeito de tratar de assunto alheio à sua competência, ainda viola outros princípios constitucionais que tratam especificamente da matéria. Resta infringido, ainda, o disposto no art. 49, inciso XI da CF/88, segundo o qual o *Congresso Nacional zela pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros poderes. Ensina o Prof. ROMITA: "se houver texto de lei que disponha sobre o objeto da cláusula controvertida no dissídio a competência normativa respeitará o comando legal, não podendo ampliar (nem reduzir) a garantia, salvo se a lei expressamente declarar que impõe um benefício mínimo."*

Prossegue o eminente Professor: "A interpretação conjunta do disposto no artigo 5.º, II e no artigo 49, inciso XI da Constituição Federal obriga o intérprete a concluir pela impossibilidade de exercício do poder normativo quando inexistente texto legal que disponha sobre o objeto da cláusula controvertida no dissídio coletivo. Ilação em contrário colide com duas considerações essenciais: a) o Brasil se constitui em Estado democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1.º) e este, como se sabe, é o Estado que se submete à lei (lei, em sentido formal); b) no exercício da competência normativa, o Judiciário Trabalhista não pode, sem violação da ordem constitucional, usurpar a atribuição legislativa do poder respectivo, ante o respeito que se lhe exige o disposto no artigo 2.º da Constituição, segundo o qual os poderes da

União são independentes e harmônicos entre si.” (ob. cit., Rev. LTR n.º 53-8/909).

Exatamente no mesmo sentido é o posicionamento do Ministro do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, MANOEL MENDES DE FREITAS, exarada em artigo doutrinário publicado na obra “Curso de Direito do Trabalho — Estudos em memória de Célio Goyatá”, ed. LTR, SP, Vol. II, pág. 704).

Outro jurista de nomeada, WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, em sua obra “Direito Processual das Coletividades e dos Grupos”, ed. LTR, SP, 2.ª edição, 1992, elenca hipóteses extraídas de JOSÉ A. C. MACIEL (Pareceres do TST em Dissídios Coletivos Comentados, Ed. LTR, 1990), do qual destacamos a seguinte decisão: “JORNADA SEMANAL — A Justiça do Trabalho não é competente para deferir jornada de trabalho de 44 horas semanais, por ser a matéria regulada por lei. Fontes: RO-DC 845/84; RO-DC 820/84”.

É ainda o Egrégio TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO quem decidiu a matéria posta em Dissídio Coletivo, nos seguintes termos: “A fixação da jornada de trabalho extrapola os limites da sentença normativa” (DJU de 10.08.90, pág. 7601).

Ainda no que pertine ao poder normativo da Justiça do Trabalho, cabe referir, juntando-se documento comprobatório anexo, referentemente a uma outra decisão do Egrégio TST, publicada no DJU de 07.05.1993, págs. 8425/8426, acerca do julgamento do recurso ordinário interposto em Dissídio Coletivo do SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DO PARÁ — RO-DC-36948/91.2 — Ac. RDC 200/93, Rel. Ministro Fernando Villar, nos tópicos adiante destacados: para o estabelecimento de piso salarial diferenciado para os advogados, de seis salários mínimos, o Tribunal Superior excluiu a cláusula diante da impossibilidade de vinculação (ao salário mínimo); para a jornada diferenciada de cinco horas diárias ou 25 semanais, o Tribunal Superior determinou a exclusão da cláusula face a matéria ser regulada por lei.

Assim o sendo, não só com base na opinião de eminentes pensadores e juristas trabalhistas brasileiros, como de resto também nos posicionamentos jurisprudenciais antes destacados, tem-se que a Justiça do Trabalho não é competente para reduzir jornada de trabalho em dissídio coletivo, pois tal só é possível mediante lei, acordo coletivo ou convenção coletiva

de trabalho, sem prejuízo da competência privativa da União (rationae materiae) para dispor sobre Direito do Trabalho. E TAL NÃO É A HIPÓTESE DOS PRESENTES AUTOS.

Deste modo, requer a Contestante, o acolhimento da preliminar ora arguida, declarando-se desde logo, a nulidade, ineficácia e inconstitucionalidade das cláusulas invocadas nas decisões normativas sob exame, extinguindo-se o feito sem sequer o exame da preliminar seguinte e o mérito da demanda (art. 267, VI, CPC), como medida de Direito e de Justiça.

4. NATUREZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA DEMANDA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DIFERENCIAÇÕES E PRIVILÉGIOS.

Para os fins do Decreto-Lei 200/67, com a nova redação dada pelo Decreto-Lei 900/79, a definição de sociedade de economia mista está assim determinada:

“é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta.”

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (tal qual a solução dada pelo Decreto-Lei 900/79, seguindo os passos da anterior Carta), embora esdrúxula em já não distinguir precisamente entre as empresas estatais que exercem atividade econômica daquelas que prestam serviço público, contudo, apresenta uma regra que apenas refere-se às que exercem atividade econômica, qual seja a normatividade estabelecida pelo artigo 173, parágrafo 1.º.

De outro lado, é a própria Constituição Federal que se encarrega de resolver a aparente controvérsia, segundo se depreende da norma do artigo 175, caput, e seu parágrafo 1.º, que trazem os fundamentos constitucionais à caracterização da COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA como empresa prestadora de serviços públicos, distanciada da exploração da atividade econômica.

Diz o artigo 175 da Constituição Federal:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Já o seu parágrafo único

co, mais detalhista, traça os contornos desta atuação, dispondo: "A lei disporá sobre: I — o regime das empresas **concessionárias** e **permissionárias** de serviços públicos, o **caráter especial** de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II — os direitos dos usuários; III — a política tarifária; IV — a obrigação de manter serviço adequado." (Grifamos).

Assim, há que se **distinguir**, na interpretação da norma constitucional, **as empresas estatais que prestam serviço público daquelas que atuam no domínio econômico em caráter excepcional**, em regime de competição com outras empresas do mesmo ramo. **Àquelas que prestam serviço público não se justifica a submissão às mesmas normas que para as atuantes no campo estritamente econômico.**

A Constituição Federal também define determinadas atividades como sendo **serviços públicos, alguns privativos do próprio Poder Público** (a exemplo dos casos previstos no artigo 21, incisos X, XV, XXII, XXIII), ao lado de outros serviços públicos que **podem ser exercidos sob regime de** autorização, permissão ou **concessão** (a exemplo dos casos previstos no artigo 21, incisos XI, XII e XIII). A Carta Magna prevê, ainda, os casos em que a concessão só pode ser dada a empresas sob controle acionário estatal, bem ainda os atribuídos à União em caráter de monopólio (como previsto no art. 177, CF), a exemplo dos indicados no art. 21, inciso XI e art. 20, parágrafo 1º.

No artigo 21, inciso XII, letra 'b', da CF/88, se insere a autorização constitucional deferida à União para a exploração, diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão, dos **serviços e instalações da energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.**"

Assim, relegando a tradição, **as empresas estatais passam a deter a natureza jurídica de CONCESSIONÁRIAS de serviços públicos**, nos termos do transcrito artigo 175. E, na opinião da Procuradora do Estado de São Paulo, **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, quando a empresa estatal desempenha serviço público ela é concessionária ou permissionária do serviço público executando tais serviços por **delegação da pessoa pública política (UNIÃO, ESTADOS ou MUNICÍPIOS)**, a qual mantém e detém a sua titularidade, sem competição com a inicia-

tiva privada, sem deles dispor e não dispondo também dos bens afetados ao serviço público, e, ainda, **a elas não se estende a regra do art. 173, parágrafo 1º da Constituição Federal, mandando aplicar o direito privado às sociedades de economia mista e empresas públicas que exerçam atividade econômica** (in "Natureza Jurídica dos bens das empresas estatais", Rev. da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, dez/1988, pág. 182).

Como vimos, é profundamente diferente a situação jurídica das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, haja vista o **caráter especial de seu contrato** (ato intuitu personae por excelência), mormente porque é através de lei **ordinária** que se definem também (a) os direitos dos usuários ou consumidores, (b) a política tarifária, e (c) a obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único, I, II, III e IV, da CF/88).

A diferença patrimonial está em que, embora possuam um patrimônio próprio, na maior parte das situações se utilizam de **bens pertencentes à pessoa pública política concedente ou permissionária, a exemplo dos POTENCIAIS DE ENERGIA HIDRÁULICA (que pertencem à UNIÃO)**, e que mantêm a característica de bens públicos de uso especial (apenas afetados à execução de um serviço público), **inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis.**

Quanto aos bens patrimoniais da empresa concessionária ou permissionária, há que se fazer distinções, por espécies, a saber: **(a) os bens indiretamente afetados** à execução do serviço público, submetido à dicotomia antes apontada, eis que, embora submetidos às regras do Direito Privado estão estas parcialmente **derrogadas pelo Direito Público**, pois se submetem às exigências da **licitação**, tanto para a compra como para a alienação: **(b) os bens diretamente afetados** à execução do serviço público, submetidos tais bens ao regime jurídico aplicável aos bens públicos de uso especial (art. 69 do Código Civil Brasileiro — bens que estão fora do comércio, já que indisponíveis), os quais correspondem ao conceito trazido pelo art. 66, II, do mesmo diploma legal, ainda que integrando o patrimônio da empresa estatal (aplicação do art. 65, CCB) concomitantemente com os bens públicos também afetados à realização de tais serviços públicos.

Na caracterização da **COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA**, como integrante da administração pública indireta do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, além dos dispositivos constitucionais federais antes citados, cumpre destacar o disposto na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (em complemento ao disposto no art. 21, inc. XIX da CF/88, ao qual submete a demandada face à competência privativa e inderrogável da UNIÃO FEDERAL para instituir a política e o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos), como segue: pelo artigo 21 da Carta Estadual as sociedades de economia mista mantidas ou instituídas pelo ente estadual fazem parte de sua administração indireta. Já o artigo 162 trata da formulação da política energética estadual e o art. 171 institui o Sistema Estadual de Recursos Hídricos, ambos interligados. Dentro da política agrícola e fundiária a eletrificação rural é um dos seus instrumentos, consoante dispõe o art. 184, parágrafo 2º, inciso V.

Tanto a demandada pertence à Administração Indireta do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, como concessionária do serviço público, que o art. 9º da CF/88, ao assegurar o direito de greve, prevê no seu parágrafo 1º que a lei definirá os serviços e atividades essenciais, dispondo sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade. E é a lei nº 7.783, de 28.06.89, em seu artigo 10, inciso 1º, que aponta o **serviço de distribuição de energia elétrica como um dos serviços essenciais** referidos na Carta Magna.

Dentre outras características que denotam o exercício de atividades públicas da CEEE emerge a determinação constitucional em submetê-la à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia e economicidade de seus atos, tanto por parte da Assembléia Legislativa como por parte do Tribunal de Contas do Estado, tudo nos termos do art. 70 a 75 da CF/88, combinado com arts. 70 a 73 da Constituição Estadual. O poder de controle absoluto do ESTADO se dá pela votação em assembléia de acionistas majoritários sempre que representam o Estado (arts. 235 e seguintes da Lei Federal nº 6.404/76). É o Tribunal de Contas quem vai dizer da legalidade, ou não, da aplicação de seus dinheiros públicos (art. 70 a 73, Constituição Estadual).

A finalidade do capital público da CEEE, embora posto sob a forma privada, **não é o de auferir lucro com a atividade industrial por ela desenvolvida**, contrariamente ao propósito de toda a sociedade por ações, mas tão-somente **prestar serviço público essencial, sob a forma de concessão**. As receitas e as despesas da estatal são rigidamente fixadas na Lei Orçamentária Anual Estadual (orçamento financeiro-econômico único), conforme determinam os arts. 163, II, 165, parágrafo 8º, 169, parágrafo único e arts. 17 e 38 do ADCT, todos da CF/88. Aplicável, pois, à Companhia demandada, o art. 37 da Carta Magna, como expressamente determinado pela própria norma constitucional.

O jurista **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, insigne administrativista, ressalta a **impenhorabilidade** dos bens das sociedades de economia mista **afetados à execução dos serviços públicos**, sob pena de ofensa ao **princípio da continuidade administrativa**. Já o doutrinador **WALTER T. ÁLVARES** entende que tais bens constituem-se em **propriedade do poder público concedente**, eis que a empresa concessionária não tem um direito real sobre os bens destinados e utilizados na realização do serviço público, mas apenas um direito pessoal, de vínculo obrigacional, tendente a realizar-se mediante indenização e/ou pagamento ao investimento realizado, isto na hipótese de passar o concedente ao domínio direto dos mesmos bens (in Rev. de Direito Administrativo, vol. 98, pág. 37).

Finalmente, é de se considerar que o **princípio da continuidade administrativa** constitucionalmente determinado, impede a realização de penhora, hipoteca, alienação ou a aquisição por usucapião dos bens afetados (direta ou indiretamente) para a realização dos serviços públicos, pois restaria violado o disposto no art. 37 da CF/88, uma vez prejudicados os direitos dos usuários e a obrigação de atender adequadamente aos interesses essenciais de toda a coletividade.

Assim, fixado in casu o substrato jurídico da empresa demandada, sem finalidade lucrativa, mas para atendimento de necessidade básica da população, emergem questões de alta indagação em Direito, porquanto prevalente é o interesse e a ordem pública sobre o particular, **mesmo o de natureza trabalhista**. O direito pleiteado pelo reclamante, em que pese as considerações anteriormente expostas acerca da normatividade da Justiça do Trabalho, não tem este direito natureza potestativa, inoponível, ab-

soluções, a sobrepor-se acima do próprio **Direito Público**, em afronta aos dispositivos e normas constitucionais supracitados e aos seus próprios fundamentos.

Nesta linha de argumentação, acresce dizer que a melhor doutrina pátria tem demonstrado que não se pode levar a conseqüências extremas a personalidade de direito privado das empresas estatais, não só das que prestam serviços públicos, mas também daquelas criadas para o exercício de atividades econômicas estrito sensu. Para todas elas o jurista **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO** demonstra "a vigorosa concorrência de princípios e normas publicísticas inevitavelmente afluentes para a proteção da atividade desempenhada, controle da ação de seus agentes e defesa dos administrados (in Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas, Rev. Dir. Público, 71/111).

O que verdadeiramente diferencia os dois tipos de empresas estatais é a **atividade desempenhada: as que exploram atividade econômica**, em concorrência com outras do mesmo ramo, embora o façam na perseguição de fins públicos como instrumento da política econômica pública, exercem suas atividades mediante relações jurídicas de Direito Privado; já as **empresas estatais de serviço público** desempenham atividade estatal mediante delegação e estão, por isso, sujeitas ao Direito Administrativo, o que também ocorre às empresas de capital exclusivamente privado quando estão na execução de concessão de serviço público.

À CEEE basta-lhe o **princípio da legalidade** — "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF/88). E neste princípio geral da legalidade, lei é somente a emanada de entidade estatal competente em razão da matéria. Desta forma as empresas estatais que prestam serviços públicos mediante concessão estão subtraídas, por força da Constituição, da incidência de normas trabalhistas editadas pelo poder normativo da Justiça do Trabalho, mormente sentença normativa que extrapolou os limites legais e invadiu a esfera de competência *rationae materiae* da **UNIÃO FEDERAL**.

E o Mm. Juízo "a quo", ao examinar a controvérsia sub judice, **PODE E DEVE** pronunciar a invalidade da cláusula normativa sobre salário profissional e jornada especial face à sua inconstitucionalidade. O sempre lembrado **RUI BARBOSA**, em suas

OBRAS COMPLETAS, XXIII, 1896, III, pág. 237, ao elaborar um estudo sobre o Júri e a Responsabilidade Penal dos Juizes, leciona: "movida por eles (os interessados) a ação competente, o tribunal não há de ser obrigado pelo silêncio das partes a dar vigor a uma inconstitucionalidade, cuja evidência o coloque na alternativa de afastar-se da lei, para observar a Constituição, ou infringir abertamente a Constituição, se executar a lei. Só as nulidades instituídas no interesse das partes necessitam, para que a justiça as conheça, que as partes as argúam. As nulidades instituídas no interesse da lei são de ordem pública, e, como tais, se pronunciam "ex-officio". O Direito Civil considerou sempre como de interesse público as nulidades, que envolvem a ordem das jurisdições. No Direito Constitucional, portanto, não se poderiam deixar de haver como de ordem pública as nulidades concorrentes à ordem dos poderes. Inconstitucionalidade, numa lei, quer invasão da soberania constituinte pelo Poder Legislativo. Pouco importa, pois, que as partes as não articulem, se, na contenda entre as partes o juiz não pode julgar, sem encontrá-la, e obedecer-lhe, violando o Direito Constitucional, ou desobedecer-lhe, para o manter."

Deste longo arrazoado, que afinal tem os seus propósitos, decorrem as seguintes **proposições**, no que pertine ao caso sub judice:

a) o **Estado do Rio Grande do Sul**, como acionista majoritário da CEEE, não foi suscitado nos Dissídios Coletivos referidos na peça inicial;

b) a **UNIÃO FEDERAL**, detentora da competência privativa para legislar em matéria de direito do trabalho, águas e energia (art. 22, I e IV, CF/88) e detentora da titularidade de parte dos bens afetados à prestação do serviço público, como o próprio potencial de energia hidráulica (art. 20, VIII, CF/88), teve a sua **competência rationae materiae** invadida pelas disposições normativas dos referidos Dissídios. Com fulcro nesta proposição, dentre outros argumentos, a inconstitucionalidade argüida **poderá e deverá ser declarada** pelo juízo singular;

c) Há formação de **litisconsórcio necessário**, na presente lide, como conseqüência, nos termos do art. 47 do Código de **Processo Civil**;

d) Estará sujeita ao **duplo grau de jurisdição**, como mera decorrência do litisconsórcio necessário, a **sentença a ser proferida**, pois necessariamente refletirá sobre os interesses da enti-

dade pública política (art. 475, CPC, combinado com Decreto-lei 779/69), em especial se considerarmos as **vinculações constitucionais antes referidas**, acrescidas de suas violações.

e) Caso o reclamante obtenha êxito na presente ação, o que se argumenta por mero esforço técnico, os bens da demandada são **impenhoráveis**, porque **indisponíveis e inalienáveis**, não só pela previsão legal, mas pela afetação atinente ao que é público, não podendo, pois, ser objeto de alienação ou constrição, **senão por lei que as autorize**, ademais, porque a essência de tais bens confunde-se com o que é público;

f) Dos princípios da impenhorabilidade e da inalienabilidade dos bens públicos da demandada (arts. 67 e 69 do CCB), decorrerá a forma de pagamento por meio de **precatório**, para que seja dotado o crédito exigido no orçamento do exercício seguinte ao de sua inscrição, na forma do art. 100 da CF/88.

Conforta essa orientação as lições de **PONTES DE MIRANDA** (in Comentários ao CPC, Rio, Forense, 1976, Tomo X, pág. 469/471) e **HELY LOPES MEIRELLES** (in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 14ª ed., SP, 1989, pág. 447/450). Aplicável, ainda, como mera decorrência, o disposto no art. 730, I, II, do CPC. Acresce dizer, por fim, que a Jurisprudência tem dado amplitude à interpretação do art. 100 da CF/88, estendendo não só ao Estado lato sensu os benefícios legais da forma de pagamento de suas dívidas, mas também, a outras instituições vinculadas ao direito público, como é o caso da demandada (in TRT 4ª Região, MS-81/92, AI 118/90).

Como conclusão de todo o exposto nesta preliminar, e acaso vencida as preliminares antes argüidas, requer a demandada, sob pena de nulidade do feito e cerceamento de defesa (art. 5º, LV, da CF/88): **1. o chamamento ao processo do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, face à caracterização do litisconsórcio necessário (art. 47, CPC); **2. a notificação da Procuradoria-Geral da República, Seção do Rio Grande do Sul**, para os fins de direito, mormente acerca da inconstitucionalidade suscitada; **3. e, acaso vencido o mérito da ação, ad argumentandum, requer (a) a aplicação dos privilégios processuais à demandada (Decreto-lei 779/69), (b) aplicação do art. 100 da CF/88**, permitindo seja incluída a dívida exequenda na dotação orçamentária do exercício seguinte ao da expedição do respectivo precatório, na forma da lei, acaso inexistosa na presente demanda.

NO MÉRITO

5 — DA CONTRATUALIDADE.

O reclamante exerce a função de **ADVOGADO**, correspondente ao **Nível Superior do QUADRO DE PESSOAL** da entidade. Os destaques efetuados no **Sumário das Pretensões do Autor** estão confirmados pelos documentos ora acostados, nos termos desta defesa, demonstrando a **sujeição** do mesmo não só ao **QUADRO DE PESSOAL** mas a outros clausulamentos dos Dissídios Coletivos encetados pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica no Estado do Rio Grande do Sul — **SENERGISUL**, situações estas que o beneficiam sumamente e conflitam com as disposições dos Dissídios do **SINDICATO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL** (especialmente no que diz com o salário normativo e jornada de trabalho).

Ora, a existência de **QUADRO DE PESSOAL** organizado em carreira, em cargos e níveis classificados quanto a salários, desde logo afasta a incidência de qualquer decisão normativa decorrente de Revisão de Dissídio Coletivo.

A **INSTRUÇÃO NORMATIVA** de nº 1, do **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO** (DOU 15.10.82), ainda em plena vigência, estabelece em seu item IX, 4, que: **Na hipótese de o empregador possuir quadro organizado em carreira, não se aplicam as normas estabelecidas no presente item.**”

O pedido do autor, portanto, não pode prosperar com relação à empresa demandante, nos termos da Instrução Normativa nº 1, do TST, como faz certo os Quadros de Pessoal, em anexo. É fato relevante, modificativo das pretensões da inicial. As peculiaridades da sua contratualidade demonstram que sempre recebeu seus salários de acordo com os níveis e padrões salariais estabelecidos em **QUADRO DE PESSOAL ORGANIZADO EM CARREIRA**, em igualdade de condições com todos os demais profissionais diferenciados de Nível Superior. Por óbvio, como o salário normativo (de seis salários mínimos) é **para remunerar uma jornada diária de quatro horas, ou vinte horas semanais**, em se submetendo o demandante a um Quadro de Pessoal, percebendo **muito além do piso**, remunerado sempre esteve para uma jornada de oito horas diárias. Não há o que se falar, até por questões axiológicas e éticas, **em jornada especial não previs-**

ta em lei e frente a uma empresa que mantém todo o seu pessoal dentro de um QUADRO. De outro lado cumpre ressaltar que o exercício continuado de funções de extrema confiança, como é o de ADOGADO, implica em não sujeição a horário extraordinário, excepcionada a situação do Autor pelo artigo 62, 'b', da CLT.

Neste sentido é o posicionamento jurisprudencial, a exemplo da decisão proferida pelo TRT-AM, RO 555/90, Ac. 485/91, Rel. Juiz Jorge Azize Abraham, DJAM de 13.05.91: 'FUNÇÃO DE MANDO—ENQUADRAMENTO na alínea b do art. 62, da CLT—INDEVIDAS HORAS EXTRAS.— Empregada que exerce função de mando, com procuração da empresa para representá-la perante terceiros, podendo inclusive admitir e dispensar pessoal, se enquadra na hipótese da alínea b, do art. 62, Consolidado, não fazendo jus às horas extras pleiteadas.' (in Julgados Trabalhistas Seleccionados, de IRANY FERRARI e M. R. MARTINS, ed. LTR, 1992, pág. 147, verbete nº 349).

Embora a inicial seja minudente em elencar os clausulamentos dos Dissídios Coletivos do SINDICATO DOS ADOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL, omitiu o autor um dado fundamental: qual o seu horário de trabalho. Assim, em não tendo o demandante indicado seu horário, porque não está sujeito a nenhum controle, aplica-se-lhe a regra de exceção do art. 62, letra 'b', da CLT. Anexô instrumento de mandato outorgado pela demandada ao reclamante, comprobatório do ora alegado.

6. — DOS DISSÍDIOS PRETENDIDOS PELO AUTOR. VALORAÇÃO SALARIAL. JORNADA DE TRABALHO.

O primeiro dissídio invocado, RVDC 12/88, com vigência a partir de 27.01.88, prevê um salário normativo de seis salários mínimos de referência para uma jornada diária de quatro horas ou vinte semanais, bem ainda adicional de horas extras de 50%. Já o RVDC 17/89, com vigência a partir de 27.01.89, mantém os mesmos critérios, apenas falando em seis salários mínimos e taxa de produtividade e adicionais de 50% e 100% para as horas excedentes às quatro determinadas. O RVDC 15/90, com vigência a partir de 27.01.90 mantém o mesmo clausulamento. Já o RVDC 13/91 não entrou no mundo jurídico, seja pelas razões anteriormente apresentadas, seja por-

que foi extinto o feito sem julgamento do mérito, sendo inócua a assertiva de manutenção das condições do Dissídio anterior, face aos termos da Súmula nº 277/TST, não aceitando a demanda os efeitos retroperantes para período de 27.01.91 a 27.01.92, ainda face o disposto no artigo 873 da CLT (revisão anual). Em não tendo havido acordo coletivo no referido período, embora norma de hierarquia inferior à sentença, não validadas as cláusulas extintas sem julgamento do mérito. Quanto ao RVDC 12/92 encontra-se em grau de recurso junto ao TST, consoante documento que se anexa, motivo pelo qual ainda não produz efeitos.

De outro lado, como já referido, o autor sujeita-se, desde o seu ingresso na demandada, ao QUADRO DE PESSOAL, o qual regula todas as condições de trabalho, inclusive salariais. Sintomático que, em nenhum momento a peça inicial se refere a prejuízos salariais. Por óbvio que tais prejuízos não existem, como mais adiante será demonstrado. A despeito de toda a controvérsia, sempre o demandante beneficiou-se das conquistas salariais, e outras, encetadas pelo SENERGISUL, a maioria delas inseridas no QUADRO de PESSOAL, a exemplo de quinquênios e prêmios assiduidade de 15 e 20 anos de serviço.

As postulações do Autor ferem o princípio da boa-fé que sempre deve nortear toda a contratualidade. Em não tendo havido prejuízos salariais, pretende locupletar-se ilícitamente (porque não há lei deferindo jornada especial) ou obter enriquecimento sem causa, deduzindo pretensão que contraria a natureza especialíssima do cargo e das funções desempenhadas na e para a reclamada, tudo dado as peculiaridades de suas atribuições e ao alto valor de sua remuneração, comparativamente com os demais trabalhadores da empresa estatal.

7. DO HORÁRIO DE TRABALHO.

O autor não indica seu horário de trabalho, limitando-se a invocar jornada extraordinária.

Cabe referir, contudo, que além da Constituição Federal, que fixa a jornada normal diária de trabalho em oito horas (art. 7º, XIII), tem-se que o empregado celebra com seu empregador as condições laborais que nortearão a relação de emprego. Não pode uma decisão normativa revogar o texto constitucional, o contrato de trabalho e o QUADRO DE CARREIRA (cargos

e salários) da demandada. Válida é a contratação e a estipulação acerca da jornada.

Nesse sentido, a opinião respeitada de **AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO**: "Quando a lei trata de uma condição de trabalho, como é o caso da jornada normal de trabalho que é matéria constitucional, não é admitida a interferência do Judiciário para alterar os limites determinados pelo legislador. É o que ocorre na presente questão. A decisão normativa é interferente da esfera legal, discriminando, em favor de uma categoria profissional jornada especial de trabalho que nem mesmo a lei o fez" (in Rev. LTR, 54-9/1053).

A jornada de trabalho, pois, independentemente da validade, da aplicabilidade ou não do piso salarial será, sempre, aquela prevista no contrato de trabalho, consoante determina a lei e, no caso, como está perfeitamente delimitado no pacto laboral celebrado pelo demandante ao longo destes anos, em total conformidade com o conteúdo do Plano de Carreira e Classificação de Cargos e Salários da demandada, em plena vigência. A jurisprudência é pacífica e a doutrina é unânime no sentido de manter o entendimento de que a fixação de jornada especial de trabalho não implica em redução impositiva de jornada de trabalho, senão apenas na estipulação de parâmetros mínimos de prestação de trabalho, razão pela qual não existe nenhum óbice legal para uma contratação de trabalho para jornada superior, desde que devidamente contratado e remunerado o trabalho. Nesse caso, as horas que excederem a jornada especial não serão extraordinárias, estando englobadas no valor do salário percebido pelo empregado.

Assim, não procede o pedido de horas extras formulado pelo demandante. Este sempre manteve a sua jornada laboral fixada pelo Contrato de Trabalho e pelo Quadro de Pessoal da reclamada para o exercício das funções contratadas como **ADVOGADO**, desde 11.09.1968, de oito horas diárias ou quarenta semanais. E, como se verificou, não está o autor sujeito às disposições constantes da sentença normativa, pelos motivos exaustivamente antes elencados nas preliminares. E, ainda, na forma do que dispõe a CLT não se sujeita à realização de horas extras o empregado que exercer funções de extrema confiabilidade, detendo poderes enfeixados em instrumentos procuratórios outorgados pela demandada, nos termos do artigo 62, letra 'b'.

Pelos assentamentos funcionais do reclamante observa-se que este atuou e atua no exercício de funções de extrema confiabilidade, dado que, no exercício de tais funções, não detinha controle ou subordinação a qualquer horário. A saber: inexistência de controle através de cartões ponto e/ou livro ponto; a sua efetividade estava tão-só vinculada ao crivo de seu Coordenador.

8 — DA VALORAÇÃO SALARIAL.

Veja-se que, fazendo uma adequação das regras da decisão normativa à realidade contratual do autor, não se pode admitir que a jornada contratual seja reduzida de oito para quatro horas diárias e que o salário ajustado venha a remunerar apenas as quatro horas normatizadas. A regra relativa à duração do trabalho deve ser analisada em conjunto com aquela que fixa a remuneração mínima do advogado: se a jornada é superior a quatro, a remuneração mínima será então aquela fixada na decisão normativa, acrescida do nº de horas excedentes, e, com o valor resultante, chegar-se-á à conclusão de que nada mais lhe é devido.

Tomemos, por exemplo, o salário normativo para o mês de JUNHO/93, de 6 SMR x Cr\$ 3.303.000,00, perfazendo Cr\$ 18.819.800,00. Com acréscimos de horas extras, de 50% e 100%, respectivamente, temos um TOTAL de Cr\$ 53.504.550,00. E QUAL É A REMUNERAÇÃO PAGA PELA ENTIDADE DEMANDADA, para uma jornada de oito horas de trabalho? É de Cr\$ 116.249.536,19 !... O mesmo cálculo, se efetuado para o corrente mês de JULHO/93, temos um total normativo de Cr\$ 76.556.700,00, contra um salário real percebido da demandada, de ... Cr\$ 216.395.264,03, cujos demonstrativos se encontram em anexo.

Veja-se, ainda comparativamente, com a devida vênia desta MM. Junta, que a remuneração percebida pelo autor, na demandada, no mês de JUNHO/93 é quase igual à percebida por um JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO. A presente referência é feita a propósito do EDITAL para abertura do II Concurso Público para Juiz do Trabalho Substituto da 23ª Região, Cuiabá/MT, com vencimentos iniciais de Cr\$ 145.780.623,00, aí já incluída a gratificação de representação na data do referido Edital, 09.06.93.

Observa-se, ademais, e um levantamento pericial confirmará o alegado, que em todos os meses da contratualidade do autor, desde JANEIRO DE 1988 até JULHO de 1993, ao demandante foram alcançados valores salariais que já remuneraram sobejamente as horas extras pleiteadas na presente ação.

As decisões normativas, de outro tanto, não podem sofrer uma interpretação tão simplista, como quer a peça inicial, pois além de afrontar o contrato de trabalho em pleno vigor, com ofensa ao artigo 444 da CLT, a remuneração das horas extraordinárias pleiteadas representam um “*summum ius ... summa iniuria*”

9 — REDUÇÃO DE JORNADA x REDUÇÃO SALARIAL. COMPENSAÇÃO.

Acaso vencidas as preliminares invocadas, bem ainda as razões deduzidas quanto ao mérito, “apenas ad argumentandum”, adota a reclamada a posição doutrinária defendida pelos juristas OCTAVIO BUENO MAGANO e EMILIO GONÇALVES, no sentido de que a redução da jornada de trabalho deve vir acompanhada da correspondente redução salarial para os padrões mínimos estabelecidos nas sentenças normativas.

Diz o mestre OCTAVIO BUENO MAGANO: “Em princípio, a solução jurídica mais plausível é a de que, encurtado o módulo hebdomadário, contraído há de ser também o salário respectivo. Esse entendimento provém da natureza sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho, ou seja, da exigência de equivalência entre as prestações obrigacionais respectivamente a cargo do empregado e do empregador. Interpretando a Lei n.º 7.313, de 17 de maio de 1985, que reduziu a jornada do vigia de dez para oito horas, assim se manifestou *Emilio Gonçalves*: “Não há esquecer (...) que o salário representa primacialmente contraprestação de trabalho e, em princípio, deve guardar a necessária correspondência com o trabalhador. A garantia de irredutibilidade salarial não pode ser aplicada de modo absoluto, a ponto de implicar, salvo os casos expressamente previstos na lei, — o pagamento de horas não trabalhadas — pois tal atentaria contra a própria natureza do salário, que é, repita-se, contraprestação do trabalho.” Se é admissível que, por mútuo consenso, as partes reduzam a duração da jornada de trabalho com a redução proporcio-

nal do salário — com maior razão se impõe a redução salarial quando se trate de redução da jornada de trabalho imposta por força de norma legal imperativa que se sobrepõe à vontade das partes, não constituindo o fato alteração contratual ilícita.” (“A lei n.º 7.313, de 17.05.85 e sua aplicação aos contratos em curso”, Suplemento Trabalhista LTR, Ano 21, n.º 73/85). Em harmonia com a citada lição do ilustre professor, merece realce a seguinte ementa de acórdão: “Redução de horário. Não constitui alteração contratual, quando decorrente de lei que reduz a jornada da categoria profissional. Absurda a pretensão de as horas suprimidas serem integradas ao salário como extraordinárias.” (TRT— 7ª Região, Proc. RO-341/83, 14.09.83, Relator Luiz Antonio Marques Cavalcante, in Teixeira Filho, João de Lima, Repertório de Jurisprudência Trabalhista, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1985, pág. 664, ementa 2.944)”, extraído de seu “Política do Trabalho”, ed. LTR, 1992, págs. 236/237.

De outro lado, também caso seja definida a sujeição do autor aos limites de jornada fixados nas sentenças normativas, deve ser compensados os valores pagos a maior pela demandada, em toda a contratualidade, dado que o pedido da inicial é claro e específico no sentido de obter o seu enquadramento nas disposições dos dissídios da categoria diferenciada, razão pela qual não mais se sujeitaria às normas salariais destinadas aos integrantes do Quadro de Pessoal da demandada. Mister, se fará, portanto, e nesse caso, a determinação de compensação de todos os valores que teriam sido percebidos a maior, eis que teriam sido indevidos ou sem causa, sem prejuízo da adequação de jornada e salários futuros.

É de se considerar, ainda, que vencedor o demandante, o postulado constante das letras ‘b’, ‘c’ e ‘d’ é de todo improcedente, uma vez que, para todos os fins contratuais, inclusive para o cálculo de parcelas de natureza salarial, será computado o salário normativo, com a desconsideração completa dos valores estipulados para níveis e padrões salariais vigentes para aqueles empregados que pertencem ao Plano de Carreira da entidade. Em tal caso, passaria o autor a receber a aplicação nas normas fixadas nos Dissídios do SINDICATO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL, compensando-se os valores que indevidamente teria percebido ao longo da contratualidade.

Abre-se um espaço, ainda, para esclarecer que as gratificações de pós-férias e de farmácia, referidas na inicial, são de-

feridas ao Autor por força de **negociação coletiva com o SENERGISUL**, nos seguintes termos: a partir de 1981 foi estendida aos celetistas a **gratificação pós-férias**, correspondente a um **salário anual** (incluindo as vantagens pessoais) percebido no mês em que o autor gozou as suas férias; desde 1988, 1/3 deste salário anual já lhe é antecipado quando ingressa em férias e, no retorno, é feita a compensação e pagos os restantes 2/3. Quanto à **gratificação de farmácia**, desde 1986, quando de sua conquista pelo SENERGISUL, a mesma era paga ao autor em duas parcelas, em fevereiro e julho de cada ano, e também se compunha de mais um salário (inclusive vantagens pessoais); já a partir de 1991, a referida gratificação vem sendo paga mensalmente, no percentual de 8,34%, inclusive servindo de base para o cálculo de quinquênios, dentre outras remuneratórias.

Como visto, o autor sempre se beneficiou das conquistas salariais e melhorias outras nas condições de trabalho, fruto das negociações do SENERGISUL, e não do sindicato dos Advogados do Rio Grande do Sul. Conforme documentos acostados, observa-se que desde o mês de Janeiro de 1988 que o autor autorizou descontos mensais ao SENERGISUL (Código 66.10) e até Abril de 1991 participou do Seguro Senergisul Apólice 9117 (Código 66.20); a partir de janeiro de 1991, sob o código 66.23, participa do Seguro de Vida instituído pelo referido Sindicato e, em junho de 1992, sob o código 66.35, teve descontada a contribuição confederativa dos Associados do SENERGISUL.

Assim, sob todos os aspectos enfocados detidamente pela organização demandada, demonstra-se o descabimento e a **improcedência** da ação ajuizada.

10 — DAS INTEGRAÇÕES E REFLEXOS.

O pedido foi integralmente contestado e demonstrada a improcedência das arguições constantes da petição inicial. Mera decorrência será, portanto, o descabimento dos pedidos de integrações e reflexos. Descabida a postulação em repousos tendo-se o autor como mensalista, aí incluídos os repousos. Face aos termos da defesa, impossível falar-se em jornada extraordinária habitual. Descabida também a integração nas gratificações de pós-férias e de farmácia, típicas conquistas do SENERGISUL. Descabem depósitos no FGTS visto não ser optante o autor.

11 — DA COMPENSAÇÃO.

Argüi a demandada, de forma expressa, o seu direito de compensar os valores atendidos ao autor, que não tenham correspondido à sua real situação funcional, e pelos mesmos títulos e fundamentos reclamados, para que não se consuma caso de enriquecimento sem causa, ou "**summum ius ... summa iniuria!**"

12 — JUROS, CORREÇÃO MONETÁRIA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Descabem juros e correção monetária. Igualmente não há que se falar em honorários advocatícios eis que o artigo 133 da CF/88 não revogou as disposições específicas do processo do trabalho (art. 791 e 839, ambos da CLT) e a sucumbência no processo trabalhista pressupõe miserabilidade e assistência sindical e só por lei poderá ser alterada essa simetria, conforme entendimento dominante na jurisprudência.

13 — DO REQUERIMENTO.

DIANTE DO EXPOSTO, espera que este MM. Juízo esgote a apreciação da presente ação nas preliminares invocadas, especialmente acerca da nulidade, ineficácia e inconstitucionalidade das cláusulas normativas sobre jornada de trabalho, formação de litisconsórcio necessário, notificação da Procuradoria-Geral da República, sob os vários aspectos enfocados, e requer, ainda, quanto ao mérito, a total improcedência da ação. Acaso vencida a demandada, requer duplo grau de jurisdição e aplicação do instituto do precatório.

Para prova junta os documentos em anexo, constantes de Dissídios Coletivos, Quadros de Pessoal, texto de jurisprudência, assentamentos funcionais e demonstrativos salariais, requerendo, ainda, a produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, depoimento pessoal do demandante, pena de confesso, testemunhas, perícias, aplicação da compensação trabalhista (art. 767, CLT), na forma preconizada na defesa, juntada e/ou exibição de documentos, bem ainda, em caso de alguma condenação, "**ad argumentandum**", seja autorizada a proceder aos descontos previdenciários e fiscais obrigatórios por lei.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 28 de Julho de 1993.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Advogado — Sociedade de Economia Mista ver SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — ADVOGADO	
Assistência judiciária ver JUSTIÇA GRATUITA	
Ato Administrativo — Prazo ver PRAZO ADMINISTRATIVO BEM PÚBLICO — AFETAÇÃO	
— Afetação de bem a serventia pública: irreversibilidade. Parecer da Procuradora do Estado Maria Amália Dias de Moraes	91
Câmara dos Deputados ver ESTADO — REPRESENTAÇÃO — CÂMARA DOS DEPUTADOS	
CONSTITUIÇÃO ESTADUAL 1989, ART. 29, I	
— Garantia do Salário Mínimo e cômputo das vantagens pessoais. Parecer da Procuradora do Estado Mercedes de Moraes Rodrigues	165
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ADCT, ART. 4º par. 2º	
— Representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Parecer do Procurador do Estado Mario Bernardo Sesta.	107
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 7, IV	
— Garantia do Salário Mínimo e cômputo das vantagens pessoais. Parecer da Procuradora do Estado Mercedes de Moraes Rodrigues	165
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 37, XI	
— Teto remuneratório dos servidores municipais. Parecer do Procurador do Estado José Hugo V. Castro Ramos	159
CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 45 PAR. 1º	
— Representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Parecer do Procurador do Estado Mario Bernardo Sesta	107

— Representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho Forense do Procurador Caio Martins Leal	171
ESTADO — REPRESENTAÇÃO — CÂMARA DOS DEPUTADOS	
— Representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Parecer do Procurador do Estado Mario Bernardo Sesta	107
— Representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho Forense do Procurador do Estado Caio Martins Leal	171
ESTADO — REPRESENTANTE LEGAL — DEPOIMENTO	
— O depoimento pessoal do Representante legal do Estado. Requerimento. Trabalho Forense da Procuradora do Estado Raquel Campani Schmiedel	219
FUNDAÇÃO — NATUREZA JURÍDICA	
— Natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Parecer da Procuradora do Estado Marisa Soares Grassi	153
ICMS — TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS — ESTOQUES	
— A transferência de créditos do ICMS e os estoques. Memorial. Trabalho Forense do Procurador do Estado Jorge Arthur Morsch	199
JUSTIÇA GRATUITA	
— Perícia médica e justiça gratuita. Parecer da Procuradora do Estado Silvia La Porta	137
MIGRANTES — CONTROLE	
— Ação Civil Pública e controle de migrantes — Petição Inicial. Trabalho Forense da Procuradora do Estado Dária Suffi	231
PEDÁGIO — NATUREZA JURÍDICA	
— A natureza jurídica do pedágio (sua Instituição como preço público ou tributo). Artigo do Procurador do Estado Maurício Batista Berni	37

PERÍCIA MÉDICA	
— Perícia médica e justiça gratuita. Parecer da Procuradora do Estado Silvia La Porta	137
PRAZO ADMINISTRATIVO	
— Contagem de prazo administrativo. Parecer da Procuradora do Estado Rosa Maria de Campos Aranovich	143
PROCESSO CAUTELAR — MEDIDA LIMINAR	
— Medida liminar no processo cautelar — potencialização da urgência. Artigo da procuradora do Estado Maria Denise Feix de Vargas	75
Procurador-Geral do Estado — Depoimento ver ESTADO — REPRESENTANTE LEGAL — DEPOIMENTO	
PROVEDORIAS DE JUSTIÇA	
— As providórias de Justiça no Estado Contemporâneo — guardiãs da ética e da cidadania. Artigo do Procurador do Estado do Rio de Janeiro Diogo de Figueiredo Moreira Neto	11
REGISTRO ESCOLAR — ALTERAÇÃO.	
— Ação declaratória para alterar registro escolar — 1. Contestação 2. Sentença. Trabalho Forense da Procuradora do Estado Maria Alice Costa Hofmeister	223
Remuneração — Teto ver SERVIDOR MUNICIPAL — TETO REMUNERATÓRIO	
SALÁRIO MÍNIMO — VANTAGENS PESSOAIS	
— Garantia do Salário Mínimo e cômputo das vantagens pessoais. Parecer da Procuradora do Estado Mercedes de Moraes Rodrigues	165
Servidor — Vantagens pessoais ver SALÁRIO MÍNIMO	
VANTAGENS PESSOAIS	
SERVIDOR BANCÁRIO — FALTA GRAVE	
— Falta grave de servidor bancário. Parecer do Procurador do Estado José Hermílio Ribeiro Serpa	147
SERVIDOR MUNICIPAL — TETO REMUNERATÓRIO	
— Teto remuneratório dos servidores municipais. Parecer do Procurador do Estado José Hugo V. Castro Ramos	159
SINDICÂNCIA	
— Direito de vista da sindicância administrativa. Parecer do Procurador do Estado Luiz Carlos Souza Leal	99

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — ADVOGADO

- Advogado de Sociedade de Economia Mista — Contestação. Trabalho Forense dos Procuradores do Estado Suzette M. R. Angeli e Leandro Augusto N. Sampaio 243

ÍNDICE DE AUTOR

- ANGELI, SUZETTE M. — Advogado de Sociedade de Economia Mista — Contestação. Trabalho Forense 243
- ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Contagem de prazo administrativo. Parecer 143
- BERNI, Maurício Batista. — A natureza Jurídica do Pedágio (sua Instituição como preço público ou tributo). Artigo 37
- GRASSI, Marisa Soares. — Natureza Jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Parecer 153
- HOFMEISTER, Maria Alice Costa. — Ação declaratória para alterar registro escolar — 1. Contestação 2. Sentença. Trabalho Forense 223
- LA PORTA, Silvia. — Perícia Médica e Justiça Gratuita. Parecer 137
- LEAL, Caio Martins. — Representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trabalho Forense 171
- LEAL, Luiz Carlos Souza. — Direito de vista na sindicância administrativa. Parecer 99
- MORAES, Maria Amália Dias de. — Afetação de bem a serventia pública: irreversibilidade. Parecer 91
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. — As provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo — guardiãs da ética e da cidadania. Artigo 11
- MORSCH, Jorge Arthur. — A transferência de créditos do ICMS e os estoques. Memorial. Trabalho Forense 199
- RAMOS, José Hugo V. Castro. — Teto remuneratório dos servidores municipais. Parecer 159

RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — Garantia do Salário Mí- nimo e cômputo das vantagens pessoais. Parecer	165
SAMPAIO, Leandro Augusto N. - Advogado de Sociedade de Eco- nomia Mista — Contestação. Trabalho Forense	243
SCHMIEDEL, Raquel Campani. — O depoimento pessoal do re- presentante legal do Estado. Requerimento. Trabalho Foren- se	219
SERPA, José Hermílio Ribeiro. — Falta grave de servidor bancá- rio. Parecer	147
SESTA, Mario Bernardo. — Representação dos Estados na Câma- ra dos Deputados. Parecer	107
SUFFI, Dária. — Ação Civil Pública e o controle de migrantes — Petição Inicial. Trabalho Forense	231
VARGAS, Maria Denise Feix de. — Medida liminar no processo cautelar — potencialização da urgência. Artigo	75

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 n.º 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 n.º 1501, 13.º andar (CAERGS) em Porto Alegre.



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag